

Benedikt Freund

Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren im Kartellschadenersatzprozess

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)

Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und
Wettbewerb, München

Band 38

Benedikt Freund

Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren im Kartellschadenersatzprozess

Die Wettbewerbsbehörde als Schaltstelle zwischen
wirksamem Rechtsschutz und wirksamer Rechtsdurchsetzung
Eine Untersuchung des EU- und schweizerischen Rechts



Nomos



Stämpfli Verlag

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2022

1. Auflage 2022

© Benedikt Freund

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-7504-0
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden
ISBN (ePDF): 978-3-7489-3291-8
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7272-2253-5
(Stämpfli Verlag, Bern)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748932918>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation abgenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis 2021 berücksichtigt.

Die Arbeit wäre ohne die Unterstützung vieler nicht gelungen. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herr Prof. Dr. Peter Georg Picht (Universität Zürich), der mich während des Verfassens der Arbeit mit grossem Einsatz unermüdlich unterstützt hat, mir immer wieder mit Rat zur Seite stand und das Erstgutachten erstellt hat. Zudem danke ich ihm für die äusserst lehrreiche und bereichernde Zeit als Assistent an seinem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. Andreas Heinemann (Universität Zürich) danke ich für das rasche Erstellen des Zweitgutachtens. Auch sind die Forschungsaufenthalte an der Universität Oxford und am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München zu erwähnen, die für das Gelingen der Arbeit unschätzbar waren. Ausserdem gebührt Herrn Prof. Dr. Josef Drexl (Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb) grosser Dank für die Aufnahme der Arbeit in die Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht sowie dem grosszügigen Druckkostenzuschuss.

Schliesslich möchte ich mich bei meinen Eltern sowie meinem Umfeld bedanken, die mich während den Arbeiten an der Dissertation durchwegs unterstützt und motiviert haben. Nicht in Worte fassen lässt sich meine Dankbarkeit, die meiner Freundin Martina gebührt: Sie hat mir viel Kraft gespendet, mich stets motiviert und durchwegs geholfen, den Fokus zu behalten – herzlichen Dank.

Widmen möchte ich diese Arbeit meiner Schwester, deren Ausdauer und Ehrgeiz mir stets ein Vorbild sind.

Zürich, im Juni 2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Teil 1. Einführung (§§ 1–2)	31
§ 1. Von Aasgeiern, juristischen Trutzburgen und englischen Philosophen – Problemaufriss und Ziel der Arbeit	31
§ 2. Vorbemerkungen	48
1. Fragestellung der Arbeit und Prüfschema	48
2. Der Zweck des Kartellschadenersatzes als Untersuchungsmasstab	49
3. Ansatz	51
4. Gang der Untersuchung	53
Teil 2. Zweck des Kartellschadenersatzes (§§ 3–7)	56
§ 3. Der Kartellschadenersatz von systematischer Warte	56
1. Durchsetzungsziele	56
I. Prävention	57
II. Unterbindung	59
III. Ausgleich	60
2. Phasen der kartellrechtlichen Durchsetzung	61
I. Ex-ante-Phase	61
II. Interimsphase	62
III. Ex-post-Phase	63
3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit	64
§ 4. Der Kartellschadenersatz von konzeptioneller Warte	67
1. Wettbewerbstheorien	68
I. Chicago School	68
II. Theorie der Wettbewerbsfreiheit	70
2. Stellungnahme und Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit	71
§ 5. Der Kartellschadenersatz von wirtschaftlicher Warte	73
1. Optimal-deterrence-Lehre	73
I. «Internalisation approach»	73
II. «Deterrence approach»	80

III. Zwischenfazit	81
2. Durchsetzung der «optimalen» Sanktion durch Private	82
3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit	85
§ 6. Zweckverständnis des schweizerischen Kartellschadenersatzes	87
§ 7. Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes	92
1. Courage/Crehan (EuGH)	93
2. Ursprünge der Rechtssache Courage/Crehan	96
3. Entwicklungslinien post Courage/Crehan	98
I. Legislatorische Entwicklungen post Courage/Crehan	99
II. Rechtsprechungsentwicklung post Courage/Crehan	100
4. Bewertung und Ergebnis für die weitere Untersuchung	105
Teil 3. Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Kommission (§§ 8–12)	109
§ 8. Verfahrensbeteiligte und Akteneinsicht im Kommissionsverfahren	109
1. Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung	110
I. Das Akteneinsichtsrecht im Kartellverwaltungsverfahren	111
II. Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht	113
a. Berufsgeheimnisse	113
(1) Geschäftsgeheimnisse	113
(i) Objektiv schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung	115
(ii) Ernsthafter wirtschaftlicher Nachteil	117
(2) Andere vertrauliche Informationen	119
b. Kronzeugenerklärungen	120
c. Weitere Ausnahmen von der Akteneinsicht	121
2. Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung	122
I. Beschwerdeführer	123
II. Betroffene Dritte	125
3. Verwertung von Verfahrensdokumenten in Follow-on- Schadenersatzprozessen	126
4. Wertende Zusammenfassung	133
§ 9. Veröffentlichung von Kommissionsbeschlüssen	137
1. Pflicht zur Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse	137
2. Verhältnis zwischen Art. 30 VO 1/2003 und TransparenzVO	139
3. Veröffentlichungszwecke	140

4. Gegenstand der Veröffentlichung	143
I. Persönlichkeitsschutz	143
II. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen	144
III. Schutz der Kronzeugeninformationen	144
5. Wertende Zusammenfassung	146
§ 10. Zugang nach der TransparenzVO	148
1. Grundsatz des grösstmöglichen Zugangs	148
2. Ausschlussgründe	150
I. Absolute und relative Ausschlussgründe	151
II. Ausschlussgründe in wettbewerbsrechtlichen Verfahren	153
a. Die geschädigtenfreundliche Rechtsprechung	154
b. Die behördenfreundliche Rechtsprechung	156
c. Zwischenfazit	158
III. Vermutungsdauer	160
a. Vermutungsdauer des Art. 4 Abs. 2 dritter GS VO 1049/2001 («Schutz der Untersuchungstätigkeit»)	160
b. Vermutungsdauer des Art. 4 Abs. 2 erster GS VO 1049/2001 («Schutz von Geschäftsinteressen»)	162
c. Zwischenfazit	164
IV. Widerlegung der Vermutung	165
a. «Dekategorisierung»	166
b. Nachweis eines überwiegenden öffentlichen Interesses	167
3. Wertende Zusammenfassung	170
§ 11. Übermittlung von Verfahrensdokumenten an mitgliedstaatliche Zivilgerichte	174
1. Zugang nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003	174
2. Ausnahmen	178
I. Geschäftsgeheimnisse und andere vertrauliche Informationen	178
a. Die Offenlegung unter Privaten	181
b. Geheimnisschutzmassnahmen	182
c. «Düsseldorfer Verfahren»	184
d. Zugang zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörde nach § 89c GWB	187
II. Primäres Unionsinteresse	190

3. Wertende Zusammenfassung	191
§ 12. Gesamtschau der Zugangsmöglichkeiten	193
1. Bewertung der Zugangsmöglichkeiten de lege lata	193
2. Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage de lege ferenda	197
Teil 4. Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Weko (§§ 13–20)	200
§ 13. Verfahrensbeteiligte im Kartellverwaltungsverfahren	200
1. Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren	202
I. Hauptbeteiligte nach Art. 6 VwVG	202
II. Beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung	202
a. Verfahrensteilnahme	203
b. Besonderes Berührtsein und schutzwürdiges Interesse	204
(1) Beschwerdelegitimation von Konkurrenten im Kartellverwaltungsverfahren	205
(2) Beschwerdelegitimation anderer Marktteilnehmer im Kartellverwaltungsverfahren	207
(3) Insbesondere: Beschwerdelegitimation unmittelbarer Abnehmer bei Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 3 KG	208
2. Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren	210
I. Beteiligungsberechtigte Dritte nach Art. 43 Abs. 1 KG	210
II. Weitere verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung	212
§ 14. Akteneinsichtsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren	215
1. Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten nach Art. 6 VwVG	215
I. Modalitäten und Zeitpunkt der Ausübung	215
II. Umfang der Akteneinsicht	217
III. Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht	218
a. Dokumente und Informationen aus Selbstanzeigeverfahren	218
(1) Einsicht in die Selbstanzeige	219
(2) Einsicht in die Selbstanzeigeakten	220

b. Entgegenstehende private Interessen (Geschäftsgeheimnisse)	221
(1) Objektives Geheimhaltungsinteresse	222
(2) Absoluter Schutz?	225
(3) Geschäftsgeheimnis ad infinitum?	229
2. Akteneinsichtsrecht der beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG	231
I. Akteneinsicht im Allgemeinen	231
II. Akteneinsicht im Selbstanzeigeverfahren	232
3. Akteneinsicht der beteiligungsberechtigten Dritten ohne Parteistellung nach Art. 43 KG	234
§ 15. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren	236
1. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren	236
I. Zur freien Verwertbarkeit von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren	236
II. Verwertung nach Art. 25 Abs. 2 KG	239
a. Botschaft und Lehre	240
b. Verwertungsbeschränkung nach den Verwaltungsgerichten	241
2. Beschränkung der Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren	242
I. Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen	242
II. Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen	244
III. Ausgestaltung der Verwertungsbeschränkung	246
3. Insbesondere: Beschränkung der Verwertung von Selbstanzeigeinformationen	249
I. Verwendung der Selbstanzeige	249
II. Im Hinblick auf die Bonusregelung erstellte Dokumente	253
III. Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige	253
4. Grundrechtsrelevanz der Verwertungsbeschränkung	254
5. Zivilrechtliche Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Verwertungsbeschränkung	256
6. Wertende Zusammenfassung (§§ 13–15)	259
§ 16. Veröffentlichung von (Sanktions-)Verfügungen	262
1. Öffentlichkeitsarbeit der Weko	262

2. Ermessensentscheid	263
3. Veröffentlichungszwecke	265
4. Veröffentlichungszeitpunkt	268
5. Umfang der Veröffentlichung	269
I. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen	270
II. Datenschutzgesetz (DSG)	271
III. Schutz von Selbstanzeigeinformationen	273
6. Wertende Zusammenfassung	274
§ 17. Zugang nach dem BGÖ	275
1. Transparenzgrundsatz der Verwaltung	277
2. Das amtliche Dokument	280
I. Begriff des amtlichen Dokuments (Art. 5 Abs. 1 BGÖ)	280
II. «Fil rouge»	281
a. Eng begrenzter Personenkreis	282
b. Arbeitshilfsmittel	284
3. Geltungsbereich des BGÖ	285
I. Persönlicher Anwendungsbereich	285
II. Sachlicher Geltungsbereich	285
III. Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit	290
IV. Vorrang von Spezialbestimmungen	295
a. Geheimhaltungsnormen	295
b. Spezialgesetzliche Zugangsnormen	297
4. Unterstützung des Gesuchstellers durch die Behörde	297
5. Konkrete und individuelle Prüfung	299
6. Beschränkungen des Zugangsanspruchs	301
I. Schadensrisikoprüfung oder Einzelfallabwägung?	302
II. Geschützte Interessen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ	305
a. Freie Meinungs- und Willensbildung (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ)	306
(1) Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ	306
(2) «When in the spotlight ...»	307
b. Zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ)	309
(1) Konkrete behördliche Massnahmen	309
(2) Bonusregelung als konkrete Massnahme	310
c. Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ)	312

d. Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ)	313
III. Schutz der Privatsphäre Dritter (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1bis DSGVO)	315
a. Schutz der Privatsphäre Dritter de lege lata	315
b. Schutz der Privatsphäre Dritter de lege ferenda – alter Wein in neuen Schläuchen?	317
IV. Verfahren	318
7. Wertende Zusammenfassung	320
§ 18. Akteneinsicht nicht verfahrensbeteiligter Dritter (Art. 29 Abs. 2 BV)	322
1. Inhalt und Schranken des Akteneinsichtsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV	326
2. Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung: Schutz der öffentlichen Durchsetzung	328
3. Datenschutzrechtliche Lex specialis?	328
4. Wertende Zusammenfassung	330
§ 19. Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte	332
1. Das Recht auf Beweisabnahme	332
2. Urkundenedition von im Besitz der Weko befindlichen Verfahrensdokumenten?	333
3. Informationelle Amtshilfe	336
I. Personendaten in Verfahrensdokumenten	338
a. Im Einzelfall ...	339
(1) Nicht regelmässig oder dauerhaft	340
(2) Konkrete Anfrage	342
b. «... zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ...»	343
c. «... unentbehrlich»	344
II. Wahrung wesentlicher Interessen und Geheimhaltungspflichten (Art. 19 Abs. 4 Bst. a und Bst. b DSGVO)	347
III. Sachdaten in Verfahrensdokumenten	350
4. Wertende Zusammenfassung	350
§ 20. Gesamtschau der Zugangsmöglichkeiten	352
1. Bewertung der Zugangsmöglichkeiten de lege lata	352
2. Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage de lege ferenda	356

Inhaltsverzeichnis

Teil 5. Schlussbetrachtung	360
§ 21. Zusammenfassung und Ausblick	360
Literaturverzeichnis	367

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
AAI	American Antitrust Institute
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a[Erlass]	alte bzw. frühere Fassung eines Erlasses
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl. C	Amtsblatt der Europäischen Union – Mitteilungen und Bekanntmachungen
ABl. L	Amtsblatt der Europäischen Union – Rechtsvorschriften
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007, konsolidierte Fassung 2012, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 47 ff.
AG	Kanton Aargau; Amtsgericht (Deutschland)
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AMC	Antitrust Modernization Commission
AMC-Report	Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007 (https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
AZ	Aktenzeichen
BBl	Bundesblatt
BCL Rev.	Boston College Law Review (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
BE	Kanton Bern
BE-Verwaltungsrechtspflege	Berner Verwaltungsrechtspflege
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland und Österreich)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts

Abkürzungsverzeichnis

BGer	Schweizerisches Bundesgericht; nicht in der Amtlichen Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts (BGE) veröffentlichte Urteile des Bundesgerichts und (bis 31. Dezember 2006) des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Deutschland)
BGÖ	Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), SR 152.3
BIAC	Business and Industry Advisory Committee of the OECD
BJ	Bundesamt für Justiz
BJ, Begleitbericht VE-ZPO	Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Bern 2003 (https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf)
BJ, Erläuterungen VBGÖ	Erläuterungen zur VBGÖ vom 24. Mai 2006, Bern 2006 (https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/files/2021/03/umsetzung_des_oeffentlichkeitsprinzipsinderbundesverwaltunghaeuf.pdf)
BJ, Umsetzung	Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung; Häufig gestellte Fragen, Bern 2013 (https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2013/08/umsetzung_des_oeffentlichkeitsprinzipsinderbundesverwaltunghaeuf.pdf.download.pdf/umsetzung_des_oeffentlichkeitsprinzipsinderbundesverwaltunghaeuf.pdf)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Zeitschrift)
BK	Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BKartA	Bundeskartellamt (Deutschland)
BKartA, Diskussionspapier	Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005 «Private Kartellrechtsdurchsetzung: Stand, Probleme, Perspektiven», (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.html), 26. September 2005
BKartA, Jahresbericht 2017	Bericht des Bundeskartellamts über wichtige Verfahren, Daten und Fakten des Jahres 2017, Bonn 2018 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Jahresbericht/Jahresbericht_2017.html?nn=3591568)
BKartA, Stellungnahme	Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle vom 18. Januar 2017, Bonn 2017 (https://www.bundestag.de/resource/blob/489188/71864fe8e7d3683c8954b6094308eadc/mundt-data.pdf)

BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016	Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 2015/2016 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20Taetigkeitsbericht%202015_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4)
Botschaft BGÖ	Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung, BBl 2003 S. 1963 ff.
Botschaft BV 1996	Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 1 ff.
Botschaft DSG 1988	Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II S. 413 ff.
Botschaft DSG 2017	Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 S. 6941 ff.
Botschaft KG 1994	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I S. 468 ff.
Botschaft KG 2001	Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 S. 2022 ff.
Botschaft KG 2012	Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 S. 3905 ff.
Botschaft ZPO 2006	Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 S. 7221 ff.
Botschaft, Zusammenarbeit	Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 22. Mai 2013, BBl 2013 S. 3959 ff.
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BT-DrS.	Drucksachen des Deutschen Bundestages (Deutschland)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht; nicht in der Amtlichen Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE) veröffentlichte Urteile
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)
bzgl.	bezüglich
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 773

Abkürzungsverzeichnis

bzw.	beziehungsweise
C. L. J.	Competition Law Journal (Zeitschrift)
ca.	circa
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review (Zeitschrift)
CAT	Competition Authority Tribunal (Vereinigtes Königreich)
CDC	Cartel Damage Claims
CEPS	Centre for European Policy Studies
CHF	Schweizer Franken
Chi. L. Rev.	Chicago Law Review (Zeitschrift)
CJEU	siehe EuGH
CLI	Competition Law Insight (Zeitschrift)
CMA	Competition and Markets Authority (Vereinigtes Königreich)
CMA, deterrent effect	CMA (ehemals OFT), The deterrent effect of competition enforcement by the OFT – A report prepared for the OFT by Deloitte, London 2007 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642802/lit-review-summary-deterrent-effect-of-competition-authorities.pdf)
DurchführungsVO	siehe VO 775/2004
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
CPI	Competition Policy International (Zeitschrift)
CR	Commentaire Romand
d. h.	das heisst
dersl.	derselbe
dRSK	digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (Zeitschrift)
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz), SR 235.1
E.	Erwägung
E-KSRL	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013)0404 final vom 11. Juni 2013
ECJ	European Competition Journal (Zeitschrift)
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 mit Änderungen durch den Europäischen Unionsvertrag (Maastricht-Vertrag) vom 7. Februar 1992 und den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997; jetzt AEUV
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Review (Zeitschrift)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention), in der Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten, SR 0.101
endg.	endgültig
Erw.	Erwägung
et al.	et alii/-ae
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (Bezeichnung seit dem Vertrag von Lissabon, in Kraft seit 1. Dezember 2009)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro, Erasmus University Rotterdam
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWCA	England and Wales Court of Appeal (Vereinigtes Königreich)
EWHC	England and Wales High Court (Vereinigtes Königreich)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende/fortfolgende
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V.
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fussnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GA. L. Rev.	Georgia Law Review (Zeitschrift)
GCLR	Global Competition Litigation Review (Zeitschrift)
GD	Generaldirektion

Abkürzungsverzeichnis

GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 (BGBl. I S. 466)
GeschGehRL	Richtlinie 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, Abl. L 157/1 vom 15. Juni 2016
gl. M.	gleicher Meinung
GR-Weko	Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015, SR 251.1
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechtscharta, konsolidierte Fassung 2010, ABl. C 83 vom 30. März 2010, S. 389 ff.)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift, bis 2019)
GRUR International	Journal of European and International IP Law (Zeitschrift)
GVG ZH	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, LS 211.1 (aufgehoben)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland); soweit nicht anders gekennzeichnet, wird auf die aktuelle Fassung des GWB Bezug genommen, d. h. in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I 3850), zuletzt geändert am 25. Juni 2020 (BGBl. I S. 1474)
HAVE	Haftpflicht und Versicherung (Zeitschrift)
Hohe Behörde	Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber/in
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in dem Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ICN	International Competition Network
IDG ZH	Gesetz über die Information und den Datenschutz, LS 170.4

IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz) (Deutschland); soweit nicht anders gekennzeichnet, wird auf die aktuelle Fassung des IFG Bezug genommen, d. h. in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), zuletzt geändert am 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328, 1333)
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IJEL	Irish Journal of European Law (Zeitschrift)
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review (Zeitschrift)
IRLE	International Review of Law and Economics (Zeitschrift)
J. Antitrust Enforc.	Journal of Antitrust Enforcement (Zeitschrift)
J. Bus. L.	Journal of Business Law (Zeitschrift)
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy (Zeitschrift)
J. Transnat'l L. & Pol'y	Journal of Transnational Law & Policy (Zeitschrift)
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics (Zeitschrift)
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Zeitschrift)
JLS	Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KartG	Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl I Nr. 61/2005 (Österreich)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251
KG 62	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz) vom 20. Dezember 1962, AS 1964 53
KG 85	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz) vom 20. Dezember 1985, AS 1986 874
KG 95	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251, Fassung vor der Kartellgesetzrevision 2003, AS 1996 546
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Kommission	Europäische Kommission

Abkürzungsverzeichnis

Kommission, Arbeitspapier/Ten Years	Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives, vom 9. Juni 2014, SWD(2014) 230 final
Kommission, Bekanntmachung/ Behandlung von Beschwerden	Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Art. 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 65 ff.
Kommission, Bekanntmachung/ Zusammenarbeit	Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 54 ff., geändert durch Bekanntmachung der Kommission über die Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 256 vom 5. August 2015, S. 5 ff.
Kommission, Bekanntmachung/ Bewährte Vorgehensweisen	Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Art. 101 und 102 des AEUV, ABl. C 308/06 vom 20. Oktober 2011, S. 6 ff.
Kommission, Confidentiality claims	Leitfaden zu dem praktischen Vorgehen der Kennzeichnung von vertraulichen Informationen, «Guidance on confidentiality claims during Commission antitrust procedures» (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf), Dezember 2018
Kommission, Grünbuch/Arbeitspapier	Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 10. Februar 2006, SEC(2005) 1732
Kommission, Grünbuch/Schadenersatzklagen	Grünbuch der Europäischen Kommission – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19. Dezember 2005, KOM(2005) 627 endg.
Kommission, Kronzeugenmitteilung	Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 298 vom 8. Dezember 2006, S. 17 ff.
Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen	Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 Bst. a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff.

Kommission, Mandat des Anhörungsbeauftragten	Beschluss des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten in bestimmten Wettbewerbsverfahren Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 275 vom 20. Oktober 2011, S. 29 ff.
Kommission, Mitteilung/Einsicht	Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Art. 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. C 325 vom 22. Dezember 2005, S. 7 ff., geändert durch Mitteilung der Kommission über die Änderung der Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Art. 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004, ABl. C 256/03 vom 5. August 2015, S. 3 ff.
Kommission, Mitteilung/ Schadensumfang	Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 167/07 vom 13. Juni 2013, S. 19 ff.
Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen	Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, ABl. C 242 vom 22. Juli 2020, S. 1 ff.
Kommission, TransparenzVO	Beschluss der Kommission 2001/937/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 5. Dezember 2001 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung, ABl. L 345 vom 29. Dezember 2001, S. 94 ff.
Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen KöKom Kooperationsabkommen	Weißbuch der Europäischen Kommission – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2. April 2008, KOM(2008) 404 endg. Kölner Kommentar Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1
KUKO	Kurzkommentar

Abkürzungsverzeichnis

KSRL	Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, S. 1 ff.
KZR	Verfahren über Beschwerden und Revisionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Kartellsachen vor dem BGH (Deutschland)
let.	siehe Bst.
LG	Landgericht (Deutschland)
Loy. Consum. L. Rev.	Loyola Consumer Law Review (Zeitschrift)
LUISS	Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Guido Carli di Roma
LS	Zürcher Loseblattsammlung
ltd	limited liability
LTrans	siehe BGÖ
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
N	Randnote
no.	number
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Zeitschrift)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o. ä.	oder ähnlich
Ö-OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OECD	Organisation für Economic Cooperation and Development/ Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD, Challenges	OECD, DAF/COMP/WP3(2018)1, Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes – Background Note by the Secretariat, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 1. Juni 2018
OECD, Sec./ Relationship	OECD, DAF/COMP/WP3(2015)14, Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – Note by the Secretariat, 11. Juni 2015
OECD, Kommission/Relationship	OECD, DAF/COMP/WP3/WD(2015)2, Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement, 5. Juni 2015
OECD, Leniency	OECD, DAF/COMP(2012)25, Leniency for Subsequent Applicants, 25. Mai 2012
OECD, Nature and Impact	OECD, DAFFE/COMP(2002)7, Report on the Nature and Impact of Hard-Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, 9. April 2002

OECD, BIAC/ Relationship	OECD, DAF/COMP/WP3/WD(2015)12, Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement – BIAC, 12. Juni 2012
OFT	Office of Fair Trading (Vereinigtes Königreich)
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
Osgood Hall LJ	Osgood Hall Law Journal (Zeitschrift)
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
PaRR	Policy and Regulatory Report (Zeitschrift)
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz), SR 232.14
plc	public limited company
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993, SR 221.112.944
Regul. Gov.	Regulation & Governance (Zeitschrift)
Reko MAW	Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung (bis 31. Dezember 2006)
Reko/Wef	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (bis 31. Dezember 2006)
Rem.	Remarques
RL	Richtlinie
RL 2016/943 («Schutz vertraulichen Know-hows und Geschäftsgeheimnisse»)	Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 157/1 vom 15. Juni 2016
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden, Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik)
Rs.	Rechtssache
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
S.	Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft

Abkürzungsverzeichnis

SECO, Evaluation	Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz, Synthesebericht, Bern 2009 (https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Wirtschaftslage/Wettbewerb_Service_Public/Kartellgesetz/Grundlagen%20der%20Wirtschaftspolitik%20Nr.%2017%20-%20Evaluation%20gemäss%20Art.%2059a%20Kartellgesetz%20-%20Synthes.pdf.download.pdf/Grundlagen%20der%20Wirtschaftspolitik%20Nr.%2017%20-%20Evaluation%20gemäss%20Art.%2059a%20Kartellgesetz%20-%20Synthes.pdf)
Sekretariat	Sekretariat der Weko
SG	Kanton St. Gallen
SGK	St. Galler Kommentar
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review (Zeitschrift)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
SVKG	Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004, SR 251.5
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Zeitschrift)
U. Queensland L. J.	University of Queensland Law Journal (Zeitschrift)
TransparenzVO	siehe VO 1049/2001
u.	und
u. a.	und andere
U. S. C.	United States Code
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 231.1
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241

Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VBGÖ	Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 24. Mai 2006, SR 151.32
VE-ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf.download.pdf/entw-zpo-d.pdf)
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VG	Verwaltungsgericht (Schweiz/Deutschland)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (Deutschland)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff., zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 487/2009 des Rates vom 25. Mai 2009 zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Luftverkehr, ABl. L 148 vom 11. Juni 2009, S. 1 ff.
VO 1049/2001	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. L 145 vom 31. Mai 2001, S. 43 ff.
VO 2015/1348	Verordnung (EU) 2015/1348 der Kommission vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 208 vom 5. August 2015, S. 3 ff.
VO 2018/1725	Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG ABl. L 295 vom 21. November 2018, S. 39 ff.

Abkürzungsverzeichnis

VO 773/2004	Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 123 vom 27. März 2004, S. 18 ff., zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2015/1348 der Kommission vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Art. 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 208 vom 5. August 2015, S. 3 ff. (Durchführungsverordnung)
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
vs.	versus
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021
WBF	Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (vormals EVD)
Weko	Schweizerische Wettbewerbskommission
Weko, Erläuterungen/ SVKG	Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) vom 1. Januar 2006 (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2006/01/erlaeuterungen_zurkg-sanktionsverordnungsvkg.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_zurkg-sanktionsverordnungsvkg.pdf)
Weko, Jahresbericht 2018	Jahresbericht 2018 der Wettbewerbskommission an den Bundesrat gemäss Art. 49 Abs. 2 KG (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2019/Jahresbericht%202018.pdf.download.pdf/Jahresbericht%202018.pdf)
Weko, Jahresbericht 2019	Jahresbericht 2019 der Wettbewerbskommission an den Bundesrat gemäss Art. 49 Abs. 2 KG (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2020/jahresbericht_2019.pdf.download.pdf/Jahresbericht%202019.pdf)
Weko, Merkblatt/ Bonusregelung	Merkblatt und Formular des Sekretariats der Weko, Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8. September 2014, BBI 2015 3346
Weko, Merkblatt/ Ermittlungsinstrumente	Merkblatt des Sekretariats der Weko, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente vom 6. Januar 2016 (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2016/01/merkblatt_ausgewaelhtermittlungsinstrumente.2.pdf.download.pdf/merkblatt_ausgewaelhtermittlungsinstrumente.pdf)

Weko, Merkblatt/ Geschäftsgeheimnisse	Merkblatt des Sekretariats der Weko, Geschäftsgeheimnisse vom 30. April 2008 (https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2008/12/Merkblatt_Geschäftsgeheimnisse_2008.pdf.download.pdf/Merkblatt_Geschäftsgeheimnisse_2008.pdf)
World Competition	World Competition Law and Economics Review (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb – Zeitschrift für Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Kanton Zürich
ZH-ZPO	Zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976, LS 271 (aufgehoben)
zit.	zitiert (als)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zeitschrift)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Zeitschrift)
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zeitschrift)

Teil 1. Einführung (§§ 1–2)

§ 1. *Von Aasgeiern, juristischen Trutzburgen und englischen Philosophen – Problemaufriss und Ziel der Arbeit*

Während sich innerhalb der EU die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes Bahn bricht,¹ liegt das schweizerische Kartellzivilrecht weitestgehend brach. Reformbestrebungen, dieses Feld wieder der Breite nach zu bestellen, sind – vorerst – gescheitert.² Auch wenn das Kartellzivilrecht jüngst wieder ins Visier des Gesetzgebers geraten ist³, harrt dieser pathologische Befund der Behebung.⁴ Kartellzivilverfahren werden somit nur sporadisch

- 1 Exemplarisch für diesen Befund: Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 2: «In den letzten Jahren hat die Zahl der sog. Folgeklagen auf Schadensersatz, durch die ein Opfer einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nach der Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde oder einer abschließenden Entscheidung einer Rechtsmittelinstanz Schadensersatz verlangt, rasch zugenommen»; in diesem Sinne auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. XII N 80, nach dem die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Nachgang zu Verwaltungsverfahren mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme ist.
- 2 Das mit der Botschaft KG 2012 lancierte Reformprojekt, das das Kartellzivilrecht vorbringen sollte, scheiterte am 17.09.2014, als es der Nationalrat zum zweiten Mal ablehnte, auf die Revisionsvorlage einzutreten, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=30307>. Auch die von Nationalrat Dominique de Buman am 30.09.2016 eingereichte Motion 16.473 «Kleine Revision des Kartellgesetzes», die ebenfalls zu Anpassungen des Kartellzivilrechts führen sollte, wurde am 27.10.2017 zurückgezogen, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160473>.
- 3 Der Bundesrat hat das WBF beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Kartellgesetzes zu erstellen, wovon auch das Kartellzivilrecht erfasst ist, siehe Pressemitteilung des Bundesrats vom 12.02.2020, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-78074.html>; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29. Zudem ist zu erwarten, dass der neue Art. 4 Abs. 2^{bis} KG, der das aus dem deutschen Wettbewerbsrecht entlehnte Konzept der «relativen Marktmacht» einführt, sowie der neue Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG dem Kartellzivilrecht mittel- bis langfristig Auftrieb verleihen, siehe hierzu JACOBS, Entwicklungen, S. 446 f.; zu dem Konzept der «relativen Marktmacht» auch bereits STÄUBLE, Kartellgesetzrevision, S. 245 f.
- 4 So wird in der KG Botschaft 2012, S. 3928, festgehalten, dass die Kartellrechtsdurchsetzung durch Private vor Zivilgerichten «von untergeordneter, ja bloss sporadischer Bedeutung» ist. Der Befund wurde auch in der Lehre häufig thematisiert, so etwa PICHT, Kartellschadenersatz, S. 347: Das Kartellzivilrecht befindet sich nach

angestrengt, und entsprechend selten wird die Geltendmachung von Kartellschadenersatz ins Auge gefasst⁵, und das obwohl die in Art. 5 und Art. 7 KG statuierten Verhaltensgebote Doppelnormen sind, die auf kartellzivilrechtlichem ebenso wie auf kartellverwaltungsrechtlichem Weg durchgesetzt werden können.⁶

Die zweispurige Durchsetzung versteht sich wie folgt: Vom Kartellverwaltungsverfahren oder von «*public enforcement*» ist die Rede, wenn ein Unternehmen (der Griffigkeit halber «Kartelltäter» genannt) gegen ein Verhaltensgebot verstösst und eine Wettbewerbsbehörde sein Verhalten unterbindet und sanktioniert.⁷ Verstösse gegen die materiell-rechtlichen Wettbewerbsbestimmungen führen allerdings regelmässig auch zu Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen anderer Marktteilnehmer

Picht in «einem nur selten gestörten Dornröschenschlaf»; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 5 ff., S. 50; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 4; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.402; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 207 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 846 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, N 791; JACOBS, Durchsetzung, S. 209; BÖNI, Wechselwirkung, N 1; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 4; PICTH/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 39; SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 114 f.; vgl. auch WALTER, Homburger (KG), Art. 12 ff. N 2.

- 5 Für eine der seltenen Ausnahmen, die ein *Stand-alone*-Verfahren betrifft, HGer AG, RPW 2003/2, Allgemeines Bestattungsinstitut, S. 451 ff.; siehe auch BGer 23.05.2013, 4A_449/2012, E. 10, nicht publiziert in BGE 139 II 316; vgl. für weitere Praxisbeispiele DIKE KG-Vetter, vor Art. 12–15 N 4 mit und bei Fn. 7. Nach eigenen Medienangaben erhob die Sunrise AG gegen die Swisscom AG eine *Follow-on*-Schadenersatzklage in der Höhe von CHF 350 Mio. im Anschluss an die Bestätigung der im Jahr 2009 ergangene Sanktionsverfügung der Weko, RPW 2010/1, *Preispolitik Swisscom ADSL*, S. 116 ff. durch das Bundesgericht im Jahr 2019, BGer 09.12.2019, 2C_985/2015.
- 6 SHK KG-HAHN, Art. 12 N 2; HANGARTNER, Verhältnis, S. 44; HURNI, L'action civile, S. 127; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 13; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 244; vgl. auch bereits zum KG 62 MERZ, Kartellgesetz, S. 1, nach dem das Kartellgesetz ein «Spezialgesetz im Bereich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht» sei.
- 7 In diesem Sinne auch Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 59; WIEGANDT, Verzahnung, S. 8; ähnlich MÜLLER, Passing-on Defense, S. 234 ff.

(«Kartellopfer» oder «Geschädigte»⁸).⁹ Den Kartellopfen stehen dann kartell[zivil]rechtliche Ansprüche zur Verfügung, mittels deren sie einen Verstoß im Zivilverfahren unterbinden und die Beeinträchtigungen abwenden können. Die Rede ist vom Kartellzivilverfahren oder von «*private enforcement*».¹⁰ Diese beiden Durchsetzungsspuren – Kartellverwaltungsverfahren und Kartellzivilverfahren – sind gleichwertig ausgestaltet und voneinander unabhängig.¹¹ Sie bilden gemeinsam das kartellrechtliche Durchsetzungssystem, das einen wirksamen Wettbewerb sicherstellen soll.¹² Der eingangs genannte Befund verdeutlicht, dass die kartellzivilrechtliche Durchsetzung derzeit kaum den wirksamen Wettbewerb sichert – und zwar obwohl die zivilrechtliche Durchsetzung explizit vom Gesetzgeber vorgesehen ist.

-
- 8 In dieser Arbeit werden die Begriffe «Kartellopfer» und «Geschädigte» synonym verwendet. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei einem Kartellopfer bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung seiner Eigenschaft als Opfer eines Wettbewerbsverstosses, um ein «potenzielles» Kartellopfer handelt; derselbe Begriff wird zudem auch in Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., verwendet.
- 9 So führen etwa Preiskartelle in 93 % der Fälle zu einer kartellbedingten Preiserhöhung. OXERA, Quantifying antitrust damages, S. 90. Auch auf wettbewerbstheoretischer ebenso wie auf wettbewerbspolitischer Ebene herrscht Einheit, dass besonders *Hardcore*-Kartelle grundsätzlich zu keinem gesellschaftlichen Mehrwert führen und über ein grosses Schädigungspotenzial verfügen, siehe hierzu BORK, Antitrust, S. 429; POSNER, Antitrust, S. 4; auch HARDING/JOSHUA, Regulating, S. 1.
- 10 In der Botschaft KG 2012, S. 3928, wird von der «Kartellrechtsdurchsetzung durch Private vor Zivilgerichten» gesprochen; KRAUSKOPF/SCHALLER, Kartellrecht, S. 287 f.; vgl. zur ähnlichen Ausgangslage in der EU: Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 59; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 76; kritisch zum Begriff «*private enforcement*» in Bezug auf die europäische kartellzivilrechtliche Durchsetzung, Schlussanträge GA Jääskinen 07.02.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:67, N 48; OTTERVANGER, Designing, S. 18 f.
- 11 Weko, RPW 1997/4, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, S. 593 ff., N 20; CR CONCURRENCE-REYMOND, Rem. 12 ff. N 38; HANGARTNER, Verhältnis, S. 44; DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux, S. 81; JACOBS, Durchsetzung, S. 210; vgl. zur Europäischen Union: Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 40; KOMNINOS, Relationship, S. 146.
- 12 HANGARTNER, Verhältnis, S. 44; BÖNI, Wechselwirkung, N 2; GÖRTZ, Private Durchsetzung, S. 244; HURNI, L'action civile, S. 126; JACOBS, Durchsetzung, S. 210; vgl. aber Botschaft KG 2012, S. 3928; innerhalb der EU: Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 40; vgl. auch REY, Interaction, S. 112.

Im Gegensatz zur marginalen Bedeutung des *«private enforcement»* steht das *«public enforcement»*: Die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung wird intensiv genutzt.¹³ Allerdings bleiben kartellrechtliche Ansprüche wie Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe hiervon weitgehend unberührt.¹⁴ Die Ausgangslage ist befremdlich. Verhaltensweisen werden ausschliesslich in Verwaltungsverfahren geahndet, obwohl sie i. d. R. zu zivilrechtlichen Schäden führen. Wird berücksichtigt, dass – wie etwa innerhalb der EU¹⁵ – die verwaltungsrechtliche Durchsetzung das Initialmoment der privatrechtlichen Durchsetzung darstellen kann und den Kartellopfen dann eine veritable Schützenhilfe leistet, ist ein Unbehagen kaum noch zu unterdrücken.¹⁶

Mitverantwortlich für das Stocken der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung sind die aus den «strukturellen Informationsasymmetrien»¹⁷ resultierenden Beweisschwierigkeiten.¹⁸ Denn auch Kartellzivilprozesse sind «gewöhnliche» Zivilverfahren und werden folglich von der Verhandlungsmaxime beherrscht.¹⁹ Der Kläger hat dem Gericht die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Schadenersatzanspruchs («Anspruchsvoraussetzun-

13 Vgl. Weko, Jahresbericht 2018, S. 4 ff.; PICHT, Kartellschadenersatz, S. 347.

14 Botschaft KG 2012, S. 3928; DIKE KG-IZUMI/BAUR, Art. 28 N 14; ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung, S. 1061.

15 PICT, *Passing-on*, S. 2; so wird derweil auch von einer «follow-on damages claim culture» gesprochen, FREUND, *Reshaping Liability*, S. 731 ff.; HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 166; MEEßEN, *Schadenersatz*, S. 2 f.; LESLIE, *Antitrust*, S. 458 f.; BÖGE, *Enforcement*, S. 224 f.; CANENBLEY/STEINVORTH, *Effective Enforcement*, S. 319 ff.; SCHWEITZER, *Richtlinie*, S. 335; MAKATSCH/MIR, *EU Directive*, S. 60; WIEGANDT, *Verzahnung*, S. 1 Fn. 7, mit zahlreichen Belegen für die deutsche Ausgangslage.

16 Falls sich ohnehin bereits in Anbetracht der fehlenden Aktivlegitimation der Konsumenten und der Möglichkeit des *Passing-on*-Einwands noch kein Störgefühl eingestellt hat; siehe anstelle vieler, HEINEMANN, *Consummation et concurrence*, S. 51 f.

17 Kommission, *Weißbuch/Schadenersatzklagen*, S. 8.

18 DREXL, *Interaction*, S. 139; explizit in Bezug auf die Schweiz: Fuchs/Weitbrecht/HEINEMANN, *Private Kartelldurchsetzung*, § 23 N 81; CR *Concurrence-REYMOND*, *Rem. Art. 12 ff. N 11 m. w. N.* Darüber hinaus nennt die Botschaft KG 2012, S. 3928, insbesondere die zu eng bemessene Verjährungsfrist, die fehlende Klagelegitimation von Konsumenten sowie den starken Anreiz, ein Verwaltungsverfahren statt ein Zivilverfahren in die Wege zu leiten; Weko, Jahresbericht 2019, S. 26 f.; PICT, *Kartellschadenersatz*, S. 348, spricht zudem von einer noch fehlenden Rechtstradition der privaten Kartellrechtsdurchsetzung; DIKE KG-VETTER, *vor Art. 12–15 N 5*.

19 CR *Concurrence-REYMOND*, *Rem. Art. 12 ff. N 11*; DIKE KG-VETTER, *Art. 12 N 43*; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215.

gen»²⁰ substantiiert darzulegen und, falls möglich, die entsprechenden Beweismittel einzureichen oder zu bezeichnen.²¹ Werden die Behauptungen des Klägers durch die beklagte Partei erfolgreich bestritten und geht der rechtsgenügende Nachweis der prozessrelevanten Tatsachen mangels Beweismitteln fehl, trägt der Kläger die Folgen der Beweislosigkeit.²² Das Kartellopfert trägt also die Beweislast²³ und im Unterliegensfall die Prozesskosten.²⁴

Genau das ist die Krux des Kartellzivilprozesses. Die Prozessbereitschaft eines Klägers wird durch zwei Grundkomponenten gesteuert: die Prozessaussichten und die finanziellen Anreize.²⁵ Fehlt es an einer dieser Komponenten, sieht das Kartellopfert von der Geltendmachung seiner Ansprüche ab.²⁶ Nun fehlt es aber infolge der besagten Informationsasymmetrien häufig an beweisrelevanten Informationen, was die Chancen einer erfolg-

-
- 20 In Bezug auf den deliktsrechtlichen Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG i. V. m. Art. 41 OR sind die Widerrechtlichkeit, die sich aus dem Nachweis einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung ergibt, der Kausalzusammenhang und der Schaden, insbesondere das Schadensquantum, nachzuweisen. Darüber hinaus sind die Aktivlegitimation des Anspruchstellers und die Passivlegitimation des Anspruchsgegners auszuweisen und dass der Anspruch nicht verjährt ist, HEINEMANN, *Privatrechtliche Durchsetzung*, S. 72; zum Begriff der Anspruchsvoraussetzungen im Europäischen Recht siehe Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40 ff.; Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 31 ff.; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 44 ff.; dazu auch FREUND, *Compensation*, S. 500 f.
 - 21 DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 43; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; vgl. auch HEINEMANN, *Private Enforcement*, S. 315.
 - 22 BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 17; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 55 N 2 m. w. N.; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 43; vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18 N 43 m. w. N.
 - 23 HEIZMANN/ZÄCH, *Expertisekosten*, S. 13; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 33; vgl. auch BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 134; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215; LANG, *Kartellzivilrechtliche Ansprüche*, S. 150; CR *Concurrence-REYMOND*, Rem. Art. 12 ff. N 11; STÖCKLI, *Ansprüche*, N 496, 754; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215; WALTER, *Homburger (KG)*, Art. 12 N 92.
 - 24 Und somit die Gerichtskosten wie die Parteientschädigung der Gegenseite, vgl. JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215, 223; ZÄCH/HEIZMANN, *Durchsetzung*, S. 1063; DIKE KG-VETTER, *vor Art. 12–15* N 63 ff.; BORER-Wettbewerbsrecht G/K/M, § 13 N 25; HURNI, *L'action civile*, S. 408 f.; LANG, *Kartellzivilrechtliche Ansprüche*, S. 150; STÖCKLI, *Ansprüche*, N 496, 754; WALTER, *Homburger (KG)*, Art. 12 N 92.
 - 25 HEIZMANN/ZÄCH, *Expertisekosten*, S. 12 f.; BASEDOW, *Kartelldeliktsrecht*, S. 97; CMA, *Deterrent effect*, N 5.84 ff.; CLASSEN/SEEGERS, *State of Enforcement*, S. 21.
 - 26 BASEDOW, *Kartelldeliktsrecht*, S. 97; EILMANSBERGER, *Green Paper*, S. 447.

reichen Durchsetzung verringert und die Prozessbereitschaft mindert.²⁷ Bekanntlich gilt auch im Kartellzivilrecht, dass Prozesse durch Fakten gewonnen werden²⁸, und dieser Umstand bildet die gedankliche Andockstelle der vorliegenden Abhandlung: Untersucht wird, ob und wie das Informationsgefälle in Kartellzivilprozessen überwunden werden kann. Im Vordergrund steht somit die Beweismittelbeschaffung im vor- und im prozessualen Stadium der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung. Hierbei liegt das Hauptaugenmerk auf dem Zugriff auf die Informationen, die sich in einer Verfahrensakte einer Wettbewerbsbehörde befinden («Verfahrensdokumente»).

Die Akzentsetzung bietet sich angesichts der bereits genannten Doppelspurigkeit der kartellrechtlichen Durchsetzung an. Ein Wettbewerbsverstoss kann allein der Gegenstand eines Zivilverfahrens sein oder umgekehrt ausschliesslich in einem Verwaltungsverfahren überprüft werden.²⁹ Wird das Kartellzivilrecht unabhängig von einem Kartellverwaltungsverfahren durchgesetzt, handelt es sich um ein Initiativverfahren (*Stand-alone*-Prozess).³⁰ In diesem wurde der Wettbewerbsverstoss von Behördenseite also (noch) nicht aufgegriffen. Die Unabhängigkeit der Durchsetzungsspur ermöglicht es zudem, den zivilrechtlichen Verfahrensweg erst einzuschlagen, nachdem die Wettbewerbsbehörde ein Verfahren eröffnet oder bereits abgeschlossen hat.³¹ Die Durchsetzung erfolgt dann in einem Folgeverfahren (*Follow-on*-Prozess).³²

27 PICT, Kartellschadenersatz, S. 348; HEINEMANN, Private Enforcement, S. 315; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 443.

28 So auch TSCHUDI, Beweismass, S. 1333.

29 Reko/Wef, RPW 2003/3, Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, S. 653 ff., E. 3.3.2.

30 WILS, Private Enforcement, S. 4; WILS, Relationship, S. 4.

31 HANGARTNER, Verhältnis, S. 44.

32 WILS, Private Enforcement, S. 4 f.; vgl. auch HEINEMANN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, S. 140; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 27. Die Unterscheidung zwischen *Stand-alone*- und *Follow-on*-Verfahren verliert in Bezug auf wirtschaftlich eng vernetzte Jurisdiktionen, wie dem europäischen Binnenmarkt, an Trennschärfe. Wird ein in der EU sowie im EWR tätiges Kartell von der Kommission gebüsst, liegt die Vermutung nahe, dass auch der Schweizer Markt, als fester Bestandteil des europäischen Binnenmarktes, durch die Kartellaktionen beeinflusst wird. Wird derselbe Sachverhalt aus Opportunitätsgründen von der Weko nicht aufgegriffen, kann ein geschädigtes Schweizer Unternehmen dazu neigen, sich an die Sachverhaltserstellung der Kommission anzulehnen und entsprechende Zugangsanträge zu stellen, um von der behördlichen Durchsetzung zu profitieren, vgl. PICT/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 23.

Im Vergleich zum Initiativverfahren kann die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im Fahrwasser der Wettbewerbsbehörde bedeutend erleichtert sein. Die Vorteile können derart gewichtig sein, dass die Kartellopfer zuerst versuchen, mittels Anzeige ein Verwaltungsverfahren einzuleiten, um aus der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung Nutzen zu ziehen.³³ Im übertragenen Sinn formuliert, ähneln die klagenden Kartellopfer dann Aaseiern, die von einem erfolgreichen Jäger profitieren, vorliegend der Wettbewerbsbehörde; die Behörde und die Kartellopfer sorgen gemeinsam für eine gesunde Umwelt, d. h. für ein funktionierendes Marktgeschehen.

Vor dem Hintergrund dieser Veranschaulichung sind im Folgenden die Erleichterungen in *Follow-on*-Verfahren zu erörtern, die auf diversen Berührungspunkten zwischen verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Durchsetzung beruhen – denn trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit beeinflussen sich die Durchsetzungswege gegenseitig. So können die Zivilgerichte an die tatsächlichen Feststellungen und an die rechtliche Qualifikation der Verhaltensweisen durch die Wettbewerbsbehörden gebunden sein.³⁴ Auch wenn es in der Schweiz an einer Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess fehlt,³⁵ wird ihnen eine faktische Präjudizwirkung bescheinigt.³⁶ Ein weiterer Berührungspunkt

33 Zu dieser Möglichkeit innerhalb der EU: DE STEFANO, *Damage Claimants*, S. 96 f. mit Praxisbeispielen; als Beispiele einer erfolgreichen Anzeige Dritter in der Schweiz, ohne dass es zwingend auch zu einer kartellzivilrechtlichen Durchsetzung kam: Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 ff. sowie Weko, RPW 2007/3, Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT), S. 415 ff.; vgl. dazu JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 18.

34 Zur Bindungswirkung der Kommissionsbeschlüsse nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003: EuGH 14.12.2000, Rs. C-344/98, *Masterfoods/HB*, EU:C:2000:689, N 51 f.; EuGH 23.11.2017, Rs. C-547/16, *Gasorba u. a./Repsol*, EU:C:2017:891, N 24 ff.; Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 56; zur Bindungswirkung von Sanktionsverfügungen mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden: Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 KSRL; zur Bindungswirkung deutscher Zivilgerichte an Entscheidungen des BKartA und anderen mitgliedstaatlichen Kartellbehörden: § 33b GWB; ausführlich zur Bindungswirkung von wettbewerbsbehördlichen Entscheidungen innerhalb der Europäischen Union WIEGANDT, *Verzahnung*, S. 197 ff.

35 Ausdrücklich BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 2.4, 5.4.8.2.

36 PICTH/FREUND, *Kartelldurchsetzung*, N 19 m. w. N.; BÖNI, *Wechselwirkung*, N 6 geht von einem starken faktischen Einfluss der Behördenentscheidung aus; Weko, RPW 1997/4, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*, S. 593 ff., S. 596 N 20; HEINEMANN, *Privatrechtliche Durchsetzung*, S. 108 ff.; TSCHUDI, *Beweismass*, S. 1344 Fn. 77; SOMMER, *Verfahrensfragen*, N 42; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), *SIWR I/2*, S. 455; vgl. offengelassen in BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 10.4.3.1, wobei äusserst

ist, dass ein Kartellverwaltungsverfahren die Verjährung kartellrechtlicher Ansprüche hemmt oder unterbricht – so zumindest innerhalb der EU. Ein Kartellopfer kann dort den Abschluss des Verwaltungsverfahrens abwarten und von der behördlichen Qualifikation profitieren, ohne dass sein Anspruch verjährt.³⁷ In der Schweiz ist diese Erleichterung allerdings nach wie vor ein rechtspolitisches Desiderat, weshalb Kartellopfer mit einem suboptimalen Verjährungsregime konfrontiert sind.³⁸ Zumindest lässt sich bereits in der aktuellen Ausgangslage argumentieren, dass die relative Verjährungsfrist grundsätzlich nicht vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung zu laufen beginnt; der Gläubiger hat erst dann ausreichende Kenntnis des Anspruchs und der Person des Schuldners. Anders ist die Ausgangslage, wenn im Instanzenzug die Qualifikation einer Verhaltensweise als wettbewerbswidrig durch den oder die Kartelltäter nicht bestritten wird. Die relative Frist kann dann bereits vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung zu laufen beginnen.

Ein weiterer und in dieser Arbeit primär interessierender Berührungspunkt ist der Zugriff auf die Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörden. Die Verfahrensdokumente enthalten häufig Informationen, auf die die Geschädigten grundsätzlich keinen Zugriff haben.³⁹ Diese Problematik wird für Kartellopfer im Hinblick auf *Hardcore*-Kartelle virulent. Diese gelten als Überbegriff für besonders schwerwiegende Kartellverstöße wie Gebiets-, Mengen- oder Preisabsprachen⁴⁰ und werden im Geheimen

fraglich ist, inwiefern ein Verwaltungsgericht im Hinblick auf die Gewaltentrennung diese Frage überhaupt beantworten kann; von einer signifikanten Bedeutung der behördlichen Entscheidung ebenfalls ausgehend siehe beispielsweise EFTA, E-6/17, *Fjarskipti*, vom 18.05.2018, N 47 und das Urteil des spanischen Tribunal Supremo vom 03.11.2017, 3879/2017, *Mediapro vs. Real Zaragoza*, ES:TS:2017:3879; zu berücksichtigen ist dann auch CARO DE SOUSA, *Identifying*, S. 6, der auf beweisrechtliche Probleme trotz Bestehens einer Bindungswirkung verweist.

37 So Art. 10 Abs. 4 KSRL, der mittlerweile in sämtlichen Mitgliedstaaten implementiert wurde.

38 Siehe hierzu Botschaft KG 2012, S. 3929; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29; HEINEMANN, *Kartellzivilrecht*, S. 147 f.

39 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 420; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 225; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 50.

40 OECD, *Leniency*, S. 17; sie werden auch als «the supreme evil of antitrust» bezeichnet, *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curits Trinko*, 540 U. S. 398, 408 (2004), oder wie auch als «cancers on the open market economy», bezeichnet, MONTI, *Fighting*.

getroffen, in den sog. «*smoke-filled rooms*»⁴¹. Wenn es überhaupt Beweise für derartige Abreden gibt, befinden sich diese grundsätzlich in der Sphäre der Kartelltäter oder der Behörde und somit ausserhalb der Zugriffsmöglichkeiten der Kartellopfer.⁴² Das Informationsgefälle nimmt mit höherem Professionalisierungsgrad der Abreden zu und erschwert dementsprechend das Zusammentragen beweisrelevanter Informationen.⁴³ Auch ist bei Kartellen auf die zunehmende Raffinesse und Vertuschung sämtlicher Beweise hinzuweisen, die das Auffinden einer allfälligen «*paper trail*» und somit das Aufdecken eines Kartells erschweren.⁴⁴ Das Zusammentragen entsprechender Beweismittel gleicht somit zumindest im Initiativverfahren häufig einer Herkulesaufgabe.

Anders ist die Ausgangslage im Kartellverwaltungsverfahren: Hier entschärfen verschiedene Untersuchungsinstrumente die bereits erwähnte Beweisproblematik.⁴⁵ Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen⁴⁶ durchführen und die beteiligten Unternehmen oder betroffene Dritte zur Auskunft und Edition⁴⁷ verpflichten. Das sachdienlichste Behördeninstrument zur Bekämpfung der besagten *Hardcore*-Kartelle sind Kronzeu-

-
- 41 Zur Begrifflichkeit vgl. JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 677; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 144; wobei die klassischen Situationen, in denen sich zwei oder mehrere Menschen direkt über die Preise oder Quoten unterhalten, zunehmend seltener werden. Stattdessen entstehen immer ausgeklügeltere Kartelle, neue Formen der Absprachen und neue, immer komplexere Märkte, die Wettbewerbsverstöße erleichtern können, ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 14; ähnlich PAPANIKOLAOU, Leniency, S. 20.
- 42 VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 404; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 452; OECD, Leniency, S. 17; zur Problematik der Beweismittelbeschaffung im Kommissionsverfahren EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 55; vgl. auch CARO DE SOUSA, Identifying, S. 19.
- 43 Vgl. Erw. 15 KSRL; REY, Interaction, S. 109.
- 44 Kommission, Arbeitspapier/Ten Years, N 21; POLLEY, Practitioner, S. 5 f.; ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 14; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 155; KROES, Tackling; vgl. auch BASEDOW, BJM 2016, S. 237.
- 45 JACOBS, Durchsetzung, S. 225; BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 2; zur Übersicht der im Verwaltungsverfahren zur Verfügung stehenden Instrumente zur Sachverhaltsermittlung siehe BANGERTER, Hausdurchsuchungen, S. 47 ff.; vgl. auch WILS, Relationship, S. 6, 8; WILS, Private Enforcement, S. 17; MILUTINOVIC, Right, S. 23.
- 46 Art. 42 Abs. 2 KG; siehe auch Weko, Merkblatt/Ermittlungsinstrumente, S. 9 ff.; Art. 21 Abs. 1 VO 1/2003.
- 47 Art. 42 Abs. 1 KG; siehe auch Weko, Merkblatt/Ermittlungsinstrumente, S. 1 ff.; Art. 18 Abs. 1 VO 1/2003.

genprogramme^{48,49} Das Wesensmerkmal dieser Programme ist, dass ein Kronzeuge mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert und ihnen quasi als Kooperationsleistung Informationen übermittelt, auf die die Behörden ohne sein Zutun kaum Zugriff hätten.⁵⁰ Als Gegenleistung wird dem kooperierenden Unternehmen die auszusprechende Verwaltungsanktion erlassen oder reduziert. Die Programme sind nicht besonders ressourcenintensiv und führen i. d. R. zur Sanktionierung eines Wettbewerbsverstosses, was ihren Wert für die Wettbewerbsbehörden verdeutlicht.⁵¹ In Deutschland wurden bis anhin ungefähr die Hälfte,⁵² in den Vereinigten Staaten rund zwei Drittel und auf EU-Ebene rund drei Viertel der sanktionierten Kartellabsprachen mittels Kronzeugen aufgedeckt.⁵³ In der Schweiz erhalten die Wettbewerbsbehörden bei 80–90 % der verfolgten Horizontalabreden und bei etwa 50 % der verfolgten Vertikalabreden entscheidende Hilfe durch Kronzeugen.⁵⁴ Ohne Übertreibung werden die Programme zuweilen als «Kronjuwel» der kartellrechtlichen Durchsetzung bezeichnet.⁵⁵

48 In der Schweiz wird dieses Behördeninstrument als «Bonusprogramm» bezeichnet, in dem eine «Selbstanzeige» durch den «Selbstanzeiger» eingereicht wird. Ist in dieser Arbeit in Bezug auf die schweizerische Ausgangslage die Sprache von Kronzeugeninformationen/-programm/-erklärung, wird auf das Schweizer «Bonusprogramm» und die «Selbstanzeige» Bezug genommen. Die Begriffe werden im 1. und 2. Teil der Arbeit synonym verwendet.

49 EILMANSBERGER, Green Paper, S. 435; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 143; REINHART, Leniency Plus, S. 9.

50 OECD, Challenges, N 21; NORDLANDER/ABENHAÏM, Discoverability, S. 2; RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, Transposition, S. 39; REY, Interaction, S. 109.

51 ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 13.

52 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 39; RITZ/MARX, Leniency, S. 55; nach dem Informationsdienst PaRR gingen 21 von 30 in Deutschland gehandeten Kartellen auf Kronzeugenanträge zurück, zitiert nach SEIFERT, Informationsbeschaffung, S. 512 Fn. 1.

53 WEBER, Thoughts, S. 171; LIPMAN, Most Cartel; nach CONNOLLY, Cartels, werden 90 % aller Kartellverfahren durch Kronzeugenerklärungen ausgelöst; RITZ/MARX, Leniency, S. 55; OECD, Challenges, N 1, 69; BROOS/GAUTIER/MARCO RAMOS/PETIT, Analyse, S. 85; FORRESTER/BERGHE, Chalice, S. 160.

54 Art. 49a Abs. 2 KG; Art. 8 ff. SVKG; NZZ Artikel «Kronzeugen gegen Schweizer Kartelle» vom 17.04.2018; siehe auch Weko, Merkblatt/Bonusregelung.

55 BAINBRIDGE, EC Leniency, S. 1: «the jewel in the crown of [...] antitrust enforcement»; das US-amerikanische DOJ spricht vom «[t]he Antitrust Division's Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity», siehe <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>; kritisch gegenüber der Abhängigkeit der Wettbewerbsbehörde von den Kronzeugenprogrammen ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 13.

Kommt es zu einem Kronzeugenverfahren, besteht seitens der kooperierenden Unternehmen ein grosses Interesse daran, dass die übermittelten Informationen ausschliesslich der Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehen und Dritten, wie Kartellopfen, nicht zugänglich gemacht werden. Hingegen ist das Interesse der Kartellopfer an einem Zugriff auf die Kronzeugeninformationen und insbesondere auf die Kronzeugenerklärung aus naheliegenden Gründen gross.⁵⁶ Es handelt sich i. d. R. um selbst belastende Aussagen, um den Verstoss belegende Informationen und häufig auch um Beweismittel, die den Kartellschaden nachweisen können.⁵⁷ Für die Kartellopfer sind jedoch nicht nur die Dokumente aus Kronzeugenverfahren relevant, sondern grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren.⁵⁸ Inwiefern die Akteneinsicht im Einzelfall der «Anspruchszementierung» schlussendlich dient, lässt sich allerdings nicht verallgemeinern. Hierüber kann das Kartellopfer erst nach seiner Einsicht urteilen.⁵⁹

Ungeachtet der Bedeutung der Verfahrensdokumente für die Kartellopfer wird der Zugriff häufig verweigert, zumal wenn die Dokumente Kron-

56 Ohne diese Informationen erscheint ein rechtsgenügender Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen übermässig erschwert. Von der praktischen Relevanz dieser Unterlagen zeugt beispielsweise der Vorlageentscheid EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 10 ff.; EuGH 06.06.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 49; High Court [2018] EWHC 1994 (Ch), *Suez Groupe SAS & Others v Fiat Chrysler & Others*, N 17: «It is axiomatic that claimants, seeking to pursue a damages claim, may need to understand the operation of the cartel in as much detail as possible»; BÖNI, Wechselwirkung, N 20; so auch MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 24; DAWIRS, Zugriff, S. 73; STOCK, Schadensnachweis, S. 188 ff.; HELMDACH, Kronzeugeninformationen, S. 71; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 447; kritisch gegenüber einem Mehrwert einer Einsicht in Verfahrensakten aus Kronzeugenverfahren FRENZ, Dokumentenzugang, S. 24; RAIBLE/LEPPER, in: Kamann/Ohloff/Völcker, § 26 N 573; GALLE/POPOT-MÜLLER, Sanktionen, S. 318; MÜHLBACH/BOOS, Schadensersatz, S. 148; OECD, Challenges, N 64; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 143 f.; BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 112 f.; BIEN, Überlegungen, S. 889; WILHELMI, Zugang, S. 127; BKartA, Stellungnahme 9. GWB-Novelle, S. 25; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2012, V-5 Kart 5 und 6/11 (OWi), DE:OLGD:2012:0822.V4-KART5.6.11OWI.00, N 35.

57 OECD, Leniency, S. 17 Fn. 24.

58 Vgl. HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 166; KLUMPE/THIEDE, *Floodgates*, S. 334.

59 STOCK, Schadensnachweis, S. 190.

zeugeninformationen enthalten.⁶⁰ Die ablehnende Haltung der Behörden beruht auf der Befürchtung, dass der Zugriff Dritter auf die Kronzeugeninformationen die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme gefährdet.⁶¹ Die strenge Handhabe erfolgt mit Verweis auf die folgende Erklärung: Potenzielle Kronzeugen würden von einer Kooperation mit den Behörden absehen, wenn genau mit den von ihnen gelieferten Informationen gegen sie gerichtete Kartellzivilprozesse unterstützt würden und die Gefahr einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Kronzeugen stiege.⁶² Fällt der von den Kartelltätern an die Kartellopfer zu zahlende Schadenersatz höher aus als der Sanktionserlass⁶³, ist die Attraktivität des Kronzeugenprogramms besonders stark beeinträchtigt.⁶⁴ Da die gegen einen Kronzeugen erwirkte

-
- 60 In diesem Sinne KSRL, Erw. 38; EU/Mitteilung Kronzeugen N 33, 40; Weko, Jahresbericht 2019, S. 28; Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 47 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 65 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 89 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff.; FORRESTER, Role of the CJEU, S. 70; CAUFFMAN, Interaction, S. 219; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 149.
- 61 Weko, Jahresbericht 2019, S. 28; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 65 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 89 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff. und da besonders N 129; Erw. 26 KSRL; EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 26; HEINEMANN, Private enforcement, S. 316; BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 4; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 435.
- 62 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 22 f.; Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 38; NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 127 ff.; CANENBLEY/STEINVORTH, Effective Enforcement, S. 316; MACCULLOCH/WARDAUGH, Baby, S. 20, die das Dilemma wie folgt umschreiben: «by applying for leniency, the applicant (though almost certainly obtaining a savings on any fine) opens itself to greater exposure for civil liability, should the content of the leniency application find its way into the hands of the plaintiffs' bar»; DÄHLER/KRAUSKOPF, Sanktionsbemessung, S. 148; SOMMER, Verfahrensfragen, N 43; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 436; BÖGE, Enforcement, S. 220.
- 63 Die kumulierten Streitwerte können den Sanktionserlass um ein Vielfaches übersteigen, RENGIER, Kartellschadenersatz, S. 613; RENGIER, Cartel Damages Actions, S. 72.
- 64 DREXL, Interaction, S. 140; RITZ/MARX, Leniency, S. 57; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 164.

Verfügung⁶⁵ häufig zuerst in Rechtskraft⁶⁶ erwächst, läuft der Kronzeuge Gefahr, für sämtliche und nicht nur für die von ihm verursachten Kartellschäden «in Haftung genommen» zu werden;⁶⁷ der Kronzeuge haftet als Solidarschuldner allen Geschädigten für den ganzen vom Kartell verursachten Schaden.⁶⁸ Trotz des Sanktionserlasses im Verwaltungsverfahren läuft der Kronzeuge Gefahr, ins Hintertreffen zu geraten, weil er mit Schadenersatzforderungen von Abnehmern der anderen Kartellmitglieder konfrontiert wird. Der Kronzeuge verfügt zwar über ein entsprechendes Regressrecht, trägt aber das Inkassorisiko.⁶⁹ Eine Kooperation mit der Behörde kann sich dann in wirtschaftlicher Hinsicht für den Kronzeugen nicht auszahlen und zu einem «*first mover disadvantage*»⁷⁰ führen.⁷¹

Nach dem soeben aufgezeigten Erklärungsmuster wird über das Für und Wider einer Kooperation primär von einer betriebswirtschaftlichen Warte aus entschieden. Nur wenn sich die Kooperation für den Kronzeugen wirtschaftlich rentiert – und nur dann –, wird ein Kronzeugenantrag gestellt. Selbst wenn diese Überlegung sehr verlockend ist und die Komplexität des Themengebiets leicht nachvollziehbare Ansätze erfordert, ist nicht zu verkennen, dass diese Schlussfolgerung der empirischen Evidenz entbehrt (und womöglich überhaupt nicht überprüfbar ist).⁷² Dennoch wachen die

65 In dieser Arbeit werden die Begriffe «Verfügung» und «Beschluss» synonym verwendet, wobei sich letzterer Begriff auf die Entscheidungen der Kommission bezieht und ersterer Begriff auf die Entscheidungen der Weko.

66 Wird in dieser Arbeit der Begriff «Rechtskraft» verwendet, umfasst dies auch den in der EU-Nomenklatur geläufigen Begriff der «Bestandskraft».

67 Zur Solidarhaftung: E-KSRL, S. 19; KSRL, Erw. 38; JÜNGTEN, Verwertung, S. 128 ff.; DAWIRS, Zugriff, S. 79 f.

68 DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 61; RUDOLPH/WOHLMANN, Solidarität, S. 47; HEINEMANN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, S. 139; WALTER, Homburger (KG), Art. 12 N 74; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 89; vgl. zur – nicht identischen – europäischen Ausgangslage nach Einführung der KSRL WILS, Private Enforcement, S. 26 ff.

69 Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 38; vgl. EILMANSBERGER, Green Paper, S. 446.

70 BÖGE, Enforcement, S. 220.

71 EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 26 f.; EuGH 06.06.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 42; Erw. 26 KSRL.

72 So akzeptierte das BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 7. 6 einen pauschalen Ausschluss der Übermittlung sämtlicher Kronzeugeninformationen mit dem expliziten Verweis, dass es zwar an einem empirischen Nachweis fehle, eine Benachteiligung des Kronzeugen hingegen nachvollziehbar erscheine; kritisch auch DAWIRS, Zugriff, S. 80; vgl. SALEMME, Enforcing, S. 325 f.

Behörden aufmerksam darüber, dass der Kronzeuge im Vergleich zu den nicht kooperierenden Unternehmen nicht ins Hintertreffen gerät, und schützen die Kronzeugeninformationen vor dem Zugriff Dritter. Denn ohne die Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms würden diese Informationen nicht existieren und hätten daher von den Wettbewerbsbehörden weder durch die Ausübung ihrer Untersuchungsbefugnisse noch auf anderem Weg beschafft werden können.⁷³ Dieser Schutz lässt die Wettbewerbsbehörden aus Sicht der Geschädigten allerdings als juristische Trutzburgen erscheinen⁷⁴, die den kartellzivilrechtlichen Durchsetzungsweg versperren. Da innerhalb der EU und der Schweiz auch künftig an einem starken «*public enforcement*» festgehalten wird,⁷⁵ bleibt das «*private enforcement*» im Nachgang zu Verwaltungsverfahren weiterhin von Bedeutung – der soeben aufgezeigte Konflikt zwischen den Kartellopfern und den Wettbewerbsbehörden droht somit, auf absehbare Zeit fortzubestehen.⁷⁶ Eine Untersuchung des Zugangs zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden verdient es also, in Angriff genommen zu werden.⁷⁷

Ein Hinweis darauf, wie dieses Spannungsfeld aufgelöst werden kann und die entsprechenden Interessen in einen massvollen Ausgleich gebracht werden können, findet sich im folgenden Ausspruch JOHN LOCKES⁷⁸:

73 WILS, Relationship, S. 23.

74 DAWIRS, Zugriff, S. 80, spricht ebenfalls von «juristischen Trutzburgen».

75 Für die EU: Erw. 6 KSRL; vgl. auch Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen, S. 3 f., nach der es ein weiteres Leitprinzip der Wettbewerbspolitik ist, eine starke behördliche Durchsetzung sicherzustellen; für die Schweiz: Botschaft KG 2012, S. 3928, laut der das Zivilkartellrecht nicht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken sei. Vielmehr sei die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt zu verbessern; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29.

76 Diese Problematik wurde auch von der Kommission erkannt und findet beispielsweise in Erw. 15, 46 KSRL Ausdruck; vgl. auch HEINEMANN, Private Enforcement, S. 315; KLUMS, Asymmetry, S. 212 f.; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 28 f.; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 165.

77 So auch Fuchs/Weitbrecht/HEINEMANN, Private Kartelldurchsetzung, § 23 N 85, nach dem die Voraussetzungen und Schranken der Zugangsmöglichkeiten im schweizerischen Kartellrecht der Klärung bedürfen.

78 LOCKE, State of Nature, § 11; in der deutschen Übersetzung: «Durch diese *beiden unterschiedlichen Rechte* – einerseits das allen gemeinsame Recht, das Verbrechen zu *bestrafen*, um *abzuschrecken* und dem gleichen Vergehen vorzubeugen, andererseits das Recht auf *Wiedergutmachung*, das nur dem geschädigten Teil zusteht – ist es der Obrigkeit, der eben als Obrigkeit das allgemeine Recht der Bestrafung in die Hände gelegt ist, bei kriminellen Handlungen, wenn das öffentliche Wohl die Vollstreckung des Gesetzes nicht verlangt, oftmals erlaubt, durch ihre eigene

«From these two distinct rights, the one of punishing the crime for restraint, and preventing the like offence, which right of punishing is in every body; the other of taking reparation, which belongs only to the injured party, comes it to pass that the magistrate, who by being magistrate hath the common right of punishing put into his hands, can often, where the public good demands not the execution of the law, remit the punishment of criminal offences by his own authority, but yet cannot remit the satisfaction due to any private man for the damage he has received. That, he who has suffered the damage has a right to demand in his own name, and he alone can remit.»

Dieser bereits über 300 Jahre alte Ausspruch ist insbesondere für die Ausgestaltung des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems von Relevanz. Er wird dahin gehend verstanden, dass es dem Wesen eines Rechtsstaats widerspricht, Kartellopfern aufgrund von Praktikabilitätsüberlegungen den Anspruch auf Kompensation teilweise oder vollständig abzusprechen.⁷⁹ Auch wenn es nicht die Aufgabe des Staates ist, die kartellrechtlichen Ansprüche von Kartellopfern durchzusetzen, wacht er darüber, dass die Durchsetzung der Ansprüche nicht übermässig erschwert oder sogar verhindert wird. Alles andere käme einer Verweigerung dieser Ansprüche gleich.⁸⁰ Das trifft insbesondere dann zu, wenn sich für einen Geschädigten relevante Informationen ausschliesslich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden und die Anspruchsdurchsetzung mit diesem Wissen steht und fällt.⁸¹ Der Staat hat dann zu verhindern, dass die Wiedergut-

Autorität von einer Bestrafung *abzusehen*. Aber sie kann nicht die Entschädigung *erlassen*, auf die ein Privatmann Anspruch hat, wenn ihm ein Schaden zugefügt wurde. Der Geschädigte hat das Recht, eine solche Entschädigung in seinem eigenen Namen zu fordern, und nur er allein kann auf sie *verzichten*»; SIEP, Zweite Abhandlung, S. 17 f.; Zitat auch bei WILS, Relationship, S. 32.

79 WILS, Relationship, S. 32.

80 Ohne sich auf Locke zu berufen, wird der EuGH bei der Effektivitätsprüfung – zumindest ansatzweise – von einem ähnlichen Leitgedanken geführt: Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass «die Verfahrensmodalitäten [der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung] die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren», so EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 29; zum Effektivitätsgrundsatz im Kartellzivilrecht DREXL, Interaction, S. 138.

81 Dass diese Ausgangslage nicht ausschliesslich in akademischen Arbeiten relevant wird, verdeutlicht das Urteil des englischen High Court, *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and Others* [2012] EWHC 869(Ch), N 43 f.; siehe zu diesen Konstellationen unten § 8. 4.

machung der Kartellschäden nicht durch zu restriktive Zugangsmöglichkeiten verunmöglicht wird. Dies unterstreicht die Schlüsselrolle der Wettbewerbsbehörden im «*private enforcement*» und insbesondere in den *Follow-on*-Prozessen. Ohne Informationsfluss an die Kartellopfer ist die erfolgreiche Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche häufig illusorisch. JOHN LOCKES Ausspruch kann somit auch heute noch in einen Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Durchsetzung gestellt werden und zeigt für die Auflösung des erwähnten Spannungsfelds wichtige staatsrechtliche Schranken auf. Den Wettbewerbsbehörden als Schaltstellen zwischen wirksamem Rechtsschutz und wirksamer Rechtsdurchsetzung obliegt es, die öffentliche Durchsetzung nur in dem Umfang zu schützen, insofern dies die privatrechtliche Durchsetzung nicht übermässig erschwert oder sogar verunmöglicht. Der umgekehrte Ansatz würde verkennen, dass die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung kein Selbstzweck ist, sondern immer im Hinblick auf die duale Durchsetzung des Kartellrechts erfolgen muss.

Bei der kommenden Untersuchung muss jedoch weiterhin stets Folgendes bedacht werden: Selbst wenn den Kartellopfen Zugang zu den Verfahrensdokumenten gewährt wird, darf dies nicht zu der Annahme verleiten, dass das Kartellzivilrecht aus seinem «Dornröschenschlaf»⁸² erweckt. Neben den Verfahrensdokumenten bedarf es für einen erfolgreichen Nachweis sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen häufig zusätzlicher Beweismittel⁸³ oder eines ökonomischen Gutachtens, das den Schadensumfang feststellt.⁸⁴ Ferner, und wie eingangs erwähnt, gibt es für die geringe praktische Relevanz der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung (im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren) in der Schweiz keine monokausale Ursache.⁸⁵ Mehrere materiell-rechtliche wie prozessrechtliche «Hemmschuhe» verhindern derzeit das «In-Fahrt-Kommen» des schweizerischen

82 PICT, Kartellschadenersatz, S. 348.

83 DREXL, *Interaction*, S. 146; RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, *Transposition*, S. 44; EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Europese Gemeenschap/Otis u. a.*, EU:C:2012:684, N 65 f. (hiernach als «*Otis I*» bezeichnet). Dass der Zugang zu den Dokumenten einer Behörde nicht zwingend zu einer erfolgreichen *Follow-on*-Schadenersatzklage führt, verdeutlicht die Rechtssache *WH Newson v IMI plc* [2013] EWCA Civ 1377, in der ein Unternehmen mit seiner Schadenersatzforderung in England im Anschluss an einen Kommissionsbeschluss scheiterte, da u. a. dem Beschluss zu wenig Informationen abgeleitet werden konnten, um die Schadenersatzansprüche rechtsgenügend nachzuweisen; siehe hierzu auch DOHERTY/FITZPATRICK, *Courage*, S. 38.

84 Siehe zu diesem Problemkreis PICT, *Passing-on*, S. 2.

85 Anstelle vieler KG Botschaft 2012, S. 3928.

Kartellzivilrechts⁸⁶ und insbesondere die Durchsetzung des Kartellschadenersatzanspruchs.⁸⁷

Um dies zu ändern und um das «*private enforcement*» voranzubringen, sollte das schweizerische Kartellzivilrecht in kleinen Schritten angepasst werden. Die Erleichterung der Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren ist ein erster Schritt auf diesem Weg. Grundlegende Fragen, die den Kausalverlauf oder die Berechnung des Schadensquantums betreffen, werden in Zivilprozessen geklärt, in denen der Nachweis eines Wettbewerbsverstosses bereits erbracht ist oder leichter zu erbringen ist.⁸⁸ Sind diese Fragen geklärt, kann in einem weiteren Schritt versucht werden, die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche auch unabhängig vom Kartellverwaltungsverfahren zu ermöglichen.⁸⁹ Bis zu diesem Zeitpunkt steht die Wettbewerbsbehörde den Kartellopfen zur Seite, wovon nicht nur diese profitieren, sondern auch die Durchsetzung insgesamt. Sodann verspricht die Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung unter anderem, das Vollzugsdefizit – die sog. «*enforcement gap*» – teilweise oder sogar ganz zu beheben.⁹⁰ Die vorliegende Arbeit versteht sich als Beitrag, der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung im Nachgang zu Verwaltungsverfahren dogmatischen Halt zu geben und den wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfen zu stärken.

86 KG Botschaft 2012, S. 3928; SECO, Evaluation, N 275, wo festgehalten wird, dass die Beweisproblematik eine der Hauptursachen für das Schwächeln des Kartellzivilrechts sei.

87 In diesem Sinne SECO, Evaluation, N 273 ff.; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 50 ff.

88 Ein ähnlicher Ansatz findet sich auch bei HELLMANN/STEINBRÜCK, *Discovery Light*, S. 165.

89 In diesem Sinne auch RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, *Transposition*, S. 5; WIEGANDT, *Verzahnung*, S. 106; BACH/WOLF, *Instrumente*, S. 288 f.; vgl. auch BASEDOW, *BJM* 2016, S. 237, nach dem eine Zunahme von *Stand-alone*-Klagen bedingt, dass die prozessualen Instrumente des US-amerikanischen Kartellrechts übernommen werden.

90 In Bezug auf die EU so bereits Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44 und Fn. 112 m. w. N.

§ 2. Vorbemerkungen

1. Fragestellung der Arbeit und Prüfschema

Im Vordergrund dieser Arbeit steht einerseits der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch, dem ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV zugrunde liegt («europäischer Kartellschadenersatz»⁹¹), und andererseits der Anspruch nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG, der durch einen Verstoß gegen Art. 5 KG oder Art. 7 KG begründet wird («Kartellschadenersatz» o. ä.).⁹² Nicht untersucht werden allerdings die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen bzw. Tatbestandsmerkmale des Kartellschadenersatzes⁹³, sondern vielmehr dessen Verfahrensmodalitäten⁹⁴, d. h. die Einzelheiten der Ausübung des Rechts auf Schadenersatz.⁹⁵ Das Hauptaugenmerk liegt

91 Auch wenn nicht von einem genuin europäischen kartellzivilrechtlichen Durchsetzungssystem gesprochen werden kann und der Begriff «europäischer Kartellschadenersatzanspruch» folglich unpräzise ist, wird auf ihn im Kommenden zurückgegriffen.

92 Die privatrechtliche Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche umfasst hingegen nicht nur den deliktischen Schadenersatzanspruch. Der Instrumentenkasten des Kartellzivilrechts ist weit gefächert. Neben dem deliktischen Schadenersatzanspruch gehört die Gewinnherausgabe nach GoA-Recht (Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG, Art. 423 OR sowie die stark umstrittene Eingriffskondition nach Art. 62 OR) dazu, vgl. dazu PICHT/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 5 m. w. N.; aber auch vertragsrechtliche Ansprüche von Kartellopfen können im Gefüge des Kartellzivilrechts eine bedeutende Stellung einnehmen, vertieft hierzu PICHT, Kartellschadenersatz, S. 347 ff. Von grosser praktischer Wichtigkeit sind weiter die vorsorglichen Massnahmen, die jedoch einen anderen Zweck verfolgen als Kartellschadenersatzansprüche; vgl. BREIT/ELZINGA, Private antitrust, S. 16 Fn. 27, für eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher vorsorglicher Massnahmen; HJELMENG, Competition Law Remedies, S. 1009 ff.; DOHERTY/FITZPATRICK, Courage, S. 17.

93 Siehe zum Begriff «Anspruchsvoraussetzung» oben § 1.

94 Die Definition erfolgt in Anlehnung an EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; dazu auch FREUND, Compensation, S. 500.

95 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, N 42, 45; EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 24; FREUND, Compensation, S. 500; in diesem Kontext auch FRANK, Striking, S. 841, nach dem «procedural rules» in der englischsprachigen Fassung der Entscheide EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 28 und EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 63 f. bzw. «Verfahrensmodalitäten» in der deutschsprachigen Fassung «embraces all provisions, whether

auf den Zugangsrouten, die einem Kartellopfer Zugriff auf Verfahrensdokumente der Kommission und der Weko versprechen. Die jeweiligen Routen werden dahin gehend geprüft, ob sie der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes und somit dessen Zweck gerecht werden. Im Kern gilt es, die folgende Frage zu klären:

«Wird die Ausgestaltung der Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden (Kommission und Weko) dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht?»

Die Arbeit untersucht die Forschungsfrage anhand eines dreistufigen Prüfschemas: Der erste Schritt (1. Prüfschritt) untersucht den Zweck des Kartellschadenersatzes, woraufhin im zweiten Schritt (2. Prüfschritt) die Zugangsrouten zu Verfahrensdokumenten der Behörden erkundet werden. Im dritten Schritt (3. Prüfschritt) werden die verschiedenen Zugangsmöglichkeiten auf ihre Zweckdienlichkeit hin analysiert.

2. Der Zweck des Kartellschadenersatzes als Untersuchungsmaßstab

Der Zweck beschreibt die *erwünschte* Wirkung einer Norm bzw. eines Durchsetzungsinstruments in der Aussenwelt, rastet allerdings im Abstrakten ein und gibt lediglich den zu erreichenden Sollzustand vor. Die Wirkung hingegen beschreibt die sich *tatsächlich* einstellende Folge der Durchsetzung⁹⁶ und bildet den Istzustand ab. Die Durchsetzung hat sicherzustellen, dass sich die erwünschte Wirkungsweise einer Norm auch entsprechend entfaltet. Stellt sich die erwünschte Wirkung ein, ist die Durchsetzung der Norm zweckentsprechend – der Istzustand entspricht dann dem Sollzustand.

Um die erwünschte Wirkung einer Norm sicherzustellen, orientieren sich die Ausgestaltung und die Auslegung einer Norm an deren Zweck;⁹⁷

of procedural or substantive nature, which have an impact on the effectiveness of the private enforcement of the EU competition law»; für einen alternativen Ansatz siehe HEINZE, Schadenersatz, S. 162.

96 DREIER, Kompensation und Prävention, S. 124 f.; STOCK, Schadensnachweis, S. 43 ff.

97 Allgemein: DEUTSCH, Haftungsrecht, S. 66 ff.; in Bezug auf das Kartellrecht: GAVIL, Designing, S. 6; GILIKER, EU Tort Law, S. 18 ff.; VAN GERVEN, Remedies, S. 502; BALASINGHAM, 15 Years, S. 18 f.; HEMPEL, Donau, S. 219; STOCK, Schadensnachweis, S. 43 ff.; BERRISCH/BURIANSKI, Schadensersatzansprüche, S. 887 f.;

treffend, wenn auch pointiert DEUTSCH: «Der Zweck regiert die Norm.»⁹⁸ Diese Aussage bezieht sich nicht ausschliesslich auf die Ausgestaltung und die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Norm bzw. deren Anspruchsvoraussetzungen. Sie gilt ebenso für die Ausgestaltung und die Handhabung der Verfahrensmodalitäten, die der Durchsetzung der Norm dienen. Zu den Letzteren zählen die in dieser Arbeit zu untersuchenden Zugangsrouten.

Unter der Prämisse, dass der Zweck eine korrespondierende Ausgestaltung und Auslegung der Zugangsmöglichkeiten erfordert, sind die Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes so auszugestalten und zu handhaben, dass die Durchsetzung dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht wird.⁹⁹ Somit muss sichergestellt werden, dass die Durchsetzung auch im Tatsächlichen dem im Abstrakten Erforderten entspricht. Gesetzt den Fall, dass der Kartellschadenersatz einen zweigliedrigen Zweck verfolgt bzw. dem Ausgleich und der Prävention dient, hat seine Durchsetzung einerseits das private Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz (Ausgleich) und andererseits das öffentliche Interesse an einem wirksamen Kartellzivilrecht (Abschreckung) zu erfüllen. Dieses Verständnis ist für die vorliegende Untersuchung dort relevant, wo das Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes mit den Interessen der Wettbewerbsbehörde an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung konfligiert, wie in Bezug auf den Zugang zu Verfahrensdokumenten: Häufig wird über den Zugang eines Kartellopfers im Rahmen einer Interessenabwägung entschieden. Wird ein zweigliedriges Zweckverständnis angenommen, stünde dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen öffentlichen Rechtsdurchsetzung, das gegen einen Zugang Dritter spricht, nicht mehr lediglich das private Interesse des Kartellopfers am Ausgleich des entstandenen Schadens gegenüber. Vielmehr hätte die Behörde dann auch das öffentliche Interesse an einem wirksamen Kartellzivilrecht zu berücksichtigen, was die Interessenabwägung zu einem geschädigtenfreundlichen Abwägungsergebnis hin beeinflussen kann.¹⁰⁰

implizit dann auch MARCO COLINO, Perks, S. 565; REIFF, Punishment, S. 44; KLOUB, White Paper, S. 519; POSNER, Antitrust, S. 267.

98 DEUTSCH, Haftungsrecht, S. 66. Allerdings wird die Auslegung einer Norm in der Praxis nicht ausschliesslich vom Normzweck getragen, sondern von mehreren Auslegungselementen.

99 In diesem Sinne GILIKER, EU Tort Law, S. 17 ff.; vgl. STOCK, Schadensnachweis, S. 44 f.

100 EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134: «specific policy considerations arise in requests for access to documents as part

3. Ansatz

Diese Arbeit untersucht und vergleicht ausschliesslich die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko und der Kommission. Dieser Schwerpunkt bietet sich nicht zuletzt deswegen an, weil das europäische und das schweizerische Wettbewerbsrecht gleichwertig ausgestaltet sind¹⁰¹ und der starke Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das hiesige anerkannt ist.¹⁰² Diese Aussage bezieht sich nicht nur auf den materiell-rechtlichen Inhalt der entsprechenden Wettbewerbsgesetze¹⁰³, sondern auch auf das kartellrechtliche Verfahrensrecht¹⁰⁴ und insbesondere auf die

of follow-on damages cases brought before national courts [...]. The private enforcement of these provisions ought to be encouraged, as it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA»; als weiteres Beispiel aus der EFTA-Rechtsprechung EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132; BAUDENBACHER, *Independence*, S. 222; so bereits HEMPEL, *Donau*, S. 219.

- 101 Diese Einschätzung teilt auch die Botschaft, Zusammenarbeit, S. 3959 ff., und dort etwa S. 3966. Insgesamt wird in der Botschaft an sechs Stellen auf die Äquivalenz bzw. Gleichwertigkeit der wettbewerbsrechtlichen Gesetzgebung der Schweiz und der EU verwiesen; HIRSBRUNNER, *Le juge suisse*, N 3; die Botschaft KG 1994, S. 530 hält etwas zurückhaltender, aber immerhin fest, dass sich das schweizerische KG am EU-Wettbewerbsrecht orientiert, um den «Unternehmen Doppelspurigkeiten zu ersparen».
- 102 Siehe hierzu allgemein BALDI, *Wettbewerbspolitik*, S. 1184; BAUDENBACHER, *Challenges*, 613; BORER, *Schnittstellen*, S. 220; KELLERHALS, *Wettbewerb*, S. 298; STOFFEL, *Swiss Competition Law*, S. 677.
- 103 Für eine Parallelführung der Begriffe «Vereinbarung» und «abgestimmte Verhaltensweisen» in Art. 4 Abs. 1 KG und in Art. 101 Abs. 1 AEUV siehe BGer 04.02.2021, 2C_149/2018, E. 3.1; für die Regelung vertikaler Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist laut BGE 143 II 297, E. 6.2.3, von einer «materiell identische[n] Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis » auszugehen; in Übereinstimmung mit HEINEMANN, *Meilenstein*, S. 112, ist sodann die in BGE 143 II 297, E. 9.4.5, vorgenommene Parallelführung zwischen dem europäischen und schweizerischen Kartellrecht auf horizontale Abreden nach Art. 5 KG anwendbar; für die Regelung von unzulässigen Verhaltensweisen nach Art. 7 KG siehe BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 4.3: «Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden», E. 8.3.6; siehe ferner auch Weko, *RPW 2019/3b*, *Badezimmer* (2. Teil), S. 927 ff., N 2240 ff.
- 104 Zur Veranschaulichung: Für eine Berücksichtigung der Veröffentlichungspraxis der Kommissionsbeschlüsse, siehe BGE 142 II 268, E. 4.2.5; für eine Berücksich-

Verfahrensmodalitäten¹⁰⁵, die sich in Querschnittsgesetzen befinden.¹⁰⁶ Auch wenn eine inhaltliche Übereinstimmung der beiden Durchsetzungssysteme nicht zwingend vorhanden ist, weisen sie grosse strukturelle Gemeinsamkeiten auf, weshalb sich vergleichbare Grundfragen stellen. Der vorliegenden Arbeit liegt die Hypothese zugrunde, dass sich die Systeme in Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung ausreichend ähneln und somit gewinnbringend vergleichen lassen.

Es wird mit der Darstellung der Zugangsmöglichkeiten auf Unionsebene begonnen, was aufgrund der folgenden Entwicklungen angezeigt ist: Das Erstarken der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung innerhalb der EU, namentlich in Form von *Follow-on*-Schadenersatzprozessen, hat zu einem beträchtlichen Fallrecht der Unionsgerichte geführt.¹⁰⁷ Die Recht-

tigung der Kommissionspraxis in Bezug auf die Behandlung von Informationen mit kartellrechtswidrigem Inhalt, vgl. BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3: «Nicht geheimhaltungswürdig sind deshalb Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen [...] ([...] so auch für die analoge Regelung in der EU [...])»; für eine Berücksichtigung der europäischen Kronzeugenregelung vgl. BVGer 23.09.2014, B-8430/2010, E. 5.4.6 ff.; siehe ferner Weko, RPW 2018/4, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U, S. 736 ff., N 155: «Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der Weko bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der Kommission heranzuziehen. Auch die Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand. Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen».

- 105 Zur Veranschaulichung: Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18: «Zum gleichen Ergebnis kommt im Übrigen der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Anwendung der dem BGÖ weitgehend entsprechenden EU-Transparenzverordnung auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Europäischen Kartellbehörde».
- 106 So hält auch DUCREY, Agreement, S. 439 f., fest, dass – zumindest aus Sicht der EU – das schweizerische und europäische Kartellrecht in verfahrens- wie materiell-rechtlicher Hinsicht gleichwertig sind; nach DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1 N 77 wächst mit diesem konzeptionellen Näheverhältnis «das Bedürfnis nach europarechtskonformer Auslegung»; HEINEMANN, Rechtliche Transplantate, S. 29 ff. m. w. N.; auch die Botschaft KG 1994, S. 530 versteht sich in einem ähnlichen Sinn: Die Anlehnung an die EU-Praxis ermöglicht den Rückgriff auf eine erprobte Praxis und ein bewährtes System.
- 107 Als Beispiele für im Nachgang zur verwaltungsrechtlichen Durchsetzung angelegte Kartellzivilverfahren, die in Form von Vorlagefragen vom EuGH behandelt wurden: EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465; EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461; EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389; EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Otis I*, EU:C:2012:684,

sprechung setzt sich mit allgemeinen Fragen zum europäischen Kartellschadenersatz auseinander, insbesondere mit dem Zugriff Dritter auf Verfahrensdokumente mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden und der Kommission. Auch auf gesetzgeberischer Ebene wurden die unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten – in jeweils unterschiedlichem Ausmass – an diese Entwicklung angepasst. Da die Schweiz von ähnlichen Vorgängen wie im EU-Raum (noch) nicht erfasst wurde, fehlt es an einer vergleichbaren Rechtsprechung und an regulatorischen Massnahmen. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem europäischen Recht soll es ermöglichen, die schweizerische Ausgangslage ausgewogener zu betrachten, positive Auswirkungen der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung gezielt zu fördern und allfällige negative Auswirkungen zu reduzieren.

4. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit wurde die Problemstellung aufgeworfen (§ 1), die Fragestellung skizziert, der Untersuchungsstabsstab festgelegt und der der Arbeit zugrunde liegende Ansatz sowie das dreistufige Prüfschema dargestellt (§ 2).

Im zweiten Teil der Arbeit wird der 1. Prüfschritt unternommen und sich dem Zweck des Kartellschadenersatzes genähert. Hierzu werden einerseits die Grundlagen des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems dargestellt und andererseits wird der Kartellschadenersatzanspruch von drei Warten aus betrachtet. Der Blick von der ersten, der systematischen Warte aus richtet sich auf den Kartellschadenersatz als Teilinstrument des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems (§ 3). Anschliessend wird ein Blick von der zweiten, der konzeptionellen Warte aus geworfen und der Kartellschadenersatz in einen Zusammenhang mit den Grundlagen des Kartellrechts gestellt (§ 4). Hieraufhin wird erneut ein Perspektivenwechsel vorgenommen und die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes von einer Law & Economics-Warte aus beleuchtet – der ökonomischen Fun-

EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366; EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317; EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263; EuGH 12.12.2019, Rs. C-435/18, *Otis u. a./Land Oberösterreich*, EU:C:2019:1069 (hiernach als «*Otis II*» bezeichnet); EuGH 21.05.2015, Rs. C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel u. a.*, EU:C:2015:335; EuGH 29.07.2019, Rs. C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi/DAF TRUCKS*, EU:C:2019:635.

dierung der Durchsetzung (§ 5). Die ersten drei Kapitel bilden sodann das notwendige Fundament, um den Zweck des schweizerischen Kartellschadenersatzes zu untersuchen (§ 6). Anschliessend gilt es, den Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes anhand der EuGH-Rechtsprechung und der legislatorischen Arbeiten auf EU-Ebene zu ergründen (§ 7). Die Feststellung des jeweiligen Zwecks beendet den ersten Prüfschritt.

Hieraufhin werden im dritten Teil der Arbeit die einzelnen Routen erkundet, die sich einem Geschädigten im vorprozessualen wie im prozessualen Stadium der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung eröffnen, um Zugriff auf Verfahrensdokumente der Kommission zu erlangen – der 2. Prüfschritt hinsichtlich der europäischen Rechtslage. Dieser beschreibt die folgenden für einschlägig befundenen Zugangsmöglichkeiten:

- die Teilnahme von Kartellopfern am Kommissionsverfahren und ihre Akteneinsichtsmöglichkeiten (§ 8)
- die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse (§ 9)¹⁰⁸
- den Zugang zu Verfahrensdokumenten nach der TransparenzVO (§ 10)
- die Übermittlung von Verfahrensdokumenten an mitgliedstaatliche Zivilgerichte (§ 11)

Nachdem sämtliche Routen dargestellt worden sind, wird in einer Gesamtchau Stellung genommen und im 3. Prüfschritt die Forschungsfrage in Bezug auf die europäische Ausgangslage beantwortet. Auch werden Lösungsansätze zur Gestaltung der europäischen Rechtslage *de lege ferenda* vorgeschlagen (§ 12).

Der vierte Teil der Arbeit befasst sich mit den Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko – der 2. Prüfschritt hinsichtlich des schweizerischen Rechts. Hierfür werden die folgenden Zugangsmöglichkeiten analysiert:

- die Teilnahme von Kartellopfern am Kartellverwaltungsverfahren und ihre Akteneinsichtsmöglichkeiten. Hierzu werden die infrage kommenden Verfahrensbeteiligten aufgezeigt (§ 13), deren Akteneinsichtsmöglichkeiten untersucht (§ 14) und die Möglichkeiten der Verwertung dieser Informationen thematisiert (§ 15).
- die Praxis der Veröffentlichung der (Sanktions-)Verfügungen der Weko (§ 16)

108 Diese Möglichkeit wird in vorliegender Arbeit als Zugangsmöglichkeit gewertet, selbst wenn die Informationen bereits öffentlich sind und es sich streng genommen nicht um eine Zugangsmöglichkeit handelt.

- der Zugang zu Verfahrensdokumenten nach dem BGÖ (§ 17) und ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang (§ 18)¹⁰⁹
 - die Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte (§ 19)
- Abschliessend werden im 3. Prüfschritt die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko auf ihre Zweckdienlichkeit hin analysiert, was die Forschungsfrage in Bezug auf die Schweiz beantwortet. Zudem werden Lösungsansätze zur Gestaltung der schweizerischen Rechtslage *de lege ferenda* skizziert (§ 20).

Im fünften und abschliessenden Teil der Arbeit werden die wichtigsten Untersuchungsergebnisse zusammengefasst und gewürdigt (§ 21).

109 Genau genommen ist diese Zugangsmöglichkeit als Akteneinsicht in einem Kartellverwaltungsverfahren zu werten und wäre an entsprechender Stelle zu prüfen. Hingegen bietet diese Zugangsmöglichkeit im Vergleich zum Zugang nach dem BGÖ gewisse Vorteile, weshalb diese Zugangsform im Anschluss an das BGÖ geprüft wird.

Teil 2. Zweck des Kartellschadenersatzes (§§ 3–7)

§ 3. Der Kartellschadenersatz von systematischer Warte

Die Informationsbeschaffung bildet einen wichtigen, wenn auch nur einen von vielen Teilaspekten der kartellrechtlichen Durchsetzung. Wird die Ausgestaltung der Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf den Zweck des Kartellschadenersatzes untersucht, ist zwingend auch das Durchsetzungssystem als Ganzes zu berücksichtigen. Dieses Kapitel stellt die Durchsetzung des Anspruchs auf Kartellschadenersatz in einen Zusammenhang mit den Zielen des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems.

1. Durchsetzungsziele

Das kartellrechtliche Durchsetzungssystem verfolgt drei Ziele:¹¹⁰ Erliegt ein Unternehmen der Versuchung, gegen ein wettbewerbsrechtliches Verhaltensgebot zu verstossen, ist sicherzustellen, dass der Verstoss nicht wiederholt wird und dass andere Unternehmen von der Aufnahme oder dem Beitritt zu einem Wettbewerbsverstoss abgeschreckt werden (Prävention). Das Durchsetzungssystem hat sodann sicherzustellen, dass der Verstoss unterbunden wird (Unterbindung) und allfällige negative Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen abgewendet werden (Ausgleich).¹¹¹

110 WILS, Antitrust Fines, S. 185, seine Ausführungen beziehen sich auf die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts. Seine Ausführungen werden jedoch aufgrund der konzeptionellen Parallelität von öffentlicher und privater Durchsetzung in der Europäischen Union und der Schweiz sinngemäss übernommen, siehe *oben* § 2. 3; für ein ähnliches Verständnis siehe auch EZRACHI, *Courage v Crehan*, S. 118 f.; MILUTINOVIC, *Right*, S. 15; HARDING/JOSHUA, *Regulating*, S. 286 f.; NERUDA, *Private or Public*, S. 231 f.; KOMNINOS, *Relationship*, S. 141 ff.; bzgl. dem US-amerikanischen Durchsetzungssystem von einer ähnlichen «Zwecktrias» ausgehend auch GAVIL, *Designing*, S. 6.

111 WILS, *Relationship*, S. 5 ff., zählt als weiteres Durchsetzungsziel die Präzisierung der kartellrechtlichen Verbotsnormen durch die Rechtsanwendung. Dieses Durchsetzungsziel wird in der vorliegenden Arbeit nicht weiter explizit berücksichtigt.

Vorwegzunehmen ist ferner: Die Ziele des materiell-rechtlichen Kartellrechts und die Ziele der kartellrechtlichen Durchsetzung sind nicht gleichzusetzen. Das materiell-rechtliche Kartellrecht schreibt vor, welche Verhaltensweisen erwünscht bzw. welche kartellrechtswidrig sind. Die kartellrechtliche Durchsetzung hingegen gibt vor, wie die Verhaltensgebote durchzusetzen sind. Das Ziel der Abschreckung wird ausschliesslich durch Letztere verfolgt und nicht durch das materiell-rechtliche Kartellrecht.¹¹² Diese Unterscheidung wird häufig nicht vorgenommen, sondern es wird allgemein auf die Abschreckung als Ziel des Wettbewerbsrechts verwiesen.¹¹³ Die Unterscheidung ist allerdings dogmatisch angezeigt: Die Zuordnung des Kartellschadenersatzes als Durchsetzungsinstrument wird erleichtert, und zugleich wird der Weg für eine angemessene Zweckfindung geebnet.

I. Prävention

Das Präventionsziel ist zweigliedrig und unterteilt sich in Generalprävention und in Spezialprävention.¹¹⁴ Die Generalprävention soll Unternehmen

-
- 112 So auch im europäischen Wettbewerbsrecht EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 45, wonach Kartellschadenersatzklagen einen integralen Bestandteil der kartellrechtlichen Durchsetzung bilden. Dieses System zielt darauf ab, Wettbewerbsverstöße zu ahnden und von diesen abzuschrecken; übereinstimmend Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 80; zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienerkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.
- 113 So etwa im Zusammenhang mit dem Mechanismus der Gesamtschuld im Wettbewerbsrecht EuGH 10.04.2014, C-231/11 P, *Siemens u. a./Kommission*, EU:C:2014:256, N 59; EuGH 10.04.2014, *Areva u. a./Kommission*, EU:C:2014:257, N 132; so auch GA Pitruzzella 04.06.2020, C-832/18 P, *Kommission/GEA Group*, EU:C:2020:426, N 44; siehe zum Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes unten § 7.
- 114 Es muss jedoch anerkannt werden, dass eine strikte Unterscheidung von Prävention sowie Strafe in Anbetracht der strafrechtsähnlichen Natur der im Verwaltungsverfahren ausgesprochenen Sanktion nicht möglich ist, vgl. BGE 143 II 297, E. 9.1; BGE 139 I 72, E. 2.2.2; BGER 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.1; vgl. auch BSK KG-NIGGL/RIEDO, Vorb. Art. 49a–53 N 119 ff.; vgl. auch Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003; EuGH 19.03.2009, Rs. C-510/06, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:C:2009:166, N 149; EuG 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 141, 275; EuGH 08.05.2013, Rs. C-508/11 P, *Eni/Kommission*, EU:C:2013:289, N 50; CANENBLEY/STEINVORTH,

vom Begehen von Wettbewerbsverstößen abschrecken.¹¹⁵ Das Durchsetzungssystem wirkt abschreckend, wenn nicht gegen die Rechtsordnung verstossen wird.¹¹⁶ Das Hauptsteuerungsinstrument zur Erreichung dieses Ziels sind monetäre Sanktionen¹¹⁷, die von Wettbewerbsbehörden in Form von Verfügungen verhängt werden.¹¹⁸ Von einer ökonomischen Warte aus betrachtet, zählen hierzu auch in Zivilverfahren auferlegte Zahlungsverpflichtungen, auch wenn haftungsbegrenzende Normen wie das Bereicherungsverbot deren Abschreckungswirkung bedeutend abschwächen.

Bei der Spezialprävention steht nicht die Allgemeinheit im Vordergrund, sondern das am Wettbewerbsverstoss beteiligte Unternehmen. Es soll davon abgehalten werden, erneut gegen das Kartellrecht zu verstossen.¹¹⁹ Die Unterscheidung zwischen Generalprävention und Spezialprävention verliert im Rahmen der kartellrechtlichen Durchsetzung aller-

Effective Enforcement, S. 315; MACCULLOCH/WARDHAUGH, *Baby*, S. 5; DUCCI, *Cartel*, S. 11; ausführlich auch ASCHEBERG, *Preisschirmeffekte*, S. 187 ff.

- 115 In diesem Sinne auch Botschaft KG 2001, S. 2023, 2036 ff.; vgl. auch Weko, *Erläuterungen/SVKG*, S. 4; Kommission, *Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen*, Erw. 4; siehe in diesem Zusammenhang auch Weko, *Erläuterungen/SVKG*, S. 1, mit Verweis auf Kommission, *Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen*; vgl. auch CALVANI/KAETHE, *Competition act*, S. 310.
- 116 Schlussanträge GA Kokott 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, *Berlusconi u. a.*, EU:C:2004:624, N 89; Ähnliches gilt auch für die EuGH-Rechtsprechung: EuGH 08.06.1994, Rs. C-382/92, *Kommission/Grossbritannien*, EU:C:1994:233, N 54 ff.; EuGH 15.07.1970, Rs. C-41/49, *ACF Chemiefarma/Kommission*, EU:C:1970:71, N 172 ff.; EuGH 07.07.1983, verb. Rs. C-100/80, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, EU:C:1983:158, N 106; siehe in diesem Sinne auch die EuG-Rechtsprechung, EuG 26.04.2007, verb. Rs. T-109/02, *Bolloré u. a./Kommission*, EU:T:2007:115, N 526 f.; EuG 15.03.2006, Rs. T-15/02, *BASF/Kommission*, EU:T:2006:74, N 226; siehe auch den Beschluss der Kommission vom 21.11.2001, COMP/E-1/37.512 – *Vitamins*, ABL L 6, S. 1 ff., N 697 f.; vgl. jedoch auch EuG 27.09.2006, Rs. T-329/01, *Archer Daniels Midland/Kommission*, EU:T:2006:268, N 141, 276, nach dem sich neben dem abschreckenden Zweck von Sanktionen der repressive Zweck gesellt, was indiziert, dass zumindest dem Durchsetzungssystem auf europäischer Ebene dem Ansatz nach ein pönaler Zweck zuzuordnen ist; Kommission, *Mitteilung/Schadensumfang*, N 1 m. w. N.
- 117 Nicht zu unterschätzen ist hierbei die Wichtigkeit einer öffentlichkeitswirksamen Verkündung der Sanktion, vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1; vgl. auch BVGer 23.09.2014, B-5936/2014, E. 3.2; Botschaft KG 2001, S. 2033.
- 118 BVGer 16.09.2016, B-581/2012, E. 8.4.1; BRUCH/ZIRLICK, *Stärkung*, N 7; CANENBLEY/STEINVORTH, *Effective Enforcement*, S. 315; MÖLLER, *Präventionsprinzip*, S. 32.
- 119 WEBER, *Thoughts*, S. 170.

dings an Trennschärfe, da beide i. d. R. durch dasselbe Instrument, nämlich monetäre Sanktionen, erreicht werden.¹²⁰

II. Unterbindung

Verfehlt die Prävention ihr Ziel und verstösst ein Unternehmen gegen ein Verhaltensgebot, ist das Verhalten zu unterbinden.¹²¹ Hierzu bedarf es entsprechender Mittel:¹²² Zivilgerichte beenden Wettbewerbsverstöße durch Urteile, Wettbewerbsbehörden mittels verwaltungsrechtlicher Verfügungen.¹²³ Im Hinblick auf die Forschungsfrage steht das Ziel der Unterbindung nicht im Mittelpunkt, da im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren ein Wettbewerbsverstoss bereits unterbunden wurde.

120 Weko, RPW 2007/2, Orange Communications, S. 302 ff., N 423 f., wonach eine Sanktion der Spezial- wie der Generalprävention dient; Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, N 4, worin festgehalten wird, dass die Kommission sicherstellen muss, dass die ausgesprochenen Sanktionen die notwendige spezial- wie generalpräventive Wirkung erzielen; siehe auch Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, N 30; Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer 13.09.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, EU:C:2005:311, N 45; MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 32, verweist jedoch darauf, dass eine generalpräventive Massnahme immer an einem konkreten Rechtsbruch anknüpft, an den auch die Spezialprävention anknüpft. Dies bedeutet im Umkehrschluss jedoch nicht, dass spezialpräventive Massnahmen zwingend generalpräventiv wirken müssen. Diese Klarstellung scheint jedoch in Bezug auf das kartellrechtliche Durchsetzungssystem weniger bedeutend zu sein, da beispielsweise rezualisierende spezialpräventive Massnahmen in der Kartelldurchsetzung grundsätzlich nicht von Bedeutung sind; siehe in diesem Zusammenhang, vgl. auch CANENBLEY/STEINVORTH, *Effective Enforcement*, S. 315; LANG, *Untersuchungsmassnahmen*, N 7; STOCK, *Schadensnachweis*, S. 48; vgl. auch MÜLLER, *Passing-on Defense*, S. 250 f.; Schlussanträge GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer 13.09.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, EU:C:2005:311, N 45; MARCO COLINO, *Perks*, S. 545.

121 Kommission, *Grünbuch/Schadenersatzklagen*, S. 3 f.

122 Schlussanträge GA Jacobs 16.03.2004, verb. Rs. C-264/01, *AOK-Bundesverband u. a./Icbthylol-Gesellschaft Cordes, Hermani u. a.*, EU:C:2003:304, N 104; KOMNINOS, *Relationship*, S. 142; implizit auch KRÜGER, *Öffentliche und private Durchsetzung*, S. 201, der die öffentliche Durchsetzung als wichtiges Instrument ansieht, um wettbewerbswidrige Praktiken zu unterbinden und so andere Marktteilnehmer vor den hiermit verbundenen Schäden zu schützen.

123 Dieselbe Wirkung kann, wenn auch nur vorläufig, durch vorsorgliche Massnahmen erreicht werden, die in Verwaltungs- wie in Zivilverfahren ausgesprochen werden können; siehe hierzu DUCREY, *Vorsorgliche Massnahmen*, S. 286.

III. Ausgleich

Wird eine Person durch einen Wettbewerbsverstoss in ihren individuellen Rechtspositionen widerrechtlich beeinträchtigt, stehen ihr kartellzivilrechtliche Ansprüche zur Verfügung, um die Beeinträchtigung abzuwenden – hierzu zählt der Kartellschadenersatzanspruch. Dieser Anspruch des Geschädigten und die spiegelbildliche Verpflichtung des Schädigers zur Wiedergutmachung werden vorliegend als Ausdruck ausgleichender Gerechtigkeit¹²⁴ verstanden.¹²⁵ Ebenfalls Ausdruck dieses Konzepts sind die zivilrechtlichen Ansprüche in Form von Rückerstattungsansprüchen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, der Genugtuung und der Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns.¹²⁶ Liegt einem Durchsetzungssystem das Ziel ausgleichender Gerechtigkeit zugrunde, kann der durch einen Wettbewerbsverstoss ungerechtfertigt erwirtschaftete Gewinn nicht bei dem dafür verantwortlichen Unternehmen verbleiben, sondern ist grundsätzlich dem Geschädigten zurückzuerstatten.¹²⁷ In der vorliegenden Arbeit liegt der Schwerpunkt auf der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, denen ein Verstoss gegen die kartellrechtlichen Verhaltensgebote zugrunde liegt. Aus Sicht der Kartellopfer dient dieser Anspruch primär dem Ausgleich des durch einen Wettbewerbsverstoss verursachten Schadens, weshalb vom Ausgleichs- oder Kompensationsziel gesprochen wird.¹²⁸

124 Der Primat des Ausgleichsgedankens lässt sich auf die Restitutionslehre der Spätscholastik zurückführen, die die aristotelischen Gerechtigkeitslehre für das Zivilrecht fruchtbar gemacht hat; vgl. hierzu OERTEL, Haftung, S. 24 ff.; MEEßEN, Schadensersatz, S. 59 f.; ASCHEBERG, Preisschirmeffekte, S. 183; HURNI, L'action civile, S. 65 ff.; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, S. 556 m. w. N.

125 Siehe auch EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 24; WILS, Relationship, S. 16 f.; JONES A., Enforcement, S. 662; HURNI, L'action civile, S. 65 ff., 113; GUTTUSO, Leniency, S. 275, 290 ff.; BARKER, Modelling, S. 13.

126 Vgl. BvGer 01.02.2010, A-7162/2008, E. 9.3.3.2; DUCCI, Cartel, S. 18; GUTTUSO, Leniency, S. 275; vgl. auch REY, Interaction, S. 109.

127 WILS, Relationship, S. 17; REY, Interaction, S. 109; siehe jedoch für eine Lösung, bei der nicht der Geschädigte bzw. nicht der mittelbare Abnehmer, sondern der unmittelbare Abnehmer den Anspruch auf kartellbedingten Schadenersatz hat durchsetzen können, BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1.

128 Jedoch darf nicht verkannt werden, dass die Durchsetzung anderer restitutorischer Ansprüche wie die Geltendmachung des ungerechtfertigten Gewinns im Ergebnis höher als der eingetretene Schaden ausfallen kann. Dieser Anspruch bildet gleichsam einen Teil des Prinzips der ausgleichenden Gerechtigkeit. Eine

2. Phasen der kartellrechtlichen Durchsetzung

In einem Durchsetzungssystem, in dem ein einzelner Durchsetzungsweg sämtlichen Durchsetzungszielen (Prävention, Unterbindung und Ausgleich) gerecht wird, unterteilt sich der Durchsetzungsprozess in zwei Phasen: in die Phase vor und in die nach dem Beginn des Verstosses. Die zweite Phase endet mit der Unterbindung des Verstosses, womit wiederum die erste Durchsetzungsphase beginnt. Hingegen erfolgt die Durchsetzung des Kartellrechts zweigleisig, wobei jeder Durchsetzungsweg unterschiedlichen Durchsetzungszielen dient.

Folgt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung auf ein Verwaltungsverfahren, lässt sich die kartellrechtliche Durchsetzung in drei Phasen unterteilen, die im Folgenden beschrieben werden. Eingrenzend ist zu betonen, dass dem vorgeschlagenen «Modell» ausschliesslich Veranschaulichungscharakter zukommt.

I. Ex-ante-Phase

Die erste Durchsetzungsphase ist die *Ex-ante*-Phase. Sie umfasst die Zeit vor dem Beginn der Begehung eines Verstosses. Währenddessen spielt ein Unternehmen mit dem Gedanken, gegen ein Verhaltensgebot zu verstossen.¹²⁹ In dieser Phase kommt der Generalprävention eine tragende Rolle zu. Werden ein oder mehrere Unternehmen vom Verstoss gegen eine Verhaltensnorm abgehalten, hat die Generalprävention ihre Aufgabe erfüllt.¹³⁰ Die Verhaltensnorm wurde in der *Ex-ante*-Phase durchgesetzt. Erliegt ein Unternehmen hingegen der Versuchung, gegen ein Verhaltensgebot zu verstossen, ist die Durchsetzung *ex ante* gescheitert.¹³¹

derartige Ausgangslage kann sich beim Anspruch auf Herausgabe des un gerechtfertigten Gewinns nach Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG einstellen; hierzu STÖCKLI, Ansprüche, N 1220 ff.

129 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 65.

130 REIFF, Punishment, S. 51 ff.

131 ZIRLICK, Freizeichnung, S. 62, hält bezeichnenderweise fest, dass die Prävention im konkreten Fall versagt hat und das schädigende Ereignis eingetreten ist.

II. Interimsphase

Die *Interimsphase* umfasst die Zeit vom Beginn eines Verstosses bis zu dessen Beendigung. Zu differenzieren ist, ob ein Verstoß im Kartellverwaltungs- oder im Kartellzivilverfahren beendet wird. Unterbindet und sanktioniert eine Wettbewerbsbehörde einen Verstoß, hat die auszusprechende Sanktion spezial- und generalpräventiv zu wirken, was wiederum die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase fördert. Allerdings bleiben kartellzivilrechtliche Ansprüche von der kartellverwaltungsrechtlichen Durchsetzung i. d. R. unberührt¹³² und müssen dementsprechend in der *Ex-post*-Phase durchgesetzt werden.

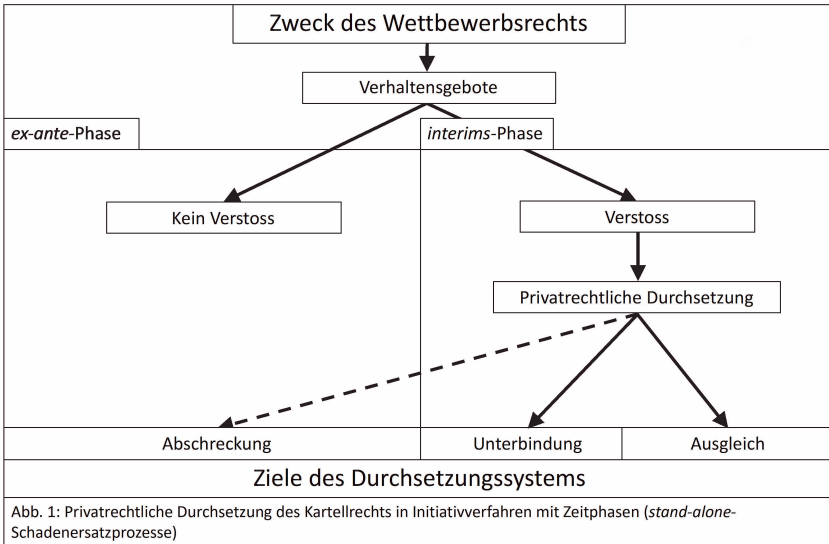
Wird ein Wettbewerbsverstoß in einem Initiativverfahren unterbunden und werden zivilrechtliche Ansprüche durchgesetzt, geht von einer erfolgreichen Durchsetzung in der *Interimsphase* eine, wenn auch begrenzte, abschreckende Wirkung aus. Diese tritt auf mindestens drei Arten zutage:

- durch die Erhöhung der der Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehenden Mittel,
- durch die Erhöhung der Aufdeckungs- und Überführungsrate von Wettbewerbsverstößen und
- durch die Erhöhung der finanziellen Konsequenzen von Wettbewerbsverstößen durch eine Verurteilung.¹³³

132 Gemäss BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 3, wandert der kartellbedingte Preisauflauf vom Kartellanten in die Bundeskasse und nicht an den eigentlich Geschädigten.

133 NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 111; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, 156 f.; vgl. auch BÖGE/Ost, Up and running, S. 197.

Das Vorangegangene wird durch das folgende Schema verdeutlicht:



III. Ex-post-Phase

Die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung lässt zivilrechtliche Ansprüche unberührt. Diese sind im Nachgang zu verwaltungsrechtlichen Verfahren – in der *Ex-post*-Phase – durchzusetzen.¹³⁴ Die kartellzivilrechtliche Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase dient, zumindest aus Sicht des Kartellopfers, primär dem Ausgleich und nicht der Prävention. Zudem scheint die im Einzelfall von einem erfolgreichen Schadenersatzprozess ausgehende Präventionswirkung i. d. R. vernachlässigbar.¹³⁵ Dies ändert sich hingegen, wenn die Geschädigten der Breite nach mobilisiert werden. Da die Kosten der durch einen Wettbewerbsverstoss verursachten Schäden i. d. R. den Profit übersteigen,¹³⁶ gilt: Je umfassender Schadenersatzfor-

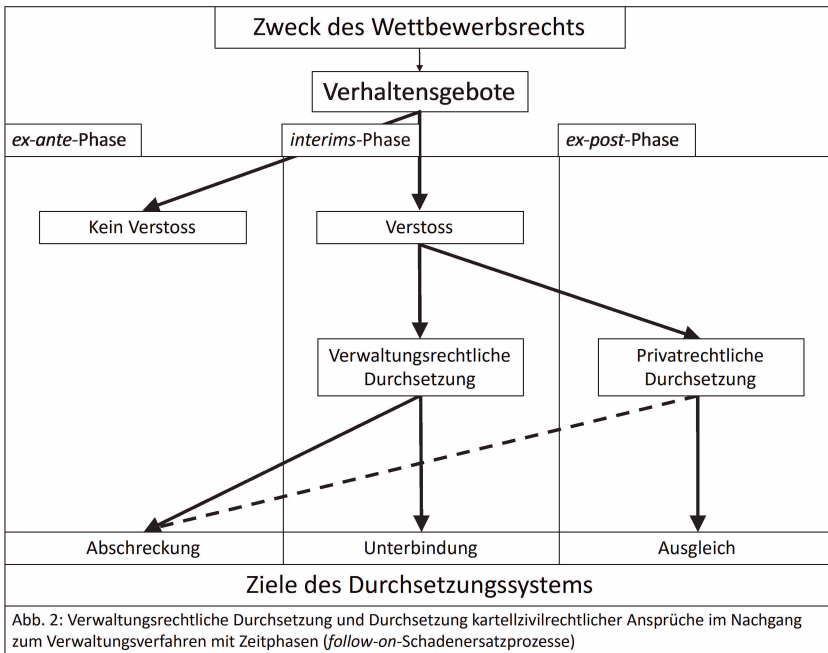
134 In einem ähnlichen Sinne DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 6; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454.

135 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48; weniger prononciert Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44.

136 Siehe unten § 5. 1. I.

derungen durchgesetzt werden, desto höher sind auch die anfallenden Kosten, was den Nutzen eines Verstosses entsprechend saldiert und die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase fördert.¹³⁷

Dieser Befund wird durch das folgende Schema verdeutlicht:



3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Die Unterteilung der Durchsetzung in drei Phasen verdeutlicht, dass den Durchsetzungszielen in der jeweiligen Phase eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. Die Vorteile der *Ex-ante*-Durchsetzung liegen auf der Hand: Es werden keine individuellen Rechtspositionen beeinträchtigt, und die Allgemeinheit nimmt keinen Schaden – ferner entstehen dem Rechts-

¹³⁷ Ein ähnliches Verständnis von *Follow-on*-Schadenersatzverfahren zeigt sich in EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134; EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 72; EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132.

pflegesystem keine Durchsetzungskosten.¹³⁸ Die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase ist zudem zu bevorzugen, weil die Geltendmachung sämtlicher kartellbedingten Schäden in der Praxis aufgrund der Vielseitigkeit von Kartellschäden kaum erfolgreich ist.¹³⁹ Folglich wird das Hauptziel des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems in der Durchsetzung während der *Ex-ante*-Phase und somit auch in der Prävention erblickt.¹⁴⁰

Das Modell verdeutlicht allerdings auch, dass die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase von einer erfolgreichen Durchsetzung in der *Interims*phase abhängt. Die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase kann sich wiederum auch negativ auf die Wirksamkeit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung auswirken. Geraten mit der Behörde kooperierende Unternehmen im Vergleich zu nicht kooperierenden Unternehmen vermehrt ins Visier von Kartellzivilklägern, sinkt die Kooperationsbereitschaft.¹⁴¹ Sinkt die Attraktivität der Kooperation, führt dies zu weniger erfolgreich aufgedeckten und sanktionierten Wettbewerbsverstößen in der *Interims*phase, was wiederum die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase erschwert. Dies gilt insbesondere für Kronzeugenprogramme und für das Instrument der einvernehmlichen Regelung (sog. *settlements*).¹⁴² Nicht zu unterschätzen ist zudem, dass auch die Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase zur Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase beiträgt. Hierbei gilt: Je umfangreicher eine Mobilisierung der Kartellopfer gelingt, desto wirksamer ist die Abschreckung und desto effektiver die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase.

Im Hinblick auf die Forschungsfrage lässt das zuvor Gesagte den folgenden Schluss zu: Auch wenn die Verfahrensmodalitäten wie die hier interessierenden Zugangsrouten einer zweckgerechten Ausgestaltung und Auslegung bedürfen,¹⁴³ kann ihre Handhabe nicht ausschliesslich hinsicht-

138 Ähnliche Überlegungen lassen sich in Bezug auf die Spezialprävention anstellen, worauf aufgrund ähnlicher Erkenntnisse verzichtet wird.

139 Siehe *unten* § 5. 1. I.

140 Ähnlich EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 45; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 80; siehe auch GA Pitruzzella 04.06.2020, C-832/18 P, *Kommission/GEA Group*, EU:C:2020:426, N 44.

141 Siehe *oben* § 1.

142 Diese Arbeit setzt sich fast ausschliesslich mit den Kronzeugenerklärungen auseinander und nicht mit den Vergleichsausführungen – die Ausführungen gelten hingegen sinngemäss für letztere Art von Dokumenten.

143 In Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung CRANE/KLOVER/SPEEGLE, Private antitrust, S. 400; in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung allgemein REIFF, Punishment, S. 45.

lich eines einzelnen Durchsetzungsziels betrachtet werden – vielmehr ist die gegenseitige Beeinflussung der Durchsetzungswege durchwegs zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Von einer systematischen Warte aus betrachtet, bedarf es somit bei der Ausgestaltung und Auslegung der Zugangsrouten eines holistischen Ansatzes, der neben dem Zweck des Kartellschadenersatzes auch die übrigen Durchsetzungsziele angemessen berücksichtigt.¹⁴⁵

-
- 144 GAVIL, *Designing*, S. 5 f.; BÖGE, *Enforcement*, S. 217; ferner auch DREXL, *Interaction*, S. 135; MACCULLOCH/WARDHAUGH, *Baby*, S. 1; LUCEY, *Competition*, S. 390.
- 145 Siehe hierzu BARKER, *Modelling*, S. 10; REY, *Interaction*, S. 109; vgl. JONES A., *Private enforcement*, S. 33 f.; MACCULLOCH/WARDHAUGH, *Baby*, S. 1; LUCEY, *Competition*, S. 390.

§ 4. Der Kartellschadenersatz von konzeptioneller Warte

Der ordnungspolitische Grundentscheid für eine Privatwirtschaft, die durch eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft gelenkt wird, bestimmt die schweizerische Wirtschaftsverfassung^{146, 147}. Der Entscheid gibt hingegen keinen Aufschluss darüber, was eine zulässige Beeinträchtigung des Marktmechanismus ist und was nicht – eine Antwort hierauf findet sich in den Wettbewerbstheorien, die jeweils bestimmen, ob eine Verhaltensweise zulässig oder unzulässig ist.¹⁴⁸

Allerdings schreiben weder die Verfassung noch das Kartellgesetz vor, welche Wettbewerbstheorie¹⁴⁹ massgebend ist und folglich die Anwendung des Kartellrechts bestimmt.¹⁵⁰ Trotz des fehlenden Rekurses auf eine bestimmte Wettbewerbstheorie herrscht Konsens darüber, dass dem KG das Leitbild des «wirksamen Wettbewerbs» zugrunde liegt¹⁵¹, obwohl weder die verfassungsrechtliche Wettbewerbsbestimmung (Art. 96 BV) noch

146 Unter dem Begriff «Wirtschaftsverfassung» werden diejenigen Verfassungsnormen verstanden, die die Wirtschaft direkt oder indirekt ordnen und lenken; vgl. hierzu RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 3098 f.

147 VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 2 N 50, § 4 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatrecht, N 623; VALLENDER, Wirtschaftsverfassung, S. 682; BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 19; vgl. auch Botschaft BV 1996, S. 294; auch das BGER führte aus, dass der Schweizer Verfassung der wirtschaftspolitische Grundentscheid für ein System des freien Wettbewerbs zugrunde liege, BGE 116 Ia 237, E. 2d.

148 In diesem Sinne BÖNI, Kartellrecht, S. 248 f.

149 Die Anzahl der Wettbewerbstheorien ist gross. Von besonderer Relevanz sind die Theorie des dynamischen Wettbewerbs der Klassik, die Theorie der vollkommenen Konkurrenz mit dem neoklassischen Gleichgewichtsmodell, dem vollständigen Wettbewerb der *Ordoliberalen-Schule*, die auch den konstitutionellen Liberalismus von HAYEK umfasst, die Theorie des unvollkommenen, aber funktionsfähigen Wettbewerbs, mit dem Ansatz der *Workable Competition*, der nach KANTZENBACH optimalen Wettbewerbsintensität, die Theorie der *Industrial Organization*, die Theorie der *Chicago School*, die Theorie der *Contestable Markets* und die Systemtheorie von HOPPMANN; vgl. hierzu ausführlich BÖNI, Kartellrecht, S. 241 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 15 ff.; vgl. auch MEIER-SCHATZ, Erfahrungen, S. 15 ff.

150 SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 19; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 14; SHK KG-RUBIN, Art. 1 N 14.

151 Botschaft KG 1994, S. 511 ff.; HETTICH, Wirksamer Wettbewerb, N 22 ff., 774 ff.; SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 19; WEBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 29 ff.; vgl. hierzu WHISH/BAILEY, Competition, S. 17 f. m. w. N., die auf den ähnlichen und ebenso offenen Begriff «*effective competition*» verweisen.

der Zweckartikel des KG (Art. 1 KG) dieses erwähnen.¹⁵² Das Konzept gibt der Rechtsanwendung wiederum Raum, um auf unterschiedliche Wettbewerbstheorien zurückzugreifen. Zwei der gängigsten Theorien sind im Folgenden aufzuzeigen.

1. Wettbewerbstheorien

I. Chicago School

Im Mittelpunkt der *Chicago School*¹⁵³ steht die ökonomische Analyse des Rechts (*Economic Analysis of Law* oder *Law & Economics*). Bei der Rechtsanwendung werden hauptsächlich die ökonomischen Wirkungen einer Norm berücksichtigt und nicht mehr einzig politische und soziale Aspekte.¹⁵⁴ Grob formuliert: Vertreter dieser Schule, wie etwa BORK¹⁵⁵ oder POSNER¹⁵⁶, reduzieren den Zweck des Kartellrechts auf die Steigerung der ökonomischen Effizienz im Sinne einer effizienten Ressourcenallokation. Unklar ist, ob die effizienzorientierte Ausrichtung der Gesamtwohlfahrt verpflichtet ist, unabhängig davon, ob die Ressourcen auf Produzenten- oder Konsumentenseite alloziert werden oder ob das Kartellrecht primär

152 Er findet indessen mehrfach Niederschlag in prominenten Gesetzesbestimmungen des KG. So bei den Bestimmungen zu den Wettbewerbsabreden (Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Bst. b, Abs. 3 und Abs. 4), den Bestimmungen zu Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 10 Abs. 2 Bst. a und Abs. 4, Art. 37 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 Bst. c, Art. 51 Abs. 1) und der Bestimmung betreffend die Empfehlungen der Weko (Art. 51 Abs. 1), so BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 27; DIKE KG-MOECKLI, Art. 1 N 44; vgl. auch Botschaft KG 1994, S. 511.

153 Neben der *Chicago School* sind weiter deren Vorgänger die *Harvard School*, die *post-Chicago School* sowie die *Neo-Chicago School* zu erwähnen; zu diesen und anderen Denkschulen siehe JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 14 ff.; POSNER, Chicago, S. 926; ZALEWSKA-GŁOGOWSKA, Approach, S. 17 ff.; zu der Rezeption in der schweizerischen Literatur: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, S. 41 ff.; KÜNZLER, Effizienz, S. 40 ff.; CR CONCURRENCE-DEISS/GUGLER, Les aspects économiques, N 4 ff.; HURNI, L'action civile, S. 32 ff.

154 OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 1.52; POELZIG, Normdurchsetzung, S. 362; KRÜGER, Öffentliche und private Durchsetzung, S. 151.

155 Gemäss BORK, Antitrust, S. 91, ist der Zweck des Kartellrechts: «[t]he effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss to consumer welfare».

156 POSNER, Antitrust, S. 266.

der Steigerung der Konsumentenwohlfaht dient und eine entsprechende Allokation erfordert.¹⁵⁷

Eines der bedeutendsten Werkzeuge hierbei ist das Konzept des *Homo oeconomicus*.¹⁵⁸ Es beschreibt eine Person, die sich vor ihren Entscheidungen über alle möglichen Optionen eine klare Präferenzordnung bildet und für die wirtschaftlich rationalste Option entscheidet. Das setzt voraus, dass die Person alle wesentlichen Umstände kennt, rational handelt und die Folgen ihres Handelns berechnet.¹⁵⁹ Weitere Wesensmerkmale dieser Theorie sind, dass sie auf der neoklassischen Preistheorie basiert und sich an den ökonomischen Gleichgewichtsmodellen orientiert.¹⁶⁰

Der Rückgriff auf die neoklassische Preistheorie und der Rückgriff auf die Gleichgewichtsmodelle sind zugleich die hauptsächlichen Kritikpunkte an den Lehren der *Chicago School*.¹⁶¹ Derartige Modelle würden den Wettbewerbsprozess nicht abbilden, sondern grundsätzlich nur, basierend auf dem Endzustand dieses Prozesses, dem Gleichgewichtszustand also,

157 Diese Diskussion wird durch den Umstand facettenreicher, dass die Begrifflichkeiten der Gesamt- wie der Konsumentenwohlfaht keiner einheitlichen Nomenklatur folgen. So ergibt es sich, dass je nach Lehrmeinung derselbe Begriff ein unterschiedliches Verständnis abbildet. Ein Beispiel für die diffusen Verständnisse der Begrifflichkeiten von Gesamt- und Konsumentenwohlfaht findet sich bei BORK, Antitrust, S. 91: «Those who continue to buy after a monopoly is formed pay more for the same output, and that shifts income from them to the monopoly and its owners, who are also consumers». Laut BORK sind daher neben den Endverbrauchern (Endkonsumenten) auch die Produzenten Verbraucher bzw. Konsumenten. Dies erklärt, dass aus BORKS Sicht die Konsumentenwohlfaht der Gesamtwohlfaht entspricht; vgl. dazu auch JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 17, die das Beschriebene als die «*chicago trap*» bezeichnen. Auf diese Problematik wird auch von EZRACHI, Sponge, S. 61 m. w. N., hingewiesen, der allgemein festhält, dass die den Wirtschaftswissenschaften entlehnten Begrifflichkeiten keinem einheitlichen Schema folgen, was Missverständnisse provoziert.

158 Hierzu ausführlich SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 95 ff.; GRÜNING, Konsument, S. 15 f.

159 SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 96 ff.; zur überzeugenden Kritik, dass davon auszugehen ist, dass eben nicht alle in bzw. für Unternehmen tätigen Entscheidungsträger überhaupt oder nur unzureichend sensibilisiert sind bzw. nicht über ausreichendes Wissen verfügen, um eine Verhaltensweise als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, siehe PARKER, War on Cartels, S. 175; VAN DER NOLL/BAARMSMA, Compliance, S. 339.

160 ROBERTSON, Corrective Justice, S. 745 f.

161 JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 20 f.; HEINEMANN, Ökonomie, S. 35; FIK-ENTSCHEIDER, Freiheit, S. 14 ff.

Rückschlüsse zulassen.¹⁶² Aber auch aufgrund der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie wird das Rationalitätspostulat des *Homo oeconomicus* zunehmend als realitätsfern und ergänzungsbedürftig empfunden.¹⁶³ Auch besteht bei einer zu starken Ausrichtung des Kartellrechts auf die effizienteste Ressourcenallokation die Gefahr, dass andere wettbewerbspolitische Ziele nicht genügend berücksichtigt werden – wie der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen.¹⁶⁴

II. Theorie der Wettbewerbsfreiheit

Nach Massgabe der Theorie der Wettbewerbsfreiheit ist die Wohlfstandsmaximierung kein unmittelbares, sondern ein mittelbares Ziel des Wettbewerbsrechts.¹⁶⁵ Im Vordergrund steht der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit vor Marktmachtmissbrauch. Geschützt wird das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern, aber auch zwischen den Unternehmen und den Konsumenten.¹⁶⁶ Der Schutz dieser Rechte führt erfahrungsgemäss zu wirtschaftlicher Wohlfahrt und somit zu einer effizienten Ressourcenverteilung in einer Volkswirtschaft.¹⁶⁷ Das unmittelbare Ziel ist deshalb der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit vor unzulässigen Beeinträchtigungen durch Wettbewerbsverstösse.

Das Recht auf Eigentum und das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung zählen zu den geschützten Freiheitsrechten. Sie stellen die Pole dar, zwischen denen sich das wirtschaftliche Handeln ausrichten soll, und sind gleichzeitig die Grundpfeiler der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung.¹⁶⁸ Nicht ausgeschlossen ist, dass die Freiheitsrechte Einzelner mit

162 PICT, Verhalten, S. 329, spricht bezeichnenderweise von einer Vermessenheit und Kurzsichtigkeit des *more economic approach*; KÜNZLER, Effizienz, S. 51.

163 HEINEMANN, Ökonomie, S. 35; HEINEMANN, Behavioural Antitrust, S. 231 f.; KÜNZLER, Effizienz, S. 71 ff.; SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 116; BECK, Behavioral Economics, S. 9.

164 FIKENTSCHER, Freiheit, S. 15; vgl. auch EZRACHI, Sponge, S. 52 f.

165 Siehe hierzu PICT, Verhalten, S. 297 f.; ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb, S. 73.

166 ROBERTSON, Corrective Justice, S. 748.

167 ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb, S. 73; KÜNZLER, Effizienz, S. 4 f.; siehe auch PICT, Verhalten, S. 297 f. m. w. N.; vgl. auch POSNER, Antitrust Law, S. 29: «Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal».

168 BIAGGINI, Art. 26 N 5 BV; FIKENTSCHER, Freiheit, S. 37.

denen Anderer konfliktieren.¹⁶⁹ Wirtschaftliche Verhaltensweisen, die Ausdruck der wirtschaftlichen Entfaltung sind und, ökonomisch betrachtet, zur effizientesten Ressourcenverteilung führen, können zu Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheitsrechte anderer Marktteilnehmer führen. Sind diese Einschränkungen übermässig, sind sie aufzuheben. Ob eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit allerdings als übermässig qualifiziert wird, hängt jeweils davon ab, welches Verständnis der Verhaltensnormen bzw. welche Wettbewerbstheorie diesen zugrunde gelegt wird.

Wird die wirtschaftliche Freiheit durch einen Wettbewerbsverstoss übermässig beeinträchtigt, kann die Einschränkung mittels Geltendmachung subjektiver Ansprüche aufgehoben werden – hierzu zählt etwa der Anspruch auf Kartellschadenersatz. Einerseits verhindert eine erfolgreiche Durchsetzung dieser Ansprüche übermässige Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen (Individualschutz) oder wendet sie ab.¹⁷⁰ Andererseits kommt die Durchsetzung dann nicht nur dem Kartellopfer zugute, sondern wendet zudem auch Beeinträchtigungen der freien Marktwirtschaft ab, wovon wiederum die Allgemeinheit profitiert (Institutionenschutz).¹⁷¹

2. Stellungnahme und Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Die Ziele des Wettbewerbsrechts sind nicht mit den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften gleichzusetzen, auch wenn sie durch diese stark beeinflusst werden.¹⁷² Eine Gleichsetzung würde verkennen, dass neben den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften weitere Faktoren das Wettbewerbsrecht bestimmen.¹⁷³ Die Wettbewerbskodifikationen verkörpern die Grundprinzipien und die Werte der jeweiligen Rechtsordnung. Die Gültigkeit eines Rechtsaktes hängt von sich stets wandelnden Normvorstellungen von Gerechtigkeit, Moral und Fairness ab – von Werten al-

169 FIKENTSCHER, Freiheit, S. 37.

170 HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 113; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, Private Kartell durchsetzung, § 1 N 19 ff.; BARKER, Modelling, S. 10.

171 HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 113; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, Private Kartell durchsetzung, § 1 N 22 ff.

172 EZRACHI, Sponge, S. 69; siehe hingegen auch AMSTUTZ/REINERT, Preis- und Gebietsabreden, S. 74, nach denen der Zweck des Kartellrechts «allein» in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt liegt.

173 BARKER, Modelling, S. 13 ff.; ROBERTSON, Corrective Justice, S. 142 ff.; EZRACHI, Sponge, S. 59 ff.

so, die sich einer streng ökonomischen Berechnung entziehen.¹⁷⁴ Wird das Erreichen wirtschaftlicher Effizienz als mittelbares Ziel verfolgt und werden der Wettbewerbsprozess sowie die hiermit verbundenen Rechte auf wirtschaftliche Freiheit geschützt, werden die genannten Normvorstellungen angemessen berücksichtigt.¹⁷⁵ Die effizienteste Ressourcenverteilung ist dann nicht mehr die oberste Maxime, aber nach wie vor ein Leitprinzip. Der Schutz der Freiheitsrechte wird diesem Prinzip gerecht, da diese Rechte erfahrungsgemäss zu einer effizienten Ressourcenallokation führen.¹⁷⁶

Im Hinblick auf die Forschungsfrage ist festzuhalten: Von einer konzeptionellen Warte aus betrachtet, dient der Schutz der Rechte auf wirtschaftliche Freiheit in Form kartellrechtlicher Ansprüche, etwa auf Kartellschadenersatz, nicht ausschliesslich dem Eigeninteresse des Einzelnen. Die Anspruchsdurchsetzung zwingt zu marktkonformem Wirtschaften und ermöglicht das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage in der erwünschten Form. Die Gewährung subjektiver Ansprüche ist dementsprechend kein reiner Selbstzweck. Die Durchsetzung der individuellen Rechtsbehelfe verwirklicht «wirksamen Wettbewerb». Die Ausgestaltung und Auslegung der vorliegend interessierenden Zugangsmöglichkeiten haben zu berücksichtigen, dass die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz immer auch einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung leistet.

174 Zu berücksichtigen ist auch, dass jede Gesellschaft sich wiederum durch unterschiedliche politische wie soziale Eigenheiten auszeichnet, vgl. STUCKE, *Reconsidering*, S. 609; EZRACHI, *Sponge*, S. 61.

175 Siehe zum europäischen Wettbewerbsrecht PICHT, *Verhalten*, S. 328 f., der im Wettbewerbsschutz das primäre Ziel des Wettbewerbsprimärrechts erblickt, jedoch auch die Berücksichtigung von konsumentenwohl- und auswirkungsbezogenen Aspekten fordert; ähnlich BARKER, *Modelling*, S. 13 ff.; ROBERTSON, *Corrective Justice*, S. 142 ff.

176 Vgl. ZÄCH, *Vorgaben*, S. 49 m. w. N.; Fuchs/Weitbrecht/FUCHS, *Private Kartell-durchsetzung*, § 1 N 2.

§ 5. Der Kartellschadenersatz von wirtschaftlicher Warte

In diesem Abschnitt werden die kartellrechtliche Durchsetzung und insbesondere der Kartellschadenersatz aus ökonomischer Sicht betrachtet. Im Vordergrund steht die Frage, wie die allfälligen Kosten eines Wettbewerbsverstosses auszufallen haben, um Unternehmen zu normkonformem Wirtschaften zu veranlassen, und welche Rolle der Kartellschadenersatz hierbei übernimmt.

1. Optimal-deterrence-Lehre

Die *Optimal-deterrence*-Lehre wird in dieser Arbeit als Sammelbegriff verstanden, der unterschiedliche Methoden umfasst, die sich mit der Berechnung der «optimal abschreckenden» Sanktion befassen. Grob zu unterscheiden ist zwischen dem «*internalisation approach*» und dem «*deterrence approach*». ¹⁷⁷ Auch wenn sich das vorliegende Kapitel schwerpunktmässig mit dem «*internalisation approach*» auseinandersetzt, findet ein Grossteil der Ausführungen des folgenden Abschnitts auf beide Berechnungsweisen sinngemäss Anwendung.

I. «Internalisation approach»

Nach dem «*internalisation approach*» oder der «*harm-based deterrence*» korrespondiert die Höhe einer auszusprechenden Sanktion mit dem volkswirtschaftlichen Schaden, der durch den Wettbewerbsverstoss verursacht wurde. ¹⁷⁸ Entspricht die Sanktionshöhe dem durch die Verhaltensweise verursachten Schaden, ist die Sanktion ökonomisch effizient. ¹⁷⁹ Die «optimale» Sanktion führt dazu, dass sämtliche Folgen (positiver wie negativer Art) einer Verhaltensweise durch den Kartelltäter getragen werden. ¹⁸⁰ Überwiegt der aus der Verhaltensweise resultierende Nutzen die zu tragenden Kosten, begeht ein Unternehmen, das rein nach der Kosten-Nutzen-Analy-

177 WILS, *Antitrust Fines*, S. 191 ff.; siehe dazu auch ZHENG, *Judicial Review*, N 44 ff.; VAN DER NOLL/BAARSMA, *Compliance*, S. 337.

178 BECKER, *Crime and punishment*, S. 172 ff.; LANDES, *Optimal Sanctions*, S. 661, 678; vgl. auch DUCCI, *Cartel*, S. 8.

179 LANDES, *Optimal Sanctions*, S. 656.

180 POSNER, *Antitrust*, S. 269.

se agiert, den Verstoß trotz drohender Sanktion.¹⁸¹ Bei wirtschaftlicher Betrachtung handelt es sich hierbei um eine effiziente Verhaltensweise, deren Gesamtnutzen die Gesamtkosten übersteigt.¹⁸² Bei einer ineffizienten Verhaltensweise übersteigen die Gesamtkosten den Gesamtnutzen. Ein Unternehmen, das sich einzig nach einer Kosten-Nutzen-Analyse ausrichtet, sieht dann wegen der zu internalisierenden Kosten von einem Verstoß ab.¹⁸³

Zur Erläuterung ein Rechen[bei]spiel: Es zeigt auf, wie die «optimale» Sanktion nach dem «*internalisation approach*» für die an einem (Preis-)Kartell Beteiligten auszufallen hat und welche Rolle der Kartellschadenersatz hierbei übernehmen kann. Diesem Sanktionsberechnungsmodell¹⁸⁴ liegen die folgenden Annahmen zugrunde:

- Das Durchsetzungssystem funktioniert kostenlos und fehlerfrei.
- Die schädigende und die geschädigte Person sind risikoneutral und richten ihr Verhalten ausschliesslich nach dem Erwartungswert der Sanktionshöhe und der Sanktionswahrscheinlichkeit aus.¹⁸⁵
- Der Verstoß erfolgt in Kenntnis und mit Duldung der Geschäftsleitung des Unternehmens.¹⁸⁶

Der Nutzen (E_N) eines Kartellverstoßes ergibt sich aus der Multiplikation (\times) der Menge der abgesetzten kartellierten Produkte (M) mit der Differenz zwischen dem Preis ohne und mit kartellbedingter Preisveränderung

181 In diesem Sinne auch LANDES, *Optimal Sanctions*, S. 678; BECKER, *Crime and punishment*, S. 207 f.; POSNER, *Antitrust*, S. 267.

182 Gemäss EASTERBROOK/FISCHEL, *Antitrust Suits*, S. 1157, führt die optimale Sanktion dazu, dass «effiziente Wettbewerbsverstöße» begangen werden und von «ineffizienten Wettbewerbsverstößen» abgesehen wird.

183 WILS, *Antitrust Fines*, S. 191.

184 POSNER, *Antitrust*, S. 47 f.; vgl. auch die Darstellung durch CONNOR, *Optimal Deterrence*, S. 10 f. m. w. N.; für eine ähnliche Berechnungsweise der Sanktionshöhe etwa ELZINGA/BREIT, *Antitrust Penalties*, S. 115 ff.; VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 397 f.; EASTERBROOK, *Detrebling*, S. 450, verweist eingrenzend auf die Schwierigkeit der Feststellung der Schadenshöhe und der daraus resultierenden Sanktionshöhe.

185 DUCCI, *Cartel*, S. 9; REIFF, *Punishment*, S. 81 f., 89 f.; POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 379 Fn. 683; vgl. auch POSNER, *Antitrust*, S. 47.

186 POSNER, *Antitrust*, S. 47; CONNOR, *Optimal Deterrence*, S. 21 m. w. N.; kritisch zu diesen Annahmen MARKHAM, in: Marsden/Weber Waller/Fabbio, *Antitrust Marathon V*, S. 576.

(PD) – PD bildet den Preisüberhöhungsschaden, dem in der Praxis die grösste Bedeutung zukommt.¹⁸⁷ Dies ergibt

$$E_N = M \times PD.$$

Die aus einem Kartellzusammenschluss resultierenden Kosten sind als (E_K) zu bezeichnen,¹⁸⁸ die so auszufallen haben, dass sie die verursachten Schäden decken. Allerdings ist der durch eine Wettbewerbsbeschränkung verursachte volkswirtschaftliche – und nicht zwingend betriebswirtschaftliche – Schaden regelmässig höher als der hierdurch erzielte Kartellgewinn.¹⁸⁹ Auch entsteht der kartellbedingte Schaden nicht nur der Marktgegenseite und den Konsumenten, sondern wirkt sich auch auf nicht direkt verbundenen Märkten schädigend aus.¹⁹⁰ Zudem, und hier lediglich angeschnitten, stellt sich das Problem der Streuschäden. Sie bewirken häufig, dass von einer zivilrechtlichen Geltendmachung von vornherein abgesehen wird, weil sich Aufwand und Ertrag für den Geschädigten häufig nicht lohnen – Schlagwort «rationale Apathie».¹⁹¹ Weitere Schäden ergeben sich durch das Ausbleiben oder eine lediglich suboptimale Verwirklichung der durch den freien Wettbewerb angestrebten wirtschaftlichen Effizienzen.¹⁹² Ferner kann es kartellbedingt zu durch das Gemeinwesen unzureichend erfüllten Verpflichtungen kommen, weil weniger Ressourcen für Gemeinwesenaufgaben zur Verfügung stehen. Der Schaden entsteht dann insbesondere der Allgemeinheit und lässt sich nur äusserst schwer quantifizieren.¹⁹³

Werden die genannten Schäden nicht oder nur begrenzt geltend gemacht, ist der Nutzen eines Kartellzusammenschlusses häufig höher als dessen Kosten, ist also

$$E_N > E_K.$$

187 MÜHLBACH/BOOS, Schadenersatz, S. 147 f.

188 Diese umfassen der Übersicht halber nicht die durch eine Gründung bzw. einen Beitritt zu einem Kartell entstehenden zusätzlichen Personalkosten.

189 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics, S. 477 f.; OXERA, Optimal Level, S. 3.

190 MAIER-RIGAUD, Holzweg, S. 63; siehe dann auch ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 175, die die facettenreiche Erscheinungsform von Wettbewerbsschäden beschreiben.

191 Anstelle vieler siehe hierzu HEINEMANN, Consommation et concurrence, S. 51 f.

192 ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 175; vgl. auch COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52.

193 Zur weiten Streuung kartellbedingter Schäden, Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 127 ff.

Der Wettbewerbsverstoss ist dann unter rein ökonomischen Aspekten die zu bevorzugende Verhaltensweise.¹⁹⁴ Sind die zu tragenden Kosten hingegen höher als der daraus resultierende Nutzen, ist also

$$E_N < E_K,$$

wird ein Unternehmen von einem entsprechenden Verhalten abgehalten.¹⁹⁵

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Wahrscheinlichkeit, für einen (horizontalen) Wettbewerbsverstoss bestraft zu werden, bei (weit) unter 100 % liegt, wobei die Ursache hierfür auf der klandestinen Natur dieser Vergehen beruht.¹⁹⁶ Anders ausgedrückt: Es werden bei Weitem nicht sämtliche Verstösse aufgedeckt und verwaltungsrechtlich und/oder privat-rechtlich geahndet.¹⁹⁷ Richtet sich der Sanktionsadressat nach der Kosten-Nutzen-Analyse aus, diskontiert (multipliziert) der Kartell-täter die möglichen Kosten einer Aufdeckung und Sanktionierung seines Verstosses mit deren Wahrscheinlichkeit.¹⁹⁸ Sind die durch ein Unternehmen schlussendlich zu internalisierenden Kosten eines Verstosses geringer als dessen Nutzen, ist die auszusprechende Sanktion zu erhöhen. Im gegenteiligen Fall liegt der Nutzen des Verstosses immer höher als deren Kosten, dann ist $E_{(N)} > E_{(K)}$.¹⁹⁹

194 So auch REIFF, Punishment, S. 76.

195 Ähnlich REIFF, Punishment, S. 81; entsprechen die Kosten hingegen dem Nutzen eines Beitritts oder einer Gründung ($E(N) = E(K)$), wurde der Nutzen optimiert und die Produktion entspricht dem allgemeinen Gleichgewicht, dem optimalen Marktequilibrium; dazu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; WHISH/BAILEY, Competition, S. 6.

196 Siehe zu dieser Grundproblematik *oben* § 1.

197 BECKER, Crime and punishment, S. 207 f.; COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 21 m. w. N.; MACKENRODT, Interaction, S. 176.

198 EASTERBROOK, Deterbling, S. 455; COLLINS/SUNSHINE, Enforcement, S. 52; REIFF, Punishment, S. 82.

199 Zur vertiefenden Erläuterung dient folgendes Beispiel: Angenommen ein spezifisches wettbewerbswidriges Verhalten verursacht Kosten und Nutzen von je CHF 100 und wird mit einer Busse in derselben Höhe – also CHF 100 – im Falle der Aufdeckung und Sanktionierung gebüsst. Weiter ist anzunehmen, dass die Verhaltensweise in 90 % der Fälle nicht aufgedeckt wird. Begeht ein risikoneutrales Unternehmen diese Verhaltensweise zehnmals, wird es davon ausgehen, dass es ein einziges Mal für die Verhaltensweise gebüsst wird. Die Summe der verursachten Kosten liegt bei CHF 1000, wobei das Unternehmen grundsätzlich mit einer Sanktionshöhe von CHF 100 zu rechnen hätte. Im vorliegenden Fall ist die vom Unternehmen erwartete Sanktionshöhe für einen

Die durch die Sanktion verursachten Kosten – E_K – sollten dem Produkt der folgenden Multiplikation entsprechen: Die Höhe der Sanktion (S) ist mit der inversen Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und der möglichen Sanktionierung (w) zu multiplizieren.²⁰⁰ (w) bestimmt somit massgeblich die abschreckende Wirkung der auszusprechenden Sanktion.²⁰¹ Dies ergibt

$$E_K = w \times S.$$

Eine Sanktion ist in diesem Sinne optimal, wenn

$$S = E_K : w$$

entspricht.

Diese Gleichung kann in dem Sinne vervollständigt werden, dass die im vorherigen Schritt aus einem Wert bestehende Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung in zwei verschiedene Werte aufgeteilt werden: in die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung (w) und in die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung (a). Die Sanktionshöhe S bestimmt sich insbesondere nach der Schwere des Verschuldens, der Menge der verkauften kartellierten Güter oder Dienstleis-

einzelnen Verstoß also CHF 10. Eine solche Verhaltensweise könnte sich – in Anbetracht der geringen Aufdeckungswahrscheinlichkeit und der geringen Sanktionshöhe – für ein risikoneutrales Unternehmen lohnen. Unter der Annahme der Risikoneutralität berechnet sich die optimal abschreckende Geldbusse, indem die durch das Verhalten entstandenen Kosten durch die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und Sanktionierung des Verhaltens geteilt oder mit der inversen Wahrscheinlichkeit multipliziert wird. Im Beispiel entspräche dies einer Busse in der Höhe von CHF 1000 (CHF 100/0,1 = CHF 1000 oder CHF 100 × (100/10) = CHF 1000) und $E(N) = E(K)$. Kommen jedoch zu einer allfälligen Sanktion weitere Kosten wie etwa durch den Rechtsbeistand oder einem Kurseinbruch der Aktie bei börsenkotierten Unternehmen hinzu, wird ein risikoneutrales Unternehmen eher von einer solchen Verhaltensweise abgehalten; vgl. POSNER, Antitrust, S. 269; für weitere Beispiele PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

- 200 PAGE, Scope of Liability, S. 1455; POSNER, Antitrust, S. 47; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; CONNOR/LANDE, Business Strategy, S. 433 f.; für die Schweiz siehe auch HURNI, L'action civile, S. 107; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 20 ff.
- 201 Vgl. REIFF, Punishment, S. 43. Zu berücksichtigen bleibt die Schwäche dieser Berechnungsmethode, die sich darin zeigt, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit wohl überhaupt nicht exakt feststellbar ist.

tungen, dem kartellbedingten Preisaufschlag (*overcharges*) und dem Zeitpunkt des Kronzeugenantrags.²⁰² Die Gleichung lautet dann

$$E_K = w \times a \times S.^{203}$$

Eine Sanktion ist in diesem Sinne optimal, wenn

$$S = E_K : (w \times a).$$

Weiter muss bedacht werden, dass das Wettbewerbsrecht verwaltungsrechtlich und/oder privatrechtlich durchgesetzt werden kann, was im Folgenden durch v und p (jeweils tiefgestellt) ausgedrückt wird.²⁰⁴ Die Sanktionshöhe wird im verwaltungsrechtlichen Verfahren S_V und im privatrechtlichen Verfahren S_P i. d. R. unterschiedlich ausfallen. Beispielsweise entfällt im Fall einer erfolgreichen Kronzeugenerklärung die im verwaltungsrechtlichen Verfahren verhängte Sanktion vollständig. Daraus folgt allerdings nicht, dass die kartellzivilrechtlichen Ansprüche nicht mehr durchgesetzt werden können.²⁰⁵ Trotz des Sanktionserlasses – $S_V = 0$ – haben die Unternehmen S_P zu tragen. Ferner entstehen weitere Kosten, insbesondere durch anwaltliche Beratung, Prozesskosten, Zeitaufwand der Angestellten des Unternehmens und allfällige Reputationsverluste.²⁰⁶ Dieser aufzuwendenden Kosten sind E_R .

Unter der Annahme, dass die Verhaltensweise von einer einzigen Wettbewerbsbehörde verfolgt wird, gilt

$$E_K = w \times a_v \times S_v + w \times a_p \times S_p + E_R.^{207}$$

Wird ein Unternehmen im Rahmen eines *Follow-on*-Verfahrens in Anspruch genommen, liegt a_p näher bei 1. Ist das jeweilige Verfahrensrecht nach klassischem kontinentaleuropäischem Muster ausgestaltet, liegt in

202 Für eine alternative Berechnungsweise siehe LANDES, *Optimal Sanctions*, S. 656; vorliegend folgt die Berechnung anhand des kartellbedingten Mehrpreises, den der Kläger zahlen musste. Hingegen kann der Schaden auch in Form von entgangenem Gewinn entstehen, vgl. EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 95; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 46; BÖNI, Wechselwirkung, N 16.

203 Siehe CONNOR, *Optimal Deterrence*, S. 11.

204 Ähnlich VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 397 f.

205 Vgl. beispielsweise EU/Mitteilung Kronzeugen, N 39; siehe auch für die deutsche Ausgangslage WIEGANDT, *Verzahnung*, S. 86 Fn. 432.

206 Kritisch, ob es tatsächlich zu solchen Reputationsverlusten kommt (Schlagwörter: «naming and shaming», «adverse publicity»), VAN DER NOLL/BAARSMA, *Compliance*, S. 351 f.

207 CONNOR, *Optimal Deterrence*, S. 11; vgl. auch REIFF, *Punishment*, S. 172.

Stand-alone-Verfahren der Wert von a_v bei 0, und der Wert von a_p fällt eher gering aus, weil es bei Preisabsprachen häufig an Beweismitteln fehlt.²⁰⁸

Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Wettbewerbsverstöße ist gering.²⁰⁹ Der äusserst geringe Wert führt durch die Multiplikation mit der inversen Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Sanktionshöhen.²¹⁰ Daraus können zu hohe Sanktionen resultieren, die von vielen Sanktionsadressaten nicht getragen werden können.²¹¹ Allerdings ist die Sanktionshöhe im Verwaltungsverfahren begrenzt.²¹² In der Schweiz beträgt die Busse nach Art. 49a Abs. 1 KG höchstens 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes; die von der Kommission verhängte Sanktion beträgt nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 höchstens 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes. Diese Form der Begrenzung wird im Folgenden durch (Ω_v) ausgedrückt.

Dann ist

$$w \times a_v \times S_v < \Omega_v \times w \times a_v \times S_v.$$

208 CONNOR/LANDE, Not treble damages, S. 2018; CONNOR, Optimal Deterrence, S. 11; vgl. auch PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

209 Vgl. hierzu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 13, die auf verschiedene Studien verweist, die sich mit der Überführungswahrscheinlichkeit eines Wettbewerbsverstosses auseinandersetzen. Jede Studie gelangt zu einem unterschiedlichen Wert der Überführungswahrscheinlichkeit. Die Studien haben jedoch alle gemeinsam, dass die Überführungswahrscheinlichkeit allgemein sehr tief anzusetzen ist; in diesem Sinne auch RENDA, Private antitrust, S. 281 f.; CONNOR/LANDE, Business Strategy, *passim*; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 148 m. w. N.

210 Ausführlich hierzu CONNOR, Optimal Deterrence, S. 15 ff.; vgl. auch RENDA, Private antitrust, S. 283; ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 131.

211 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics, S. 397 ff.; WILS, Antitrust Fines, S. 197, mit Hinweisen auf weitere negative Auswirkungen von zu hohen Sanktionen; siehe in diesem Zusammenhang auch RENDA, Private antitrust, S. 283; VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 399; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 148 m. w. N.; nach ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 147 Fn. 15, sind die Wohlfahrtseinbussen, die durch Kartelle entstehen, grundsätzlich grösser als die durch Kartelle erwirtschafteten Profite. Kann nun der durch wettbewerbswidriges Verhalten entstandene Schaden genau beziffert werden, besteht die Gefahr, dass die Kartellanten den entstandenen Schaden, der sich dann – zumindest in den USA – durch den Anspruch auf Mehrfachschadenersatz mehr als verdoppelt, überhaupt nicht zahlen können. Die Gefahr eines sanktionsbedingten Konkurses ist hingegen in der EU wie in der Schweiz zu relativieren; siehe für die EU: Kommission, Leitlinien/Festsetzung von Geldbußen, Erw. 35; für die Schweiz Art. 2 Abs. 2 SVKG.

212 Siehe zum Zweck der Verwaltungssanktion BGE 143 II 297, E. 9.7.2; BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1; die Urteile betonen, dass die Sanktionen zwar schmerzen, nicht hingegen zum Konkurs des Kartelltäters führen sollten.

Weiter ist die Formel durch den Umstand zu ergänzen, dass die im zivilrechtlichen Verfahren verhängten «Sanktionen» in der Schweiz²¹³ und den Mitgliedstaaten der EU²¹⁴ durch das Bereicherungsverbot gedeckelt sind. Begrenzend wirken ebenfalls andere Bestimmungen des Deliktsrechts wie etwa die Verjährungsregeln. Diese führen dazu, dass entstandene Schäden von einem gewissen Zeitpunkt an nicht mehr gerichtlich durchgesetzt werden können. Aber auch eine zu eng gefasste Aktiv- oder Passivlegitimation können im Ergebnis zu einer Haftungsbeschränkung des Kartelltäters führen. Das Gleiche gilt für die Lehre des Schutzzwecks einer Norm, nach der nur bestimmte Arten von Schäden als «ersetzbare» qualifiziert werden. Aus ökonomischer Sicht begrenzen die genannten Besonderheiten der ausservertraglichen Haftpflicht die Summe der durchsetzbaren Schadenersatzansprüche. Diese Begrenzung wird im Folgenden durch (Ω_p) ausgedrückt.²¹⁵

Dann ist

$$w \times a_p \times S_p < \Omega_p \times w \times a_p \times S_p.$$

Um abschreckend zu wirken, darf $E(N)$ nicht höher ausfallen als $E(K)$, wobei sich die Kosten zusammensetzen aus

$$E_K = \Omega_v \times w \times a_v \times S_v + \Omega_p \times w \times a_p \times S_p + E_R.$$

II. «Deterrence approach»

Soll hingegen versucht werden, das Verhalten durch Sanktionen so zu steuern, dass vom Begehen sämtlicher Wettbewerbsverstöße abgeschreckt wird, bedarf es einer Sanktion, die nicht nur volkswirtschaftlich ineffiziente Verhaltensweisen sanktioniert, sondern sämtliche Wettbewerbsverstöße unwirtschaftlich macht. Auf dieser Annahme beruht der «*deterrence*

213 BSK OR I-KESSLER, Art. 43 N 6; BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, S. 556 f.; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, § 1 N 12; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 11.

214 Siehe auch Art. 3 Abs. 3 KSRL, worin festgehalten wird, dass der Schadenersatz nicht zu einer Überkompensation führen darf.

215 Zu beachten ist, dass nach EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 35, das Deliktsrecht die Höhe eines ersatzfähigen Schadens nicht von dem Gewinn des Schadensverursachers abhängt, weshalb die Höhe des erzielten Gewinns des Kartelltäters keine zusätzliche Beschränkung darstellt.

approach»²¹⁶ oder die «*gain-based deterrence*»^{217, 218} Nach dieser Theorie sieht ein Unternehmen von einem Wettbewerbsverstoss ab, wenn die zu erwartende finanzielle Sanktion den aus der Verhaltensweise resultierenden Gewinn übersteigt.²¹⁹ Die auszusprechende Sanktion entspricht dann dem Gesamtbetrag des durch die Verhaltensweise erzielten Gewinns, multipliziert mit der inversen Wahrscheinlichkeit, dass die Verhaltensweise tatsächlich aufgedeckt und untersagt wird.²²⁰ In Anlehnung an die Berechnung des vorangegangenen Abschnitts wäre

$$E_N < \Omega_v \times w \times a_v \times S_v + \Omega_p \times w \times a_p \times S_p + E_R.$$

III. Zwischenfazit

Beim «*internalisation approach*» ist ebenso wie beim «*deterrence approach*» zu berücksichtigen, dass sich die Busse – zumindest die verwaltungsrechtliche – nicht nur nach einer mathematischen Formel richtet, sondern dass die jeweiligen Sanktionsberechnungen der Wettbewerbsbehörden auch Wertungsaspekte berücksichtigen.²²¹ Wäre die Berechnungsweise der Geldbusen vorhersehbar, würde die abschreckende Wirkung abnehmen, weil das Risiko eines Verstosses leichter einzuschätzen wäre.²²² Zudem relativiert die begrenzte Abschreckungswirkung von Unternehmenssanktionen²²³ ebenso wie die Einsichten der Verhaltensökonomie die Bedeutung einer

216 WILS, Antitrust Fines, 183 ff.

217 Dazu POLINSKY/SHAVELL, Liability, S. 427 ff., die von «*gain-based*» und «*harm-based liability*» sprechen; siehe auch DUCCI, Cartel, S. 8.

218 WILS, Antitrust Fines, 183 ff.; siehe dann auch MACKENRODT, Interaction, S. 176; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 337.

219 Dieses Verständnis zeigt sich auch in EuGH 07.07.1983, verb. Rs. C-100/80, *Musique Diffusion française u. a./Kommission*, EU:C:1983:158, N 104; so wohl auch BGE 143 II 297, E. 9.7.2, und BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1, wonach der finanzielle Nachteil der Sanktion so auszufallen hat, dass sich eine Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoss nicht lohnt; BÖNI, Wechselwirkung, N 12.

220 WILS, Antitrust Fines, S. 192; vgl. auch ALLAIN/BOYER/KOTCHONI/PONSSARD, Cartel fines, S. 45; kritisch dazu HEINEMANN, Setting of fines, S. 143 f.; kritisch auch POLINSKY/SHAVELL, Liability, S. 435 f.; VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance, S. 337.

221 BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 9.1.

222 EuG 08.07.2008, Rs. T-53/03, *BPB/Kommission*, EU:T:2008:254, N 336; siehe dazu auch FREUND, Compensation, S. 498 f.

223 Siehe hierzu eingehend STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 146; CRANE/KLOVER/SPEEGLE, Private antitrust, S. 396 ff.; ALLAIN/BOYER/KOTCHONI/PONSSARD, Cartel

strikt ökonomischen Fundierung der kartellrechtlichen Durchsetzung.²²⁴ Trotz dieser Einschränkungen gibt die Sanktionsberechnung nach der *Optimal-deterrence*-Lehre wichtige Richtungshinweise, wie eine Sanktion ausfallen hat, um Unternehmen vom Begehen von Wettbewerbsverstößen abzuhalten,²²⁵ was anhand des amerikanischen Durchsetzungssystems aufzuzeigen ist.

2. Durchsetzung der «optimalen» Sanktion durch Private

Das amerikanische *«private enforcement»* zeichnet sich dadurch aus, dass Private – zumindest dem Ansatz nach – eine abschreckende und somit die «optimale» Sanktion durchsetzen können. Ein Geschädigter verfügt dort – jenseits des Atlantiks – über materiell-rechtliche Ansprüche und prozessuale Instrumente, die den kontinentaleuropäischen Durchsetzungssystemen nahezu unbekannt sind.²²⁶ Das wohl prominenteste Beispiel für die Ausrichtung des Kartellschadenersatzes auf die Abschreckung ist die Möglichkeit der *«treble damages»*.²²⁷ Kommt es zu einer erfolgreichen Durchsetzung des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs, wird Geschädigten das Dreifache der ihnen entstandenen Schadensumme zugesprochen. Kartellopfer sind auch im Hinblick auf Beweismittel, die sich ausserhalb ihrer Verfügungssphäre befinden, gut positioniert – diese Beweismittel können aufgrund der *«pre-trial discovery»* grundsätzlich beschafft werden.²²⁸ Weiter können direkte Abnehmer von Kartelltätern den Ersatz ihres Schadens in voller Höhe verlangen, selbst wenn der Schaden teilweise oder sogar vollständig auf die nächste Marktstufe abgewälzt wur-

finer, S. 44; BERGMANN/SOKOL, Air, S. 308; MARCO COLINO, Perks, S. 561; HUFFMAN, Incentives, S. 110; FORRESTER/BERGHE, Chalice, S. 165.

224 Siehe hierzu eingehend SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 105 f.; BECK, Behavioral Economics, S. 58; OXERA, Optimal Level, S. 2; REIFF, Punishment, S. 188.

225 So beispielsweise auch DUCCI, Cartel, S. 13; siehe in diesem Zusammenhang MAIER-RIGAUD, Holzweg, S. 63.

226 HEINEMANN, Private enforcement, S. 312; RENDA, Private antitrust, S. 274.

227 § 4(a) Clayton Act, 15 U. S. C. § 15; siehe in diesem Zusammenhang auch CRANE, Why Leniency, S. 269; WILS, Private Enforcement, S. 15; AMC-Report, S. 243.

228 Siehe Rule 26 der Federal Rules of Civil Procedure; vgl. auch ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 142 f.; VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 411; WILS, Relationship, S. 8; GIUDICI, Private antitrust, S. 82.

de (Ausschluss der «*passing-on defence*»²²⁹). Ferner verspricht das amerikanische Kartellrecht – anders als andere Rechtsgebiete – erfolgreichen Privatklägern im Fall des Obsiegens eine angemessene Aufwandsentschädigung für ihre anwaltliche Vertretung («*reasonable attorney's fees*»²³⁰).²³¹ Unterliegt der Kläger, verfügt der Beklagte nicht über einen vergleichbaren Anspruch. Dies reduziert die finanziellen Konsequenzen eines Unterliegens für den Kläger und ist ein zusätzlicher Anreiz zur privatrechtlichen Durchsetzung.²³² Zudem können Erfolgshonorare («*contingency fees*») vereinbart werden, bei denen der Rechtsbeistand im Fall des Obsiegens einen Teil des Prozessgewinns erhält, im Fall des Unterliegens hingegen leer ausgeht.²³³ Der Kläger trägt somit nicht zwingend das gesamte Prozesskostenrisiko.²³⁴ Auch folgen die US-Sammelklagen («*class actions*») dem *Opt-out*-System, in dem alle Mitglieder derselben Konsumentenklasse in das Verfahren einbezogen werden können, es sei denn, sie sprechen sich gegen einen solchen Einbezug aus.²³⁵

Die aufgezählten Besonderheiten des amerikanischen Durchsetzungssystems ermöglichen es, die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes als ein ebenso der Abschreckung wie dem Ausgleich dienliches Instrument

229 Der Entscheid *Illinois Brick Co vs. Illinois*, 431 US 720 (1977), veranschaulicht, dass Schadenersatzansprüche einem Abschreckungszweck dienen. Angesichts der Herausforderungen bei der Berechnung der Höhe des *Pass-on* gelangte der Gerichtshof in *Illinois Brick* zu folgendem Schluss: Die Bündelung aller Klagerechte in den Händen der direkten Abnehmer schafft den Anreiz zur Beanstandung rechtswidriger Verhaltensweisen und die grösstmögliche Abschreckung, auch wenn dies in Bezug auf die Schadenersatzforderung nicht die optimale Regel ist, da es indirekten Käufern die Aktivlegitimation untersagt, selbst wenn eine Weitergabe des kartellbedingten Preisaufschlags erfolgt ist. Nicht zwingend so auf der Ebene der einzelnen US-Bundesstaaten: Mittlerweile wird in den meisten US-Bundesstaaten indirekten Abnehmern das Recht eingeräumt, kartellbedingte Schadenersatzforderungen geltend zu machen. Das bedeutet auch, dass dieselben indirekten Abnehmer, die nach *Illinois Brick* von einer derartigen Schadensgeltendmachung auf höchster föderaler Ebene ausgeschlossen sind, dies jedoch nicht zwingend auf Bundesstaatsebene sind; vgl. beispielsweise *California vs. ARC Am. Corp.*, 490 U. S. 93, 105–106; siehe auch GAVIL, *Designing*, S. 8; CRANE/KLOVER/SPEEGLE, *Private antitrust*, S. 390 f.; MOODALIYAR, *Direct and Indirect*, S. 114 ff.; EZRACHI, *Courage v Crehan*, S. 128; siehe zu den Leitlinien der Kommission zur Schätzung des «*pass-ons*», PICT, *Passing-on*, S. 2 ff.

230 Vgl. § 4 (a) Clayton Act, 15 U. S. C. § 15.

231 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 411.

232 ELZINGA/BREIT, *Antitrust Penalties*, S. 72; VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 412.

233 ELZINGA/BREIT, *Antitrust Penalties*, S. 73; WILS, *Private Enforcement*, S. 15.

234 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 411.

235 PAGE, *Scope of Liability*, S. 1452; VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 415.

zu qualifizieren.²³⁶ Die privatrechtliche Durchsetzung soll einen Beitrag zur Prävention leisten, indem Private häufig verschleierte Wettbewerbsverstöße aufdecken, beenden und mittels Mehrfachs Schadenersatz sanktionieren.²³⁷ Dieser Ansatz reflektiert die Tendenz, die private Durchsetzung als Antwort auf das empfundene Versagen, das Fehlverhalten oder die Untätigkeit der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zu sehen.²³⁸ Es sei besser, Private in Form des «*private attorney general*» mittels einer «*piece-rate*» oder einer «*bounty*» für die Rechtsdurchsetzung zu belohnen, als einen kostspieligen Verwaltungsapparat zu unterhalten.²³⁹ Auch wird in der Gesellschaft eine breitere Akzeptanz hoher Sanktionen erwartet, wenn die Busse an Private und nicht an öffentliche Stellen gezahlt wird.²⁴⁰

In diesem Durchsetzungssystem kommt die privatrechtliche Durchsetzung zum Einsatz, wenn der an den Kläger zu zahlende Schadenersatz höher ausfällt als die Gesamtkosten der Geltendmachung.²⁴¹ Der im privatrechtlichen Verfahren zugesprochene Mehrfachs Schadenersatz wirkt dann – im Idealfall – abschreckend. Dadurch erübrigt sich die Durchführung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens; allen drei Durchsetzungszielen ist dann gedient.²⁴² Sind hingegen die Durchsetzungskosten hoch oder ist die Solvenz des zu verklagenden Unternehmens unsicher, werden Private von einer Durchsetzung ihrer Ansprüche absehen. Die Verhaltensweise ist dann verwaltungsrechtlich zu ahnden.²⁴³ Das «*public enforcement*» greift also, sofern ein Kartellopfer trotz weitreichender investigativer Instrumente den Wettbewerbsverstoss nicht aufdecken und seine Ansprüche nicht durchsetzen kann.²⁴⁴

236 Illinois Brick Co vs. Illinois, 431 US 720, 726 (1977); Pfizer, Inc. v. Government of India, 434 U. S. 308, 314 (1978); siehe auch DAVIS/LANDE, Defying, S. 8 f. m. w. N.; AAI, Vital role, S. 1.

237 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 13 ff.; BECKER, Crime and punishment, S. 207 f.; vgl. auch PAGE, Scope of Liability, S. 1455.

238 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 6 ff.; vgl. auch ROACH/TREBILCOCK, Private Enforcement, S. 475; ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties, S. 116; MEEßEN, Schadenersatz, S. 68; vgl. auch RENDA, Private antitrust, S. 279 m. w. N.; siehe auch MÖSCHEL, Private, S. 4, der einen ähnlich kritischen Ansatz in Bezug auf mitgliedstaatliche Behörden zeigt.

239 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 14.

240 BECKER/STIGLER, Law enforcement, S. 15.

241 Vgl. POSNER, Antitrust, S. 274 f.

242 Siehe zu den Durchsetzungszielen oben § 3. 1.

243 POLINSKY, Private versus Public Enforcement, S. 124.

244 EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454; POLLEY, Practitioner, S. 5; vgl. auch BERRISCH/BURIANSKI, Schadenersatzansprüche, S. 883; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 17.

Abschliessend bleibt anzumerken, dass eine wirksamen öffentliche Durchsetzung neben der privaten Durchsetzung zwingend erscheint, was an folgendem Umstand aufzuzeigen ist: Laut einer Studie aus dem Jahr 1986 waren in den USA ein Viertel sämtlicher privatrechtlichen Kartellverfahren *follow-on*-Verfahren. Den Verfahren lag in der Mehrheit ein horizontaler Wettbewerbsverstoss zugrunde.²⁴⁵ Diese Verstösse, so die hier vertretene Annahme, wären ohne verwaltungsrechtliche Durchsetzung und dem Einsatz der entsprechenden Behördeninstrumenten nicht durch Private aufgedeckt worden.²⁴⁶ Zudem handelt es sich bei der Mehrheit der «grossen» Kartellzivilverfahren um Folge- und nicht Initiativprozesse.²⁴⁷ Dies scheint das allgemeine Credo, dass der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung in den USA eine eher marginale Rolle zukommt²⁴⁸, mit Blick auf Horizontalabreden zu relativieren. Aber auch in den USA führt die verwaltungsrechtliche Durchsetzung in der Regel nicht zur Kompensation der entstandenen Vermögensschäden.²⁴⁹ Dies unterstreicht die Notwendigkeit eines dualen Durchsetzungssystems, in dem die «optimale» Sanktion durch Private gleich wie durch eine Wettbewerbsbehörde durchgesetzt werden kann.²⁵⁰ Sicherzustellen ist hierbei, dass Verhaltensweisen, die durch Private – trotz *pre-trial discovery* – nicht aufgedeckt werden, durch die entsprechenden Behörden aufgedeckt, beendet und entsprechend sanktioniert werden und dass die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren möglich ist.

3. Ergebnisse für den weiteren Fortgang der Arbeit

Es scheint unstrittig, dass die Sanktionsberechnung nach der *Optimal-deterrence*-Lehre wichtige Richtungshinweise geben kann, um Unternehmen

245 KAUPER/SNYDER, Inquiry, S. 1221.

246 Wohl a.A. AAI, Vital role, S. 4.

247 BAKER, Revisiting, S. 382.

248 Siehe etwa HOVENKAMP, Federal Antitrust, S. 652 m.w.N.

249 Hingegen existieren im US-amerikanischen Recht «*parens patriae antitrust actions*». Diese ermöglichen es den General Attorneys der jeweiligen Bundesstaaten im Namen ihrer Bürger gesammelt Ersatz für Streuschäden zu verlangen und den Erlös gemeinnützigen Projekten zuzuführen; vgl. hierzu FARMER, Cy pres distributions, S. 361 ff.; als quasi politisches Postulat hierzu dann auch Schlussanträge GA Kokott 29.7.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 127 ff. und da besonders N 130 Fn. 80.

250 DUCCI, Cartel, S. 18 m.w.N.; JONES A., Private enforcement, S. 26.

von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzuschrecken.²⁵¹ Zudem kann die «optimale» Sanktion – zumindest dem Ansatz nach – auch auf privatrechtlichem Weg durchgesetzt werden, was jedoch materiell-rechtlicher Ansprüche und prozessualer Instrumente bedarf, die in Kontinentaleuropa nicht weit verbreitet sind.

Hervorzuheben ist ferner, dass etwa das Bereicherungsverbot, die Verjährung oder das Konzept der Schutznorm dem Abschreckungspotenzial des Kartellschadenersatzes klare Grenzen setzen. Im Ergebnis führen sie dazu, dass die Gewinne der Kartelltäter häufig nicht saldiert werden – eine Grundproblematik des «*private enforcement*» nach kontinentaleuropäischem Muster. Unter der Prämisse, dass an einem Durchsetzungssystem festgehalten wird, in dem sich der Schadenersatz innerhalb der soeben genannten Grenzen bewegt, dass die im Verwaltungsverfahren verhängten Sanktionen nicht erhöht werden und dass der durch einen Wettbewerbsverstoss verursachte Schaden höher als der durch den Kartelltäter gezogene Nutzen ausfällt²⁵², ist eine Mobilisierung der Geschädigten der Breite nach zwingend. Die Kosten saldieren dann, zumindest ansatzweise, den Nutzen eines Kartellverstosses; aber auch mit dem Gedanken an einen Wettbewerbsverstoss spielende Unternehmen werden erfolgreich abgeschreckt. Unterbleibt eine umfangreiche Mobilisierung der Kartelloffer, wird das «*private enforcement*» seinem tatsächlichen Potenzial nicht gerecht.

251 So beispielsweise auch DUCCI, *Cartel*, S. 13; siehe in diesem Zusammenhang MAIER-RIGAUD, *Holzweg*, S. 63.

252 So NIELS/JENKINS/KAVANAGH, *Economics*, S. 477 f.; OXERA, *Optimal Level*, S. 3.

§ 6. Zweckverständnis des schweizerischen Kartellschadenersatzes

Die Diskussion über den Zweck des schweizerischen Kartellschadenersatzes steht noch am Anfang und hat – soweit ersichtlich – die Rechtsprechung und den Gesetzgeber noch nicht erreicht. Daher kann nicht – wie bei der Untersuchung des europäischen Kartellschadenersatzes²⁵³ – auf eine breite Gerichtspraxis oder auf legislative Arbeiten zurückgegriffen werden. Dem Zweck ist sich deshalb auf folgendem Weg zu nähern: Zunächst werden die verschiedenen Lehrmeinungen zum Kartellschadenersatz aufgezeigt, bevor das in der vorliegenden Arbeit vertretene Zweckverständnis aufgezeigt wird, das wiederum auf den in den vorangegangenen Kapiteln erarbeiteten Grundlagen beruht.

Die Literatur zum Kartellschadenersatz vermittelt ein eher einheitliches und vom traditionellen Verständnis des Haftpflichtrechts geprägtes Bild,²⁵⁴ das dem deliktsrechtlichen Schadenersatz neben dem Ausgleichszweck auch eine Präventionswirkung in Form einer Gefahrenprophylaxe bescheinigt.²⁵⁵ Ein Nachzeichnen der einzelnen Lehrmeinungen scheint nicht zielführend. Allgemein formuliert, lässt sich die herrschende Mei-

253 Siehe zum Zweck des europäischen Kartellschadenersatzanspruchs *unten* § 7.

254 Zum traditionellen Verständnis siehe: HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1.63 m. w. N.; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, § 1 N 1; WIDMER/WESSNER, Haftpflichtrecht, S. 18 f.; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 10; vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, vor Art. 41-61 N 2; CHAPUIS, Responsabilité, S. 74; HEINEMANN, Setting of fines, S. 142; ZIRLICK, Freizeichnung, S. 69, 71 m. w. N.; ETIER/STRÄULI, Grandes notions, S. 15 f.; NIGGLI/MAEDER, Haftpflichtrecht, S. 381; sich nicht auf einen Zweck des ausservertraglichen Haftpflichtrechts festlegend, HURNI, L'action civile, S. 86 f.; differenzierend: SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.04; WERRO, Responsabilité, N 7; FISCHER, Vorb. zu Art. 41-61 N 14; zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 28.06.2011, KZR 75/10, «ORWI», S. 149 f., nach dem die Prävention eine nützliche Folge der Kompensation ist und sich das Bereicherungsverbot für den Geschädigten aus dem Kompensationsgedanken ergibt; Palandt/GRÜNEBERG, vor § 249 N 4 BGB; MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 73 f.; DEUTSCH, Zwecke, S. 246; LARENZ, Schuldrecht, S. 423; HAAS, Haftungsfreizeichnungsklauseln, S. 82; BÖGE/OST, Up and running, S. 200; jeweils auch differenzierend BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, S. 8; FELLMANN, Selbstverantwortung, S. 44 f.; KÖTZ/WAGNER, Deliktsrecht, N 59; siehe aber auch für eine gegenteilige Ansicht BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UK-ZR4.19.1.

255 Palandt/GRÜNEBERG, vor § 249 N 4 BGB; HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht, § 1.63; OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I, § 1.19; REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, § 1 N 14; SCHWENZER, Obligationenrecht, N 49.04; WIDMER/WESSNER, Haftpflichtrecht, S. 18 f.; HURNI, L'action

nung jedoch auf den folgenden Nenner bringen: Der Zweck des Kartellschadenersatzes erschöpfe sich im Ausgleich des entstandenen Schadens. Hingegen könne die Ausgleichsverpflichtung eine Präventionswirkung entfalten, jedoch nur in dem Umfang, wie das Risiko einer Haftung für kompensatorischen Schadenersatz von zukünftigen Wettbewerbsverstößen abschrecke.²⁵⁶ Dem Kartellschadenersatz wird ein Kompensationszweck beigemessen, während die verwaltungsrechtliche Durchsetzung der Repression wie der Prävention diene. Bezeichnenderweise wird dann auch kritisiert, dass die klare Rollenverteilung zwischen der privatrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung zunehmend an Trennschärfe verliere.²⁵⁷

Hervorzuheben sind allerdings auch die Stimmen, die eine breite Mobilisierung der Geschädigten für angezeigt erachten, weil so die entstandenen Schäden vermehrt ausgeglichen würden und dies die Präventionswirkung steigere.²⁵⁸ Versuche, die Geschädigten umfangreich zu mobilisieren, seien nicht nur unbedenklich, sondern auch systemkonform.²⁵⁹ Daher sei es unabdingbar, den Ausgleich an die Geschädigten sicherzustellen und für die Unternehmen zugleich Anreize zu setzen, wettbewerbsrechtskonform zu wirtschaften.²⁶⁰ Der Zweck kartellrechtlicher Ansprüche sei bei der Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen und der Verfahrensmodalitäten angemessen zu berücksichtigen.²⁶¹ Ein besonderes Augenmerk müsse dabei auf der Interaktion zwischen der privatrechtlichen und

civile, S. 69; MEEßEN, Schadenersatz, S. 63 ff.; vgl. KUKO OR-SCHÖNENBERGER, vor Art. 41–61 N 3 m. w. N.

- 256 BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 70; BSK KG-JACOBS/GIGER, Vorb. Art. 12 N 21; JACOBS, Durchsetzung, S. 124 f.; VON BÜREN, Zulässigkeit, S. 191; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 246, 248 Fn. 1038; NAGEL, Kartellprivatrecht, N 445; SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 115; BÖNI, Wechselwirkung, N 16; HURNI, L'action civile, S. 114 f.; vgl. auch LÜSCHNER, Konzeption, S. 1658 und da Fn. 44; in Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung allgemein: BRÖMMELMEYER, Ermittlung, S. 4; Inderst/Thomas, Schadenersatz, S. 225; HEINZE, Schadenersatz, S. 167; LUCEY, Competition, S. 401 f.
- 257 HEINEMANN, Setting of fines, 142 f.; vgl. Fuchs/Weitbrecht/HEINEMANN, Private Kartelldurchsetzung, § 23 N 102; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 81; HEINEMANN, Kartellzivilrecht, S. 148 f.; gleich BÖNI, Wechselwirkung, N 16, 31, 48.
- 258 SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 126, siehe da auch S. 115.
- 259 SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 115.
- 260 HURNI, L'action civile, S. 112.
- 261 HURNI, L'action civile, S. 114.

der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung liegen, um negative Wechselwirkungen zu vermeiden.²⁶²

Entgegen den aufgezeigten Lehrmeinungen wird vorliegend vertreten, dass im Kartellschadenersatz ein zweigliedriger Zweck erblickt werden kann. Der in dieser Arbeit vertretene Standpunkt beruht auf den erarbeiteten systematischen, konzeptionellen und ökonomischen Erkenntnissen.²⁶³ Diese sind an dieser Stelle thesenartig zusammenzufassen.

- Vor einem systematischen Hintergrund sind die kartellrechtlichen Verhaltensgebote vorzugsweise in der *Ex-ante*-Phase durchzusetzen, was die verwaltungsrechtliche und die privatrechtliche Durchsetzung erübrigt. Von dieser Warte aus betrachtet, zielt die kartellrechtliche Durchsetzung hauptsächlich darauf ab, Unternehmen von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzuschrecken. Das Ziel der Abschreckung soll durch die verwaltungsrechtliche und die zivilrechtliche Durchsetzung gemeinsam erreicht werden. Wird der Zweck des Kartellschadenersatzes allerdings ausschliesslich in das Zweckverständnis der ausservertraglichen Haftung eingebettet, wird die Bedeutung des Kartellschadenersatzes als integraler Bestandteil der kartellrechtlichen Durchsetzung verkannt.
- Die konzeptionelle Betrachtung hat gezeigt, dass sich im Rahmen des Kartellrechts Institutionenschutz und Individualschutz gegenseitig bedingen.²⁶⁴ Ein von eigennützigen Motiven geleiteter Kläger dient somit zugleich dem Allgemeininteresse, da er Normen durchsetzt, die starke wirtschaftsrechtliche Komponenten aufweisen und zugleich dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs dienen.²⁶⁵ Er leistet somit einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung.

262 HURNI, *L'action civile*, S. 114 f.; vgl. auch LÜSCHNER, *Konzeption*, S. 1658 und da Fn. 44.

263 Siehe hierzu oben §§ 3–5.

264 POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 133 f.; diese Aussage findet sich auch bei HORN-KOHL, *Zugang*, S. 607 ff. im Hinblick auf den Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission nach der TransparenzVO.

265 Im Ergebnis auch EFTA, E-6/17, *Fjarskipti*, vom 30.05.2018, N 30; EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 72; EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132; sinngemäss und in Bezug auf das VwVG auch BGE 139 II 328, E. 3.4, nach dem sich Konkurrenten «– wenn auch in eigenem, »egoistischem« Interesse – für die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs» einsetzen; dieses Verständnis veranlasste das Gericht, die Voraussetzungen für die Verfahrensbeteiligung Dritter nach VwVG im Lichte des Kartellgesetzes auszulegen.

- Dieser überindividuelle Beitrag ist auch durch rein ökonomische Erwägungen gerechtfertigt, zumal wenn kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren durchgesetzt werden. Auch wenn in *Follow-on*-Verfahren keine Wettbewerbsverstöße mehr aufgedeckt und beendet werden, kommt es nach wie vor zu einem Ausgleich der entstandenen Schäden und zu einer Erhöhung der Kosten des Wettbewerbsverstosses.²⁶⁶ Hier gilt: Je umfangreicher die private Durchsetzung ist, desto grösser ist die Bedeutung des überindividuellen Beitrags, und desto eher wird dem öffentlichen Interesse an einer wirkamen kartellzivilrechtlichen Durchsetzung gerecht.²⁶⁷

Die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen rechtfertigen es, im Kartellschadenersatz einen zweigliedrigen Zweck zu erblicken, der neben dem Ausgleich auch in der Abschreckung besteht. Der Präventionszweck des Kartellschadenersatzes lässt sich hingegen nicht dahin gehend verstehen, dass die erfolgreiche Durchsetzung von Ansprüchen spezialpräventiv zu wirken hat. Im Vordergrund steht die Generalprävention, weshalb die Geschädigten möglichst umfangreich zu mobilisieren sind, um die Kosten wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu erhöhen.

Die Auslegung der Anspruchsvoraussetzungen und der Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes, die sich ausserhalb des KG finden, sollten durchgehend den zweigliedrigen Zweck berücksichtigen – allerdings nur insoweit, als ein entsprechender Interpretationsspielraum besteht.²⁶⁸ Dasselbe gilt bereits für die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen, die sich nicht im KG, sondern im VwVG finden. Die anwendbaren Bestimmungen des VwVG werden – soweit zugänglich und sachlich gerechtfertigt – kartellrechtskonform ausgelegt.²⁶⁹ Anders ausgedrückt: Soweit zugänglich und sachlich gerechtfertigt, sind die Anspruchsvorausset-

266 DREXL, *Interaction*, S.140; ähnlich auch EFTA, E-10/17, *Nye Kystlink*, vom 17.09.2018, N 76: «[In follow-on proceedings] the injured party seeks to enforce competition rules that have been infringed, and to restore, as far as possible, equal conditions of competition».

267 Auch die europäische und die (jüngste) deutsche Rechtsprechung messen dem Kartellschadenersatzanspruch in *Follow-on*-Prozessen ein duales Zweckverständnis bei, siehe zur EuGH-Rechtsprechung *unten* § 7, und zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienenkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.

268 Ähnlich MEEßEN, *Schadenersatz*, S.100; STOCK, *Schadensnachweis*, S.67; ASCHBERG, *Preisschirmeffekte*, S.198; siehe exemplarisch *unten* § 13. 1. II. b. (1.); *unten* § 14. 1. III. b. (1.); *unten* § 15. 1. II. b.; *unten* § 16. 3; *unten* § 17. 6. II. c.; *unten* § 18. 1; *unten* § 19. 3.

269 BGE 139 II 328, E. 4.1; BSK KG-BILGER, *Vor. Art. 39–44 N 16, 32*.

§ 6. Zweckverständnis des schweizerischen Kartellschadenersatzes

zungen und die Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes, die sich als *Leges fugitivae* ausserhalb des KG finden, kartellrechtskonform auszu-legen – neben dem Ausgleich kann so auch das Durchsetzungsziel der Abschreckung angemessen berücksichtigt werden.

§ 7. Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes

In gefestigter EuGH-Rechtsprechung verfügt jedermann über das Recht auf Ersatz des Schadens, der ihm durch wettbewerbswidriges Verhalten entstanden ist.²⁷⁰ Trotz des klaren Bekenntnisses zu einem primärrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz bleiben dessen Konturen unscharf.²⁷¹ So ist nach wie vor ungeklärt, ob (sämtliche) Anspruchsvoraussetzungen²⁷² unmittelbar im Primärrecht gründen oder ob sie sich in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen finden und dem Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip zu entsprechen haben.²⁷³ Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den Verfahrensmodalitäten ab, die die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes massgeblich bestimmen.²⁷⁴ Es scheint unstrittig, dass die Verfahrensmodalitäten durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen normiert werden.²⁷⁵ Zur Diskussion steht hingegen häufig, wie die nationalen Regelungen und insbesondere Zugangsvorschriften auszugestalten

270 Für einen Schadenersatzanspruch, der aus einem Verstoss gegen Art. 101 AEUV resultiert siehe EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26; für einen Schadenersatzanspruch, der aus einem Verstoss gegen Art. 102 AEUV resultiert siehe EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, N 38 ff.; siehe auch Schlussanträge GA Kokott 17.01.2019, C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:32, N 66.

271 FREUND, Compensation, S. 500 f. m. w. N.

272 Zum Begriff «Anspruchsvoraussetzungen» oben § 1.

273 Pro Anspruchsvoraussetzungen im Primärrecht: Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40 ff.; Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 31 ff.; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 44 ff.; kontra Anspruchsvoraussetzungen im Primärrecht: ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface, S. 157 m. w. N.; ausführlich zur Debatte, ob ein Kartellschadenersatzanspruch einen originär europarechtlichen Schadenersatzanspruch darstellt oder ob seine Anspruchsgrundlage und Anspruchsvoraussetzungen dem nationalen Recht zu entnehmen sind, KAMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 24 N 11 ff.; kritisch zur Zurückhaltung des EuGH in Bezug auf diese Frage siehe FREUND, Compensation, S. 501 m. w. N.

274 Zum Begriff «Verfahrensmodalitäten» oben § 2. 1.

275 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 28; EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 63 f.; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 59.

oder auszulegen sind, um dem Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes gerecht zu werden.²⁷⁶

Die Diskussion über die Ausrichtung des europäischen Kartellschadenersatzes ist in vollem Gange.²⁷⁷ Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob der Anspruchszweck des Kartellschadenersatzes zweigliedrig ist und somit neben dem Ausgleich auch in der Prävention besteht²⁷⁸ oder ob der Schadenersatz primär den Ausgleich verfolgt und die sich einstellende Präventionswirkung lediglich als positive Nebenwirkung zu bewerten ist.²⁷⁹ Im Folgenden wird zu dieser Diskussion Stellung genommen und das Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes untersucht.

1. Courage/Crehan (EuGH)

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Courage/Crehan* aus dem Jahr 2001 ist als Initialmoment der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung in Europa anzusehen²⁸⁰ und hat auf EU-Ebene wie auch auf mitgliedstaatlicher Ebene zu tiefgreifenden legislatorischen Änderungen geführt. Der

276 Exemplarisch EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389; EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366; vgl. auch HEINZE, *Schadenersatz*, S. 153; MEEßEN, *Schadenersatz*, S. 20 ff.; POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 300.

277 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31 ff.; GLIKER, *EU Tort Law*, S. 17 ff.; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 155 ff.; vgl. auch HEINZE, *Schadenersatz*, S. 161; MEEßEN, *Schadenersatz*, S. 66 ff.

278 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 29 ff.; DREXL, *Interaction*, S. 157; IOANNIDOU, *Involvement*, S. 62; vgl. auch KOMNINOS, *Relationship*, S. 145; NAZZINI/NIKPAY, *Private Actions*, S. 109 ff.; NAZZINI, *Potency*, S. 419 ff.

279 HJELMENG, *Competition Law Remedies*, S. 1010, 1030 f.; NEBBIA, *Damages actions*, S. 36; NERUDA, *Private or Public*, S. 234; Stancke et al.-STANCKE, Kap. A. N 5; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.15 ff.; MEEßEN, *Schadenersatz*, S. 63 f.; OECD, *BIAC/Relationship*, S. 3; OECD, *Sec./Relationship*, S. 36; WILS, *Private Enforcement*, S. 15 ff.; HEINEMANN, *Setting of fines*, S. 142 f.; HEINEMANN, *Private Enforcement*, S. 321 f.; ROACH/TREBILCOCK, *Private Enforcement*, S. 495 f.; JONES, *Deterrence and Compensation*, S. 172; SCHMIDT, *Private enforcement*, S. 144; THOMAS, *Aufdeckung*, S. 67 f., hält fest, «dass das Kartellschadenersatzrecht zur Verfolgung von Präventionszwecken nicht unbegrenzt über seine eigentliche Kompensationsfunktion hinaus ausgedehnt werden kann».

280 Vgl. Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 29 f.; BÖNI, *Wechselwirkung*, N 2.

EuGH stellte in der Vorabentscheidung *Courage/Crehan* fest, dass es sich bei Art. 101 AEUV um eine grundlegende Bestimmung handle, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sei.²⁸¹ Nach dem EuGH entfalten die Wettbewerbsbestimmungen eine unmittelbare Wirkung zwischen Einzelnen und lassen unmittelbar anwendbare Rechte entstehen, die durch die nationalen Gerichte zu wahren seien.²⁸² Folglich könne sich jedermann auf einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV berufen. Dies gelte auch, wenn der Geschädigte selbst Partei eines wettbewerbswidrigen Vertrags sei.²⁸³ Zudem hätten die mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten Gerichte die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.²⁸⁴

Der EuGH hielt sodann in Randnr. 26 des Urteils fest:

«Die volle Wirksamkeit des Artikels [101 AEUV] und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel [101 Absatz 1 AEUV] ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.»²⁸⁵

Er ergänzte diese Aussage in Randnr. 27 wie folgt:

«Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.»²⁸⁶

Der EuGH wird dahin gehend verstanden, dass der Kartellschadenersatz ein essenzielles Teilinstrument der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung

281 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 20.

282 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 23; so bereits Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 36 ff.

283 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 24.

284 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 25.

285 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26.

286 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 27.

ist.²⁸⁷ Der primärrechtliche Schadenersatzanspruch dient nicht ausschliesslich dem Anspruchsberechtigten, sondern trägt auch zur Abschreckung vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen bei. Diese Erkenntnis lässt in den Randnrn. 26 und 27 folgendes zweigliedriges Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes erblicken:²⁸⁸

- Einerseits sollen die aus den Gemeinschaftsrechten abgeleiteten Rechte gewährleistet werden.²⁸⁹ Sie dienen dem wirksamen Rechtsschutz der durch das Unionsrecht verliehenen und unmittelbar anwendbaren Rechte («*effective judicial protection*»). Diese werden gewährleistet, um den Schaden wiedergutzumachen, der durch wettbewerbswidriges Verhalten verursacht wurde.²⁹⁰ Dient der Schadenersatz dem wirksamen Rechtsschutz des Einzelnen, zeigt dies die Kompensation von Schäden und somit den Ausgleich als Zweck des Kartellschadenersatzes an.²⁹¹
- Andererseits soll der Kartellschadenersatz die volle Wirksamkeit der Unionsvorschriften sicherstellen, indem er die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln stärkt und von wettbewerbschädigenden Verhaltensweisen abhält («*effective enforcement*»).²⁹² Dient der Anspruch auf Schadenersatz der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts, rücken die Abschreckung vor Wettbewerbsverstössen und somit die Prävention als Zweck des Kartellschadenersatzes in den Vordergrund.²⁹³

287 SCHWIETERT, Effet utile, S. 85; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.15; der Gedanke scheint sodann auch – mit 19-jähriger Verspätung – Einzug in die deutsche Rechtsprechung erhalten zu haben BGH, Urteil vom 23.09.2020, KZR 4/19, «Schienerkartell V», DE:BGH:2020:230920UKZR4.19.1, N 50.

288 Vgl. BALASINGHAM, 15 Years, S. 18 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.15; für eine höhere Gewichtung der Abschreckung als des Ausgleichs, NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 110 Fn. 15; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31 ff.

289 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26.

290 So auch Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31.

291 Gleich BALASINGHAM, 15 Years, S. 18 f.; siehe zum Durchsetzungsziel des Ausgleichs *oben* § 3. 1. III.

292 Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31, siehe auch Überschriften zu N 29 f. und 34 ff.; wohl vom gleichen Verständnis geleitet dann auch EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128.

293 Gleich BALASINGHAM, 15 Years, S. 18 f.; vgl. LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.14; HEINZE, Schadenersatz, S. 163 f.; siehe zum Präventionsziel *oben* § 3. 1. I.

2. Ursprünge der Rechtssache Courage/Crehan

Die Rechtssache *Courage/Crehan* weist unverkennbare Parallelen zur Rechtssache *Van Gend en Loos* auf.²⁹⁴ Darüber hinaus erkennen Teile der Literatur in *Courage/Crehan* Wesenszüge der Rechtsprechung zur Staatshaftung fehlbarer Mitgliedstaaten – dieses Verständnis manifestiert sich unter anderem in den Rechtssachen *Francovich*²⁹⁵ und *Brasserie du Pêcheur/Factortame*^{296, 297}. Träfe dies zu, wäre in der Rechtssache *Courage/Crehan* die Implementierung der Rechtsprechung zur Staatshaftung im Wettbewerbsrecht zu erblicken – mit dem Unterschied, dass die Haftung nicht auf die Beziehung zwischen Staat und Privaten angewandt wird, sondern auf das Verhältnis zwischen Privaten.²⁹⁸ Ein solches Verständnis hätte zur Folge, dass der Zweck des Kartellschadenersatzes, ebenso wie der der Staatshaftung, auf den Ausgleich und nicht zwingend auf die Prävention ausgerichtet wäre.

In *Van Gend en Loos* wurde in der Geltendmachung subjektiver Unionsrechte – und nicht ausschliesslich in Bezug auf die Staatshaftung – ein wirksames Mittel zur Durchsetzung des Unionsrechts erblickt.²⁹⁹ Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen

294 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1.

295 EuGH 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90, *Francovich u. a./Italienische Republik*, EU:C:1991:428.

296 EuGH 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Factortame*, EU:C:1996:79.

297 Kommission, Grünbuch/Arbeitspapier, N 20; HJÄRTSTRÖM/NOWAG, *Competences*, S. 12 f.; NEBBIA, *Damages Claims*, S. 136 ff.; WILMAN, *Enforcement*, N 11.13; SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 33 f., 65 f.; RUFFERT, in: Calliess/Ruffert (EUV/AEU), Art. 1 N 27 ff.; KAMMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 24 N 1; auch HEINZE, *Schadenersatz*, S. 159, führt aus, dass sich die *Courage*-Haftung im Wesentlichen auf dieselbe Rechtsgrundlage wie die *Francovich*-Doktrin zurückführen lässt.

298 Werden die Ausführungen in EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 25 sowie EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 19 verglichen, fällt die Ähnlichkeit der Ausführungen auf; siehe auch NEBBIA, *Damages Claims*, S. 136 ff.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.20; SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 65 f.

299 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 26: «Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, die die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt»; vgl. POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 272 ff.; RUFFERT, in: Calliess/Ruffert (EUV/AEU), Art. 1 N 29; KAMMANN, in: Kamann/Ohlhoff/Völ-

diene einer wirksamen Kontrolle und ergänze die Überwachungsfunktion der Kommission.³⁰⁰ Eine erfolgreiche Durchsetzung der Unionsrechte stärkt – quasi als wünschenswerter Nebeneffekt – den Rechtsschutz der Unionsbürger.³⁰¹ Der Bürger fungiert somit als Funktionär der Rechtsordnung und weist starke Parallelen zum «*private attorney general*» auf.³⁰² Dieser Gedanke hat sich anschliessend in der Rechtsprechung zur Geltendmachung subjektiver Unionsrechte fortentwickelt und fest etabliert.³⁰³ Allerdings ist die Staatshaftung eine Ausnahme in dieser Entwicklung.

In *Francovich* hat sich dieses primär auf die Abschreckung ausgerichtete Verständnis in Bezug auf die Staatshaftung geändert.³⁰⁴ Der Anspruch auf Schadenersatz gegenüber fehlbaren Mitgliedstaaten diene neben der Durchsetzung des Unionsrechts auch dem Rechtsschutz des Einzelnen.³⁰⁵ Dogmatisch betrachtet, verfolgte die Staatshaftung zu diesem Zeitpunkt einen zweigliedrigen Zweck: den der Abschreckung³⁰⁶ und den der Wiedergutmachung bzw. des Ausgleichs des entstandenen Schadens.³⁰⁷

cker, § 24 N 3; SCHWIERTERT, *Effet utile*, S. 32; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 154 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.23.

300 EuGH 05.02.1963, Rs. C-26/62, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, EU:C:1963:1, S. 26; ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 154.

301 Insofern lassen sich Parallelen zum Konzept der unsichtbaren Hand des Marktmechanismus erkennen; siehe zu Letzterem SMITH, *Wealth of Nations*, S. 423; so auch bereits HEINEMANN, *Interferenzen*, S. 685; POELZIG, *Normdurchsetzung*, S. 369.

302 Parallelen zum Konzept des «*private attorney generals*» schlagend, CRAIG, *West*, S. 455; in Bezug auf den Zugang von Geschädigten zu Verfahrensdokumenten: BAUDENBACHER, *Independence*, S. 222.

303 Vgl. auch EuGH 17.09.2002, Rs. C-253/00, *Muñoz und Superior Fruiticola/Frumar*, EU:C:2002:497, N 31; ähnlich dann auch EuGH 26.03.1996, Rs. C-72/95, *Aannemersbedrijf P. K. Kraaijeveld/Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, EU:C:1996:404, N 56.

304 LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.28; WILMAN, *Enforcement*, N 11.13.

305 EuGH 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90, *Francovich u. a./Italienische Republik*, EU:C:1991:428, N 33.

306 Allerdings bleibt fraglich, inwiefern ein Staat analog zu privaten Akteuren tatsächlich abgeschreckt werden kann. Hingegen verwendet GA Kokott in ihren Schlussanträgen GA Kokott 17.11.2005, C-470/03, *A. G. M.-COS. MET/Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2005:693, N 142, den Begriff «Abschreckung» in Bezug auf die Staatshaftung; siehe ferner *oben* § 3. 1. I.

307 NEBBIA, *Damages actions*, S. 139; vgl. auch HEINZE, *Schadenersatz*, S. 38; WILMAN, *Vigilance*, S. 38 ff.; siehe auch NAZZINI, *Potency*, S. 415, der von «full effectiveness of Community law» und von «effective protection of individual rights» spricht.

Das Urteil in der Rechtssache *Brasserie du Pêcheur/Factortame* steht wiederum für ein sich wandelndes Verständnis dieses dualen Zwecks. Der Rechtsschutz des Einzelnen rückte in den Vordergrund – die Staatshaftung diene primär dem Ausgleich.³⁰⁸ Dass von einer erfolgreichen Durchsetzung unmittelbar anwendbarer Rechte auch das Unionsrecht allgemein profitiere, verstehe sich als positive Nebenwirkung. Die Rechtsprechung präzisierte in der Folge weiter, dass die im Unionsrecht gründende Haftung nicht der Abschreckung oder als Sanktion diene, sondern der Wiedergutmachung des entstandenen Schadens.³⁰⁹

Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob sich der in *Courage/Crehan* bekundete zweigliedrige Zweck³¹⁰ im Rahmen der Rechtsprechung parallel zur Staatshaftung entwickelt hat und ob der europäische Kartellschadenersatz demzufolge primär dem wirksamen Rechtsschutz und somit dem Ausgleich dient. Dies käme einem Abschied von der in *Van Gend en Loos* begründeten Figur des Funktionärs der Rechtsordnung gleich.

3. Entwicklungslinien post *Courage/Crehan*

Die legislatorischen Entwicklungen nach dem wegweisenden Urteil in der Rechtssache *Courage/Crehan* zeichnen sich ebenso wie die EuGH-Rechtsprechung durch ein wechselhaftes Zweckverständnis aus. Beide Entwicklungsstränge werden im Folgenden dargestellt.

308 EuGH 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Factortame*, EU:C:1996:79, N 22; vgl. auch EuGH 26.02.1986, Rs. C-152/84, *Marshall/Southampton*, EU:C:1986:84, N 31; für einen ähnlichen Befund siehe auch WILMAN, *Enforcement*, N 11.04; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.25; eine derartige Gewichtung nicht vornehmend NAZZINI, *Potency*, S. 415 ff.

309 EuGH 17.04.2007, Rs. C-470/03, *A. G. M.-COS. MET/Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2007:213, N 88; für eine prägnantere Formulierung in derselben Rechtssache, Schlussanträge GA Kokott 17.11.2005, C-470/03, *A. G. M.-COS. MET/Suomen valtio und Tarmo Lehtinen*, EU:C:2005:693, N 142: Die Staatshaftung dient nicht den Zwecken Abschreckung und Sanktion, sondern dem Ersatz der Schäden, die Einzelne durch Verstöße der Mitgliedstaaten gegen Gemeinschaftsrecht erleiden; siehe in diesem Zusammenhang auch NEBBIA, *Damages claims*, S. 139.

310 Siehe hierzu *oben* § 7. 1.

I. Legislatorische Entwicklungen post *Courage/Crehan*

Die Kommission wies dem europäischen Kartellschadenersatz in ihrem Grünbuch einen zweigliedrigen Zweck zu und erwog die Einführung von Mehrfachsadenersatz sowie von investigativen Instrumenten für Private.³¹¹ Das Grünbuch hält mit Verweis auf *Courage/Crehan* fest, dass das Kartellverwaltungsrecht und das Kartellzivilrecht

«are [both] part of a common enforcement system and serve the same aims: to deter anti-competitive practices forbidden by antitrust law and to protect firms and consumers from these practices and any damages caused by them.»³¹²

Dass die Stärkung des «*private enforcement*» die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zu schwächen vermag, wurde von der Kommission erst zu einem späteren Zeitpunkt ernsthaft thematisiert. Sodann zeugt die Rhetorik im Weißbuch von einer Akzentverschiebung.³¹³ Auch wenn der Unterschied zu dem im Grünbuch geäußerten Zweckverständnis nicht prononciert ausfällt, ist eine Abkehr der Kommission vom zweigliedrigen Zweckverständnis festzustellen.³¹⁴ Die Akzentverschiebung zeigt sich etwa darin, dass sie von der Idee des Mehrfachsadenersatzes Abstand genommen und «ausgewogene Massnahmen vorgeschlagen [hat], die sich auf die europäische Rechtskultur und -tradition stützen.»³¹⁵ Sie geht nicht mehr von einem dualen Zweck des Kartellschadenersatzes aus, sondern betont den Ausgleich des entstandenen Schadens als Hauptziel. Dieses Verständnis zeigt sich dann auch in der E-KSRL ebenso wie in der KSRL: Die vollständige Kompensation wird zur alleinigen Maxime erklärt. Die Kommission sieht somit Ausgleich und Abschreckung nicht mehr als Teil desselben Diskurses an.³¹⁶ Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die

311 Vgl. Kommission, Grünbuch/Arbeitspapier, S. 6; S. 15 N 34 f., S. 16 N 41; siehe in diesem Zusammenhang ZIRLICK, Freizeichnung, S. 67; HURNI, L'action civile, S. 114; STOCK, Schadensnachweis, S. 47.

312 Kommission, Grünbuch/Schadenersatzklagen, S. 3; siehe hierzu auch MACKENRODT, Interaction, S. 176 ff.; vgl. CRANE/KLOVER/SPEEGLE, Private antitrust, S. 400.

313 Vgl. WIEGANDT, Verzahnung, S. 39 Fn. 166 m. w. N.

314 Mit einer ähnlichen Feststellung auch Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48 Fn. 25; weniger prononciert, wenn auch im Ergebnis gleich MACKENRODT, Interaction, S. 177.

315 Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen, S. 3.

316 JONES A., Private enforcement, S. 34.

Kartellopfer sind zu verbessern. Hingegen haben die privatrechtliche und die verwaltungsrechtliche Durchsetzung reibungslos miteinander zu harmonisieren,³¹⁷ weshalb die Stärkung des «*private enforcement*» nicht zu einer Beeinträchtigung des verwaltungsrechtlichen Pendant führen sollte.³¹⁸ Dementsprechend sieht die KSRL vor, dass insbesondere Kronzeugenerklärungen durch ein nationales Gericht nicht offengelegt werden dürfen.³¹⁹ Eine Offenlegung würde die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen und damit auch die wirksame öffentliche Durchsetzung hemmen.³²⁰ Die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche in *Follow-on*-Verfahren sei somit nur in dem Masse zu fördern, wie die verwaltungsrechtliche Durchsetzung und insbesondere die Kronzeugenprogramme nicht beeinträchtigt würden. Dabei kann sich des Eindrucks nicht erwehrt werden, dass die Kommission versucht, den Geist, den sie mit dem Grünbuch gerufen hat, mit dem Weißbuch bzw. der KSRL wieder loszuwerden, indem das Zusammenspiel von privatrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Durchsetzung zugunsten Letzterer geregelt wird. Dieses Bestreben konfligiert allerdings – mal deutlicher, mal weniger deutlich – mit der EuGH-Rechtsprechung.

II. Rechtsprechungsentwicklung post *Courage/Crehan*

Der EuGH wies dem europäischen Kartellschadenersatz in *Courage/Crehan* einen zweigliedrigen Zweck zu. Allerdings wandelte sich die Rechtsprechung von *Courage/Crehan* über *Manfredi* zu *City Motors Groep* dahin gehend, dass nicht mehr die Wirksamkeit der Durchsetzung betont wurde, sondern der wirksame Rechtsschutz.³²¹ So verwies der EuGH in beiden

317 LUCEY, Competition, S. 401 f.; LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims, N 2.50.

318 Als Beispiel für dieses auf den Ausgleich ausgerichtete Verständnis siehe Pressemitteilung der Kommission vom 17.04.2014 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm), vgl. auch LUCEY, Competition, S. 393.

319 Art. 6 Abs. 6 KSRL.

320 An der Primärrechtskonformität zweifelnd: DREXL, Interaction, S. 143; KERSTING, Removing the tension, S. 2 ff.; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 30; PEYER, Access, S. 82; LUNDQVIST/ANDERSSON, Access, S. 178; CLASSEN/SEEGERS, State of Enforcement, S. 28 f.; die Primärrechtskonformität bejahend: IOANNIDOU, Involvement, S. 90 ff.; DUNNE, Role, S. 163; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 156; GEY/SCHWEDLER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 10 N 157; Fuchs/Weitbrecht/MALLMANN/LÜBBIG, Private Kartelldurchsetzung, § 13 N 48 und Diskussion dort in Fn. 137.

321 Gleich HEINZE, Schadensersatz, S. 163 f.

Urteilen an den entscheidungsrelevanten Stellen³²² lediglich auf die Randnr. 26 – und nicht auf die Randnr. 27 – des *Courage/Crehan*-Entscheidungs.³²³ Wie gesehen, qualifizierte er den Kartellschadenersatz in Randnr. 26 als ein dem Ausgleich dienendes Instrument.³²⁴ Bis zu diesem Zeitpunkt schien es also, dass sich der europäische Kartellschadenersatz zumindest dogmatisch an das Verständnis der Staatshaftung anpasste, was dann auch dem Zweckverständnis der Kommission entsprochen hätte, die den Ausgleich in den Vordergrund stellt.³²⁵

Von der in den Rechtssachen *Manfredi* und *City Motors Groep* festgestellten Zurückhaltung in Bezug auf den zweigliedrigen Zweck ist der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Pfleiderer* abgerückt – die Zweckdualität des Kartellschadenersatzes stand hier erneut im Vordergrund. Unter Rückgriff auf das zweigliedrige Verständnis wurde der kategorische Ausschluss des Zugangs zu Kronzeugendokumenten einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde als primärrechtswidrig qualifiziert. In Ermangelung einer unionsrechtlichen Regelung sei im Einzelfall zu entscheiden,

322 Siehe aber auch EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 83, 91: Das Urteil erwähnt im Hinblick auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten wegen des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots verpflichtet seien, Strafschadenersatz zu gewähren, das Abschreckungspotenzial des Kartellschadenersatzes und verweist auf die Randnr. 27 des Urteils in der Rechtssache *Courage/Crehan*. Dieser Verweis ist allerdings nicht als explizites Bekenntnis zur Zweckdualität des europäischen Kartellschadenersatzes zu werten: Der EuGH setzte sich hier mit etwas Hypothetischem auseinander und nicht mit etwas Tatsächlichem, weshalb dieser Aussage für die Konturierung des Zwecks des europäischen Kartellschadenersatzes weniger Gewicht zuzusprechen ist; siehe hierzu auch LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.30.

323 EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 60; EuGH 18.01.2007, Rs. C-421/05, *City Motors Groep/Citroën Belux*, EU:C:2007:38, N 33.

324 EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 26; siehe oben § 7. 1.

325 Dieses Verständnis wird dem Kartellschadenersatz dann auch zugewiesen von: LIANOS/DAVIS/NEBBIA, *Damages Claims*, N 2.27; NEBBIA, *Damages actions*, S. 36; MEEßEN, *Schadenersatz*, S. 63 f.; vgl. zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 28.06.2011, KZR 75/10, «ORWI», N 29 und N 38 (juris); a. A. HEINZE, *Schadenersatz*, S. 164; SCHWIETERT, *Effet utile*, S. 111 ff. Bei den letztgenannten Autoren fällt allerdings auf, dass beide Autoren zu Beginn ihrer Ausführungen von einer Ausgleichs- wie von einer Präventionsfunktion des Kartellschadenersatzes ausgehen. Zum Schluss der jeweiligen Ausführungen verwenden beide Autoren weiterhin den Begriff «Ausgleichsfunktion», jedoch wird nicht mehr von der Abschreckungsfunktion, sondern von einer Abschreckungswirkung ausgegangen; siehe dann auch KOCH, *Public vs. private*, S. 397.

ob potenziell Geschädigten der Zugang zu Kronzeugenerklärungen und den hiermit zusammenhängenden Dokumenten gewährt wird.³²⁶ Nur so sei sichergestellt, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes seine Wirkung entfalten könne. Der zweigliedrige Zweck wurde also als Massstab herangezogen, um die Handhabe einer Verfahrensmodalität bzw. Zugangsvorschrift durch eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde auf ihre Primärrechtskonformität zu überprüfen, und zwar mit dem Ergebnis, dass sich die von dem Zweck verlangte Wirkung, zu der insbesondere die Abschreckung anderer Unternehmen vor Wettbewerbsverstößen zählt, nicht einstellt, wenn der Zugang zu Verfahrensdokumenten zu restriktiv gewährt wird. Über den Zugang zu Kronzeugenerklärungen und den hiermit zusammenhängenden Dokumenten durch potenziell Geschädigte sei im Einzelfall zu entscheiden.³²⁷ Der EuGH unterstrich in *Pfleiderer* somit den Stellenwert des überindividuellen Beitrags der erfolgreichen Durchsetzung des Kartellschadenersatzes. Der EuGH berücksichtigte bei der Auslegung der Verfahrensmodalitäten die vom Zweck des Kartellschadenersatzes verlangte Wirkung als wesentliches Auslegungselement.³²⁸ Dies bedeutet: Wird Kartellopfern der Zugang zu Kronzeugeninformationen pauschal verweigert, verkennt dies den zweigliedrigen Zweck des Kartellschadenersatzes.

Das Urteil in der Rechtssache *Otis I* bestätigte ebenfalls die Zweigliedrigkeit. Die Wirksamkeit der Durchsetzung werde über Gebühr eingeschränkt, wenn staatliche Stellen, die zugleich auch für die öffentliche Durchsetzung zuständig seien, von der Geltendmachung von Kartellschadenersatz ausgeschlossen würden.³²⁹

Die Rechtssache *Donau Chemie* weist unverkennbare Parallelen zur Rechtssache *Pfleiderer* auf. Der EuGH erwog, dass die bloße Berufung auf die Gefahr, dass der Zugang zu den Kronzeugeninformationen durch Kartellopfer die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme beeinträchtigen

326 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31.

327 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31; für die Kommission muss es alarmierend gewesen sein, dass der EuGH den Schlussanträgen des GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 44 ff., und da besonders N 46, nicht gefolgt ist. Dennoch fand der Vorschlag des Generalanwalts, zwar in abgeänderter Form, unverkennbar Eingang in die KSRL; vgl. Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 26 ff.; vgl. E-KSRL, S. 3.

328 Siehe hierzu *oben* § 2. 2.

329 EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Otis I*, EU:C:2012:684, N 42.

könnte, keinen kategorischen Ausschluss rechtfertigen.³³⁰ Eine solche Regelung verkenne die Bedeutung des europäischen Kartellschadenersatzes für die Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs. Die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz entfalte eine vergleichbare Wirkung wie die Kronzeugenprogramme, nämlich potenzielle Kartelltäter abzuschrecken und so die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stärken.³³¹ In Übereinstimmung mit der Rechtssache *Pfleiderer*³³² befand der EuGH, dass der Zugang zu Verfahrensdokumenten im Einzelfall zwar verweigert werden könne;³³³ allerdings sei ein kategorischer Ausschluss nicht gerechtfertigt.³³⁴ Bemerkenswert ist, dass der EuGH trotz des bereits veröffentlichten Entwurfs der KSRL, die den Zugang Geschädigter zu Kronzeugenerklärungen kategorisch ausschliesst, in *Donau Chemie* an der Einzelfallprüfung festhielt. Im Gegensatz zur Rechtssache *Pfleiderer*, in der er die Handhabe und somit die Auslegung einer Zugangsmöglichkeit aus Sicht des Anspruchszwecks betrachtete, stand in *Donau Chemie* die Ausgestaltung einer Zugangsmöglichkeit im Vordergrund. Somit wurde erneut eine Zugangsmöglichkeit mit Blick auf den Anspruchszweck untersucht – und zwar mit dem Befund, dass die mitgliedstaatliche Verfahrensnorm nicht ausreichend berücksichtige, dass die Geltendmachung des europäischen Kartellschadenersatzes nicht nur das private Interesse am Ausgleich fördere, sondern auch das öffentliche Interesse an einer wirksamen Durchsetzung.

Das Urteil in der Rechtssache *Kone* bestätigte, ebenso wie *Donau Chemie* ein *Follow-on*-Verfahren, dass die Geltendmachung des Kartellschadenersatzes dem wirksamen Rechtsschutz und der Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung dient. Eine mitgliedstaatliche Regelung, die durch Preisschirmeffekte Geschädigten die Aktivlegitimation abspricht, wurde unter Berufung

330 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 46.

331 Vgl. EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 23; in diesem Sinn EuG 22.05.2012, Rs. T-344/08, *EnBW/Kommission*, EU:T:2012:242, N 128; EuG 15.12.2011, Rs. T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide/Kommission*, EU:T:2011:752, N 77.

332 EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 31.

333 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 48.

334 EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 49.

auf die Zweckdualität als primärrechtswidrig qualifiziert.³³⁵ Erneut zeigte sich, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes auch in *Follow-on*-Prozessen der wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts und somit der Abschreckung vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dient. Dieses Verständnis wurde durch die Schlussanträge der GA Kokott bestätigt. Demnach besteht der Zweck des Kartellschadenersatzes darin, Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen abzuwenden. Dazu zähle folglich auch die Wiedergutmachung von durch Preisschirmeffekte verursachten Schäden.³³⁶ Eine weite Ausgestaltung der Aktivlegitimation sichere zugleich das Vertrauen in die Wettbewerbsbestimmungen.³³⁷

In der Rechtssache *Skanska* tauchte das zweigliedrige Zweckverständnis ungewöhnlich deutlich auf: Die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes diene dem Schadensausgleich und der Abschreckung.³³⁸ Der EuGH setzte sich auch in diesem Urteil über klassische Haftungsbeschränkungen hinweg und fasste die Passivlegitimation des Schädigers weit.³³⁹ Das Urteil zeigte erneut die nicht zu unterschätzende Sprengkraft des zweigliedrigen Zweckverständnisses. So vertrat die Kommission in der mündlichen Verhandlung, dass der Ersatzpflichtige nach mitgliedstaatlichem Recht zu bestimmen sei³⁴⁰ und die Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung in Übereinstimmung mit der «europäischen Rechtskultur und -tradition» zu erfolgen habe. Allerdings definierte der EuGH die Passivlegitimation in Kartellzivilverfahren nach dem unionsrechtlichen Unternehmensbegriff – eine Lösung, die im Widerspruch zur «europäischen Rechtskultur und -tradition» steht.³⁴¹

335 EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 32; siehe auch Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 60.

336 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 71.

337 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 71.

338 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 40 ff., und da besonders N 45.

339 Siehe auch zu möglichen Auswirkungen des Urteils in einem konzernrechtlichen Zusammenhang, FREUND, *Heralds of Change*, S. 246 ff.

340 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 33.

341 Siehe hierzu Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 31, der auf die Ausführungen des um Vorabentscheidung ersuchenden finnischen Gerichts verweist; siehe hierzu auch FREUND, *Reshaping*, S. 731 ff.

Das Urteil in der Rechtssache *Cogeco* ging in eine ähnliche Richtung. Ein zu strenges Verjährungsregime, das unter anderem die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Verwaltungsverfahrens nicht zulässt, beeinträchtigt die Wirksamkeit des Kartellschadenersatzanspruchs, der nicht nur dem Rechtsschutz der Geschädigten, sondern auch der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzung diene.³⁴²

Dem zweigliedrigen Zweckverständnis treu bleibend, fasste der EuGH in der Rechtssache *Otis II*, der wie *Skanska* und *Cogeco* ebenfalls ein *Follow-on*-Verfahren zugrunde lag, die Aktivlegitimation unter Rückgriff auf den dualen Zweck entsprechend weit.³⁴³ Zur Sicherung der Wirksamkeit des Unionsrechts sei es geboten, dass jedermann das Recht hat, Schadenersatz geltend zu machen.³⁴⁴ Hätten ausschliesslich die Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt die Möglichkeit, Schadenersatz zu verlangen, würde dies die praktische Wirksamkeit von Art. 101 AEUV ebenso wie den Schutz vor den nachteiligen Folgen eines Verstosses beeinträchtigen.³⁴⁵ Dies veranlasste den EuGH wiederum, eine mitgliedstaatliche Norm für primärrechtswidrig zu erklären, obwohl die Regelung der «europäischen Rechtskultur wie -tradition» entsprach.³⁴⁶

4. Bewertung und Ergebnis für die weitere Untersuchung

Die Kommission und der EuGH³⁴⁷ gehen offensichtlich von einem unterschiedlichen Zweckverständnis des europäischen Kartellschadenersatzes aus, was sich in der folgenden Aussage von GA Kokott manifestiert:

«Auch wenn die Kommission in der mündlichen Verhandlung versucht hat, die Relevanz dieses Abschreckungseffekts herunterzuspie-

342 EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, 39 ff., N 50.

343 EuGH 12.12.2010, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 26.

344 EuGH 12.12.2010, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 26; siehe dazu auch FREUND, *Damages*, S. 500 ff.

345 EuGH 12.12.2019, Rs. C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:1069, N 27.

346 Siehe für die gegenteilige Auffassung der Kommission *oben* § 7. 3. I.

347 Und wohl auch das EuG 28.01.2015, Rs. T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 84, nach dem die erfolgreiche Durchsetzung des europäischen Kartellschadenersatzes wesentlich zur Aufrechterhaltung des wirksamen Wettbewerbs bzw. zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels beiträgt.

Teil 2. Zweck des Kartellschadenersatzes (§§ 3–7) – 1. Prüfschritt

len, misst doch der Gerichtshof ihm in gefestigter Rechtsprechung erhebliche Bedeutung bei.»³⁴⁸

Das zweigliedrige Zweckverständnis birgt eine grosse Sprengkraft. Dieses Verständnis rechtfertigt es, traditionelle Regelungen des Haftpflicht- und Gesellschaftsrechts³⁴⁹ ebenso wie verwaltungsrechtliche Zugangsvorschriften als primärrechtswidrig zu qualifizieren.

Die aufgezeigten legislativen und judikativen «Verständnisrochaden» lassen sich tabellarisch wie folgt darstellen:

Zweck/ Zeitraum	2000–2005	2005–2010	2010–2015	2015–2019
Ausgleich und Prävention	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Courage/ Crehan</i> (09.2001) 	<ul style="list-style-type: none"> □ Grünbuch (12.2005) 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Pfleiderer</i> (06.2006) • <i>Donau Chemie</i> (06.2006) • <i>Otis I</i> (11.2013) • <i>Kone</i> (11.2014) 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Skanska</i> (03.2019) • <i>Cogeco</i> (03.2019) • <i>Otis II</i> (12.2019)
Ausgleich		<ul style="list-style-type: none"> • <i>Manfredi</i> (06.2006) • <i>City Motors Groep</i> (01.2007) □ Weißbuch (05.2008) 	<ul style="list-style-type: none"> □ E-KS-RL (06.2013) □ KS-RL (11.2014) 	
Abb. 3: Zweckverständnis des Kartellschadenersatzes; legislative (jeweils durch □ gekennzeichnet) und judikative (jeweils durch • gekennzeichnet) Entwicklung in der EU				

Wenn der europäische Kartellschadenersatz neben dem Ausgleich auch der Abschreckung dient, stellt sich die Frage, was schlussendlich unter Abschreckung zu verstehen ist. Wird der Abschreckungszweck des Kartellschadenersatzes als Erhöhung der durch einen Verstoß verursachten Kosten über die Nutzen dieses Verhaltens hinaus verstanden, müssen dem Kartellopfer korrespondierende materiell-rechtliche Ansprüche und prozessuale Instrumente zur Verfügung stehen, die zumindest dem Ansatz

348 Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 65 Fn. 38; weniger prononciert Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48 Fn. 25; ähnlicher Befund des EFTA-Gerichtshofs in EFTA, E-14/11, DB Schenker/EFTA Surveillance Authority, vom 21.12.2012, N 132.

349 Siehe hierzu auch ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 155; MÖLLER, *Präventionsprinzip*, S. 74; vgl. auch MÜLLER, *Punitive Damages*, S. 41.

nach dem Kartelltäter entsprechend hohe Kosten verursachen und eine wirksame Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen ermöglichen.³⁵⁰ Dieses Verständnis kommt dem Kartellschadenersatzanspruch im amerikanischen Durchsetzungssystem nahe.³⁵¹ Dementsprechend kennt das amerikanische Durchsetzungssystem eine Reihe von Regelungen, die es Privaten ermöglichen – so zumindest die weitverbreitete Annahme³⁵² – ihre Rolle als «*private attorney general*» wahrzunehmen und wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufzudecken und zu sanktionieren.³⁵³

Offensichtlich fehlt es an vergleichbaren Instrumenten auf EU-Ebene ebenso wie im Grossteil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.³⁵⁴ Trotz dieses Unterschieds wird der EuGH nicht müde, den Abschreckungszweck des europäischen Kartellschadenersatzes zu betonen, und berücksichtigt das Manko, dass es an einem entsprechenden Mehrfachsadenersatz und einer wirksamen «*pre-trial discovery*» fehlt, auf eigene Art. Die Anspruchsvoraussetzungen wie die Verfahrensmodalitäten des europäischen Kartellschadenersatzes – und somit auch die Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden – werden zweckdienlich und somit auch im Lichte der Abschreckung ausgelegt:

- Mitgliedstaatliche Regelungen, die die Anspruchsberechtigung in Kartellschadenersatzverfahren eng fassen, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Courage/Crehan, Kone, Otis II*, beschränkt auch *Otis I*).
- Mitgliedstaatliche Regelungen, die die Passivlegitimation im Kartellzivilprozess, im traditionellen Sinne, beschränken, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Skanska*).
- Mitgliedstaatliche Verjährungsregelungen, die die Komplexität des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems nicht genügend beachten, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Cogeco*).
- Mitgliedstaatliche Verwaltungsvorschriften, die den Zugang Geschädigter zu Dokumenten aus Kronzeugenverfahren restriktiv gewähren bzw. ausschliessen, werden als primärrechtswidrig eingestuft (*Pfleiderer, Donau Chemie*).

350 Ähnlich ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, *Interface*, S. 180; vgl. MÖLLER, Präventionsprinzip, S. 74.

351 GAVIL, *Designing*, S. 6; siehe *oben* § 5. 2.

352 HOVENKAMP, *Federal Antitrust*, S. 652 m. w. N.; relativierend jedoch BAKER, *Revisiting*, S. 382.

353 Vgl. SEMERARO, *Antitrust*, S. 504 ff.; HEINEMANN, *Privatrechtliche Durchsetzung*, S. 9 ff., S. 13 ff.

354 Vgl. anstelle vieler Schlussanträge GA Geelhoed 26.01.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 67.

Die Betonung der Abschreckung erklärt, weshalb mitgliedstaatliche Haftpflichtregelungen unter Berufung auf den Abschreckungszweck für primärrechtswidrig erklärt werden. Dasselbe gilt für die Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden: Verfahrensvorschriften, die den Zugang zu Dokumenten der Kommission ebenso wie der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden ausschliessen oder zu restriktiv gewähren, werden dem Zweck des Kartellschadenersatzes nicht gerecht.³⁵⁵

Die EuGH-Rechtsprechung verdeutlicht jedoch auch, dass durch den europäischen Kartellschadenersatz keine Abschreckung verfolgt wird, die im Einzelfall spezialpräventiv wirkt.³⁵⁶ Im Gegenteil: Die abschreckende Wirkung einzelner Schadenersatzklagen ist grundsätzlich zu vernachlässigen – verfolgt also keinen spezialpräventiven Zweck. Vielmehr soll die möglichst umfangreiche Durchsetzung sämtlicher Schadenersatzforderungen eine weitreichende generalpräventive Wirkung erzielen, indem sie die Kosten eines Verstosses und das Risiko, dass ein Verstoss aufgedeckt wird, erhöhen. Die entscheidende Wirkung wird dadurch erzielt, dass es zu einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch eine, je nach Art des Wettbewerbsverstosses, grosse oder sogar kaum abschätzbare Menge Geschädigter kommt. Eine Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung ist dann ein wirksames Mittel, um die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten.

Die Feststellung des zweigliedrigen Zwecks des europäischen ebenso wie des schweizerischen Kartellschadenersatzes bildet den Abschluss des 1. Prüfschritts. Bevor im 3. Prüfschritt festgestellt werden kann, inwiefern die Möglichkeiten des Zugangs zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden diesem Zweckverständnis gerecht werden, sind im 2. Prüfschritt die einzelnen Zugangsrouten darzustellen.

355 So auch die EFTA-Rechtsprechung EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134 m. w. N.

356 Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 48.

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 vorauszuschicken, 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 Kartellverwaltungsverfahren 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/NIEJAHR/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/NIEJAHR/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, MasterCard 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 konfligiert 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/SEEGER, *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:2013:119, 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/NIEJAHN/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 gesonderte 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 schutzwürdig 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 Erwiderungen 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 und 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 auseinandergelassen.

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, *EAEPK/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; Immenga/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/NIEJAHR/KÜBLER/WIEDENBACH, 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/NIEJAHR/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 gewonnenen 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 Verordnungstext 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/Ohloff/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. 1. 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, *EAEPC/Kommission*, EU:T:2018:605, N 93.

497 EuG 26.09.2018, Rs. T-574/14, *EAEPC/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_curibor1.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 Kartellschadenersatzes 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 WÄSER/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, *Lantmännern und Lantmännern Agroetanoll/Kommission*, EU:T:2019:212, N 54; bestätigt durch EuGH 10.09.2019, Rs. C-318/19 P(R), *Lantmännern und Lantmännern Agroetanoll/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: Grabitz/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 aushöhlen.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 Kartellpuffer 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 Kartellpuffern – eine ausführlichere und detailliertere Fassung eines bereits veröffentlichten Beschlusses veröffentlicht.⁵³⁰ Kartellpuffer gelangen so an relevante Informationen, um die Tatbestandsmerkmale des Kartellschadenersatzes nachzuweisen oder um allfällige Zugangsansprüche 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 Detaillierungsgrad 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 Handhabung 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 Kartellopfern 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 Kartellopfer 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 Dokumenten.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 Kartellopfer zwingt, alternative Möglichkeiten der Informationsgewinnung zu finden; in diese Richtung auch VAN BAELE, 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 verwenden.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 Española/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, Transparenz, 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: Verfahrensdokumente 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, Informationsherrschaft, 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 Kartellopfern 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, *Dokumentenzugangsrecht*, 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 genüge 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 rechters 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 «Kehrtwende» 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 beeinträchtigt 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 Ilnenau*, 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*,

Zuganganträge 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 Verfahrensdokumenten 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 *EnBW*

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 vermungsweise 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 Verwaltungsverfahrens 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 Beihilfverfahren 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 Kartellverfahren 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, *Kartellverfahrensakte*, 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 124f.

- 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 Kartellopfer ein 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 Zugangsanträgen 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 *VKII/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. Kartell-opfer 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 Prozess-chancen 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 10f.; Kommission, Bekanntmachung/Zusammenarbeit, N 21 f.; LUNDQUIST/ANDERSSON, 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 konfligiert 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 Rechtsache *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 BAEL/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 Kartellopfern.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 HORNKOHL, Mitteilung, S. 959 ff.

728 HORNKOHL, 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 HORNKOHL, 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 prozesualen 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» HORNKOHL, Mitteilung, S. 962.

743 Nach WEITBRECHT, Kartellschadensersatz 2017, S. 110, nehmen die Parteien ihren Anspruch auf rechtliches Gehör über ihren Rechtsbestand 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 Handhabe der deutschen Gerichte betreffend die neuen Offenlegungsregelungen.

746 HORNKOHL/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 immaterialgüterrechtli-

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 Kartellopfen 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 Einschrän-

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 Verfahrenschlusses 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 Kartellopfern 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 Kartellopfers 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 Kartellopfen 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. Kartellopfen 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 zweigliedrigen 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 übermittelt 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.

Teil 4. Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Weko (§§ 13–20)

§ 13. *Verfahrensbeteiligte im Kartellverwaltungsverfahren*

Dieses Kapitel setzt den 2. Prüfschritt hinsichtlich der schweizerischen Ausgangslage fort – begonnen wird mit der Verfahrensbeteiligung am Kartellverwaltungsverfahren der Weko. Bevor die Akteneinsicht der Verfahrensbeteiligten⁷⁷³ und die Verwertung der dadurch gewonnenen Informationen untersucht wird⁷⁷⁴, zeigt dieses Kapitel den Kreis der möglichen Verfahrensbeteiligten auf. Hierbei gilt zu berücksichtigen: Das Kartellverwaltungsverfahren ist im KG nur punktuell geregelt, wobei kartellrechtliche Verfahrensbestimmungen eher die Ausnahme als die Regel sind.⁷⁷⁵ Die parallele Anwendung von KG und VwVG führt zu einem verfahrensrechtlichen Dualismus, der zu Abgrenzungs- und Kollisionsfragen und somit zu einem komplexen Verfahrensrecht führt.⁷⁷⁶ Dies lässt sich anhand der Kategorien von Verfahrensbeteiligten nach KG und VwVG verdeutlichen. Das KG enthält keine eigene Parteidefinition, weshalb auf die dem VwVG inhärente Parteidefinition zurückzugreifen ist.⁷⁷⁷ Die übrigen Verfahrensbeteiligten bestimmen sich hingegen nicht nach dem VwVG, sondern nach dem KG, das mehrere Kategorien von Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung kennt.⁷⁷⁸

773 Siehe *unten* § 14.

774 Siehe *unten* § 15.

775 RENFER, Fragestellungen, S. 691.

776 BSK KG-BILGER, Vor. Art. 39 N 15; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 205 f.; GIRARD, Enquête, S. 350; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR I/2, S. 459.

777 BGE 139 II 328, E. 3.1; BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.1; BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5.

778 Das Kartellgesetz kennt «Adressaten der Untersuchung» (Art. 28 Abs. 2 KG), «Beteiligte» (Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 29 Abs. 1 KG, Art. 31 Abs. 1 KG, Art. 40 KG), «am Verfahren Beteiligte» (Art. 30 Abs. 2 KG, Art. 43 Abs. 2 KG), «beteiligte Unternehmen» (Art. 9 Abs. 1 KG, Art. 32 Abs. 2 KG, Art. 33 Abs. 3 KG), «Betroffene» (Art. 30 Abs. 3 KG, Art. 42 KG) sowie «Dritte» bzw. «betroffene Dritte» (Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 28 Abs. 2 KG, Art. 33 Abs. 1 KG, Art. 40 KG, Art. 42 KG), die Aufzählung findet sich bei BSK KG-BILGER, Art. 39 N 2; vgl. für eine ähnliche Übersicht, GIRARD, Enquête, S. 349 f.

Die am Kartellverwaltungsverfahren Beteiligten werden in der vorliegenden Untersuchung in zwei Gruppen aufgeteilt. Die erste Gruppe bilden die Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung. Nur Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung verfügen über entsprechende Parteirechte.⁷⁷⁹ Diese Gruppe ist wiederum aufzuteilen in die Hauptbeteiligten nach Art. 6 VwVG, die mutmasslichen Verursacher des Wettbewerbsverstosses und die beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG. Die zweite Gruppe bilden die Verfahrensbeteiligten ohne Parteistellung. Hierzu zählen die beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 KG und die übrigen verfahrensbeteiligten Dritten.⁷⁸⁰ Hiervon zu unterscheiden sind weiter die «Nichtverfahrensbeteiligten» – Dritte, die in keiner Form mit dem Verfahren in einem Zusammenhang stehen.

Der folgenden Darstellung ist vorauszuschicken, dass die Parteistellung der Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsrechtspflege, also vor dem Bundesverwaltungsgericht und vor dem Bundesgericht, jeweils einzeln zu prüfen ist. Bei den Hauptparteien des erstinstanzlichen Verfahrens steht die Parteistellung ausser Frage. Dies ändert sich jedoch in Bezug auf Dritte mit Parteistellung, weshalb deren Parteistellung in der jeweiligen Verfahrensequenz (erneut) zu prüfen ist.⁷⁸¹ Demzufolge kann nicht zwingend von einer Parteistellung im erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahren auf eine Parteistellung im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren geschlossen werden.⁷⁸² Die folgenden Ausführungen beziehen sich primär auf die Frage, wem im erstinstanzlichen Verfahren – also vor der Weko – Parteistellung zukommt.

779 MARTENET, *Droit d'être entendu*, S. 554; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 5; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 48.

780 In der Rechtsprechung wie in der Literatur hat sich die Bezeichnung von beteiligungsberechtigten Dritten mit und ohne Parteistellung durchgesetzt, vgl. BGE 139 II 328, E. 4.2; BVGer 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.3; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 21 ff.; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 5; BORENS, *Rechtsstellung*, S. 109; JOST S., *Parteien*, S. 316.

781 Auf Bundesebene richten sich die allgemeinen Voraussetzungen über die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 89 Abs. 1 BGG; vgl. BGER 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

782 Siehe dazu exemplarisch BVGer 19.09.2012, B-446/2012, E. 3.9.

1. Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren

I. Hauptbeteiligte nach Art. 6 VwVG

Die Verfügungsadressaten sind nach Art. 6 VwVG die Parteien des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. Sie sind die (materiellen) Verfügungsadressaten⁷⁸³ und werden durch das Verfügungsdispositiv zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet.⁷⁸⁴ Konsequenterweise verfügen sie über Parteistellung und somit über die vollen Parteirechte und Parteipflichten. Allerdings wird der Kreis der Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung durch Art. 6 VwVG nicht abschliessend umschrieben.⁷⁸⁵

II. Beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung

Neben den materiellen Verfügungsadressaten können auch Dritte als Partei am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen, wenn sie nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Entscheid legitimiert sind. Ist dies der Fall, können sie als verfahrensbeteiligte bzw. beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung («Dritte mit Parteistellung») am erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen und verfügen grundsätzlich über die vollen Parteirechte und Parteipflichten.⁷⁸⁶ Im Gegensatz zu den materiellen Adressaten sind sie zur Teilnahme berechtigt, aber nicht verpflichtet.⁷⁸⁷ Somit liegt es in ihrem Ermessen, ob sie am Kartellverwaltungsverfahren teilnehmen. Werden sie als Partei zugelassen, sind sie formelle

783 BVerfG 27.04.2010, B-2977/2007, E. 4.5; Weko, RPW 2016/1, Online-Buchungsplattformen für Hotels, S. 67 ff., N 107; siehe zur Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Adressaten HEINEMANN, Konzerne als Adressaten, S. 61 ff., der diese Unterscheidung in Bezug auf abhängige Konzerngesellschaften als unzweckmässig bezeichnet; vgl. auch BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 353 f.; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR I/2, S. 459.

784 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 113.

785 BGE 139 II 328, E. 4.1; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 16.

786 Vgl. Botschaft KG 1994, S. 616; BGE 139 II 328, E. 4.3; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 16.

787 MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 48 N 22.

Verfügungsadressaten⁷⁸⁸ und erhalten eine Verfügung, ohne jedoch durch die Verfügung im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens unmittelbar betroffen zu sein.⁷⁸⁹

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist derjenige zur Beschwerde legitimiert – und somit nach Art. 6 VwVG als Verfahrenspartei qualifiziert –, der kumulativ

- am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG),
- durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und
- ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).⁷⁹⁰

a. Verfahrensteilnahme

Nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG verfügt derjenige über ein Rechtsmittel, der am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder trotz Berechtigung keine Teilnahmemöglichkeit erhalten hat. Trifft dies zu, gilt er als formell beschwert. Da während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens noch keine Verfügung ergangen ist, kann das Kriterium der formellen Beschwerde keine Anwendung finden.⁷⁹¹ Daher kann einzig auf die Kriterien des besonderen Berührtseins und des schutzwürdigen Interesses abgestellt werden.

Bevor diese Kriterien näher beleuchtet werden, ist Folgendes anzufügen: Die Behörde muss bereits während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens festlegen, wer zur Beschwerde legitimiert sein könnte. Die Beschwerdelegitimation Dritter, die deren Parteieigenschaft begründet, hängt von der verfahrensgegenständlichen Verhaltensweise ab, über die allerdings noch nicht abschliessend verfügt wurde. Erschwerend kommt hinzu, dass die Einzelheiten und die möglichen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung häufig erst während eines Kartellverwaltungsverfahrens

788 BVerG 27.04.2010, B-2977/2007, E. 4.5; Weko, RPW 2016/1, Online-Buchungsplattformen für Hotels, S. 67 ff., N 107; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 113.

789 MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 48 N 7 Fn. 14.

790 Vgl. BSK KG-HÄNNI, Nach Art. 43 N 19.

791 DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 52.

rens ersichtlich werden.⁷⁹² Die Behörde muss daher bereits während des Untersuchungsverfahrens eruieren, wer durch die verfahrensabschliessende Verfügung besonders berührt sein und ein schutzwürdiges Interesse besitzen könnte.⁷⁹³

Die Behörde hat die entsprechenden Personen rechtzeitig ausfindig zu machen und deren Interesse an einer Verfahrensteilnahme abzuklären.⁷⁹⁴ Die Parteistellung ist einzuräumen, sobald sich abzeichnet, dass die Verfügung für einen Betroffenen nachteilig ausfällt und dieser in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen berührt sein könnte.⁷⁹⁵ Bis zum Erlass der Verfügung handelt es sich um ein «potenzielles Interesse», das sich erst mit dem Erlass der Verfügung realisiert.⁷⁹⁶ Der Kreis der Parteien kann somit im erstinstanzlichen Verfahren grösser ausfallen als der Kreis derjenigen, die schliesslich beschwerdelegitimiert sind.⁷⁹⁷ Zudem kann eine einmal eingeräumte Parteistellung in demselben Verfahren auch wieder entzogen werden.⁷⁹⁸

b. Besonderes Berührtsein und schutzwürdiges Interesse

Das Kriterium des besonderen Berührtseins und das des schutzwürdigen Interesses lassen sich nur schwer voneinander unterscheiden und werden regelmässig gemeinsam geprüft.⁷⁹⁹ Nach Art. 48 VwVG muss die angefochtene Verfügung den Beschwerdeführer stärker in seinen Interessen berühren als einen beliebigen Dritten. Ferner hat er in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache zu stehen. Darüber hinaus muss eine allfällige Änderung oder Aufhebung der Verfügung dem Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen bringen. Seine persönliche oder wirtschaftliche Stellung müssen somit durch den Ausgang des Verfahrens

792 Vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 17.

793 BGE 139 II 279, E. 2.2; DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 52.

794 BGE 129 II 286, E. 4.3.3; BGER 17.02.2006, 1A.253/2005, E. 2.1.1.

795 HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

796 HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

797 Vgl. BVGer 19.09.2012, B-446/2012, E. 3.9; GIRARD, Enquête, S. 349 f.; HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 6 N 6.

798 DIKE KG-HÄNER Art. 39 N 54; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 6 N 17.

799 Exemplarisch BGER 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.

in relevanter Weise beeinflusst werden.⁸⁰⁰ Das schutzwürdige Element, der Grund also, weshalb einem Dritten Parteistellung eingeräumt wird, besteht darin, ihn vor materiellen oder ideellen Nachteilen zu schützen, die durch die angefochtene Verfügung drohen. Konsequenterweise entfällt die Schutzwürdigkeit, wenn das Interesse nur mittelbar ist oder ausschliesslich in der Geltendmachung allgemeiner öffentlicher Interessen besteht – dieses Interesse begründet keine Parteistellung.⁸⁰¹

Wo die Grenze zwischen einem schutzwürdigen und einem nicht schutzwürdigen Interesse verläuft, ist fallweise zu entscheiden – eine rechtslogisch stringente Abgrenzung fehlt.⁸⁰² Somit hängt die Abgrenzung der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG von der Popularbeschwerde oder der Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft (vgl. Art. 71 Abs. 2 VwVG), vom jeweiligen Rechtsgebiet ab. Im Einzelfall muss eine Lösung gefunden werden, die die Interessen der jeweiligen Rechtsmaterie ausreichend berücksichtigt.⁸⁰³ Dabei ist stets zu berücksichtigen, ob der angestrebte Erfolg auch auf anderen Rechtswegen – etwa in einem Zivil- oder Strafprozess – erzielt werden kann und dass die Verwaltungstätigkeit durch die Beteiligung nicht übermässig erschwert wird.⁸⁰⁴ Diese vagen Vorgaben wurden mittlerweile durch die kartellverwaltungsrechtliche Praxis für gewisse Gruppen von Dritten konkretisiert.

(1) Beschwerdelegitimation von Konkurrenten im Kartellverwaltungsverfahren

Konkurrenten können sich mittels Beschwerde gegen Einstellungsverfügungen der Weko zur Wehr setzen.⁸⁰⁵ Allerdings begründet die Befürchtung, verstärkter Konkurrenz ausgesetzt zu sein, keine Beschwerdebefugnis, da wirtschaftliche Konkurrenz ein Charakteristikum der freien Marktwirtschaft ist.⁸⁰⁶ Es bedarf einer schutzwürdigen, besonderen Beziehungs-

800 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

801 Siehe anstelle vieler zur Beteiligung Dritter als Partei im Verwaltungsverfahren BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3 m. w. N.

802 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

803 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3.

804 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.3 m. w. N.

805 Siehe hierzu BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5; BALDI, GABA-Urteil, S. 615; auch bei KNEUBÜHLER, Beschwerdebefugnis, S. 30 Fn. 28.

806 BGE 139 II 328, E. 3.3; siehe zum Grundentscheid für eine freie Marktwirtschaft *oben* § 4.

nähe zur verfahrensgegenständlichen Verhaltensweise. Wann es sich um eine derartige Beziehungsnähe im Kartellverwaltungsverfahren handelt, ergibt sich aus der gesetzlichen Ordnung,⁸⁰⁷ der im Einzelfall durch eine verfassungskonforme Auslegung der Kriterien des Art. 48 VwVG näherzukommen ist. Bei dieser Auslegung ist der folgende Leitgedanke zu berücksichtigen: Im Bereich des KG schützt die Konkurrentenbeschwerde die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Konkurrenten (Art. 27 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 BV) und damit den wirksamen Wettbewerb nach Art. 96 BV. Das KG schützt nicht nur den Wettbewerb als Institution, sondern auch die Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer.⁸⁰⁸ Die Konkurrenten werden somit durch das KG in eine «besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung» gebracht.⁸⁰⁹

Unter Rückgriff auf dieses Leitprinzip hat das Bundesgericht festgestellt, dass ein Wettbewerbsverstoss einen Konkurrenten direkt und unmittelbar betreffe, wenn er einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleide. Vorausgesetzt wird eine konkrete und individuelle Betroffenheit, die namentlich vorliege, wenn der Konkurrent Umsatzeinbussen erleide. Eine besondere Schwere bzw. ein besonders gravierendes Ausmass der Einbussen ist nicht erforderlich. Das Interesse, die Beeinträchtigung abzuwenden, ist schutzwürdig und begründet eine Beschwerdelegitimation. Sofern sich der Nachteil nicht aus den Akten ergibt, obliegt es dem Beschwerdeführer, den deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil zu substantizieren.⁸¹⁰ Über dieses Kriterium hinaus können die Behörde oder das Instanzgericht keine weiteren Schranken für die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 VwVG setzen.⁸¹¹ Nicht verlangt werden kann somit, dass der wirksame Wettbewerb nicht mehr funktioniert oder das wirtschaftliche Fortkommen erheblich behindert wird.⁸¹² Im gegenteiligen Fall würde die eigentliche Beurteilung der Verhaltensweise auf der Stufe der Beschwerdebefugnis vorweggenommen und der Rechtsschutz ausgeschlossen – sofern die Weko eine Einstellungsverfügung trifft.⁸¹³

807 BGE 139 II 328, E. 3.3.

808 BGE 139 II 328, E. 3.4; BGE 139 I 72, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, E. 5.2.1; BGE 129 II 497, E. 6.4.2.

809 BGE 139 II 328, E. 3.4.

810 BGE 139 II 328, E. 4.5; vgl. auch Tschudin, Strafe, S. 1026 Fn. 58; DIKE KG-Wyssling/Bickel, Art. 43 N 4.

811 BGE 139 II 328, E. 4.6.

812 Vgl. Wiederkehr/Eggenschwiler, Beschwerdebefugnis, N 141.

813 BGE 139 II 328, E. 4.6; so auch BVGer 08.10.2019, A-5315/2018, E. 6.3; wenig nachvollziehbar dann jedoch das BVGer 21.03.2017, B-4003/2016, E. 3.9.

Hervorzuheben ist, dass die Rechtsprechung nicht nach der Art des Wettbewerbsverstosses differenziert, sondern sich auf Abreden nach Art. 5 KG und auf marktmissbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG bezieht.⁸¹⁴ Führt eine dieser Zuwiderhandlungsformen bei einem Konkurrenten zu einem deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil, ist das Unternehmen – bei entsprechendem Nachweis – als Verfahrenspartei zuzulassen. Im Hinblick auf das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz ist diese Praxis zu begrüssen. Konkurrenten können den Wettbewerbsbehörden eine Verhaltensweise melden, die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens erwirken und sich als Verfahrenspartei konstituieren, was das Sammeln entsprechender Beweismittel erleichtert.⁸¹⁵

An dieser Praxis wird kritisiert, dass die Beschwerdelegitimation durch den verlangten Nachweis und die summenmässige Bezifferung des Schadens übermässig eingengt werde.⁸¹⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht ist hierin allerdings keine übermässige Einengung der Beschwerdelegitimation nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zu erblicken:⁸¹⁷ Das Bundesgericht lässt die Art des Nachweises der konkreten und individuellen Betroffenheit offen. Der ziffernmässige Nachweis der Umsatzeinbussen ist lediglich eine Möglichkeit, den deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil darzulegen. Dass der Nachweis auch auf andere Art und Weise möglich ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass das Bundesgericht von «namentlich» spricht, was auch andere Arten des Nachweises zulässt.

(2) Beschwerdelegitimation anderer Marktteilnehmer im Kartellverwaltungsverfahren

Neben den Konkurrenten zählen auch Abnehmer und Lieferanten zu den Marktteilnehmern.⁸¹⁸ Ihre wirtschaftlichen Interessen werden ebenfalls durch Wettbewerbsbeschränkungen tangiert. Auch sie sind nach Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert, wenn sie insbesondere einen spürbaren wirtschaftlichen Nachteil nachweisen können.⁸¹⁹ Ihre Beschwer-

814 Vgl. RICHLI, Ratio, S. 48, der dies bereits im Jahr 2001 forderte.

815 Vgl. BREITENMOSE/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 38.

816 SCHOTT/GRIBI, Beschwerdebefugnis, N 14; diese Ansicht unterstützend STURNY, Parteistellung, N 15; ZIMMERLI, Entwicklungen, S. 712.

817 GIRARD, Enquête, S. 381 f.

818 So BGer 08.03.2021, 2C_383/2020, E. 4.5.

819 BVGer 02.10.2014, B-1635/2014, E. 2, unter Bezug auf BORENS, Rechtsstellung, S. 207 ff.; JOST S., Parteien, S. 293; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 214 f.; beja-

delegitimation beurteilt sich somit nach dem gleichen Kriterium wie die der Konkurrenten, wonach sich die beanstandete Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auswirken muss – etwa in Form von Umsatzeinbussen. Auch hier verfolgen Abnehmer – aber ebenso Zulieferer und andere Wettbewerbsteilnehmer – vordergründig ihr Eigeninteresse. Das Eigeninteresse dient allerdings zugleich auch der nach Art. 27 i. V. m. Art. 35 Abs. 3 BV geschützten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer und gewährleistet den wirksamen Wettbewerb nach Art. 96 BV.⁸²⁰ Somit sind etwa auch Abnehmer nach Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert, denen Weiterverkaufspreise vorgeschrieben wurden oder untersagt wurde, Parallelimporte aus dem Ausland zu beziehen.⁸²¹ In einer derartigen Ausgangslage kann sich eine Nichtuntersagung der Verhaltensweisen durch die Wettbewerbsbehörden in wesentlichem Ausmass nachteilig auf die Abnehmer auswirken.

(3) Insbesondere: Beschwerdelegitimation unmittelbarer Abnehmer bei Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 3 KG

Nach der Praxis der Weko können die Abnehmer eines Kartells unter zwei Voraussetzungen Parteistellung erhalten:

- Bezieht ein Unternehmen Leistungen, die der Gegenstand eines Kartellverwaltungsverfahrens sind, und wird es diese mangels Alternativen auch künftig beziehen, ist es in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert.⁸²² In dieser Ausgangslage besteht ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdelegitimation. Denn wird das Verfahren eingestellt oder das Verhalten für kartellrechtskonform erklärt, kann dem Abnehmer ein deutlich spürbarer Nachteil entstehen,⁸²³ den er mit einer erfolgreichen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglicherweise verhindern kann. An das schutzwürdige Interesse werden allerdings hohe Anforderungen gestellt. Ist eine Abrede nicht flächendeckend oder wird dieselbe Leistung durch

hend auch für Lieferanten DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 57; vgl. auch BREITENMOSER/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 38; skeptisch gegenüber einer weiten Handhabe der Beschwerdelegitimation HUBACHER, Kartellrecht, N 31.

820 Vgl. BGE 139 II 328, E. 3.4; BGE 139 I 72, E. 10.1.2; BGE 129 II 18, E. 5.2.1; BGE 129 II 497, E. 6.4.2; so auch GIRARD, Enquête, S. 384 f.

821 GIRARD, Enquête, S. 384 f.

822 Vgl. Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 9.

823 Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 23.

nicht an der Abrede teilnehmende Konkurrenten angeboten, mangelt es regelmässig an einem schutzwürdigen Interesse. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb die kartellierten Leistungen (auch künftig) von einem der Hauptbeteiligten bezogen werden müssen. Folglich begründet der Umstand, dass in der Vergangenheit kartellierte Produkte erworben wurden, kein aktuelles und damit schutzwürdiges Interesse.⁸²⁴

- Ausserdem hat der Dritte darzulegen, dass eine Verfahrenseinstellung oder eine Feststellung der kartellrechtlichen Konformität des Verhaltens ihn «in besonders schwerwiegendem, insbesondere existenzbedrohendem, Ausmass auf seinem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» behindern könne.⁸²⁵ Das Kriterium der existenzbedrohenden Behinderung ist beispielhaft zu verstehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Abnehmer kartellierter Produkte auch in anderen Konstellationen Parteistellung erhalten.

Die beiden dargestellten Kriterien schränken die in den vorangegangenen Abschnitten dargestellte Praxis ein und erschweren die Beteiligung von Kartellopfern an Kartellverwaltungsverfahren, denen etwa eine Preisabsprache oder eine Gebietsaufteilung nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt. In der Konsequenz erschwert dies mittelbar die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren. Die restriktive Handhabe der Weko ist allerdings auch gerechtfertigt: *Hardcore*-Kartelle führen häufig zu einer grossen, fast unüberschaubaren Zahl von Geschädigten und zeichnen sich durch Informationsasymmetrien aus.⁸²⁶ Letztere führen dazu, dass Kartellopfer regelmässig kaum über Informationen verfügen, die sie in ein Verwaltungsverfahren einbringen können. Aus verfahrensökonomischer Sicht trägt die Einräumung der Parteistellung somit nicht wesentlich zur Wirksamkeit des Verfahrens bei. Würde Kartellopfern grosszügig Parteistellung eingeräumt, könnte die Verwaltungstätigkeit übermässig erschwert werden, ohne dass dies dem Untersuchungsablauf zugutekäme.⁸²⁷ Dieses Verständnis ist hingegen nur insofern vertretbar, als die Kartellopfer im Anschluss an das Kartellverwaltungsverfahren auf die entsprechenden Verfahrensinformationen zugreifen können.

824 Vgl. Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 23.

825 Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., N 24.

826 Siehe *oben* § 1.

827 So auch BGE 142 II 451, E. 3.4.1.

2. Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren

I. Beteiligungsberechtigte Dritte nach Art. 43 Abs. 1 KG

Eine weitere Kategorie von Verfahrensbeteiligten bilden die beteiligungsberechtigten Dritten nach Art. 43 Abs. 1 KG («Dritte ohne Parteistellung»). In dieser Bestimmung ist ein Ausgleich zwischen dem Bedürfnis Dritter, am Kartellverwaltungsverfahren teilzunehmen, und dem Bedürfnis nach einem raschen und korrekten Untersuchungsverfahren zu erblicken.⁸²⁸ Zu den beteiligungsberechtigten Dritten zählen drei Kategorien von Personen:

- Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG kann sich am Verfahren beteiligen, wer aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder der Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Das Kriterium der Behinderung ist weit auszulegen und i. d. R. erfüllt, wenn ein Unternehmen auf einem Markt tätig ist, der von einem Wettbewerbsverstoss betroffen ist.⁸²⁹ Hiervon erfasst sind jedoch ausschliesslich Personen, die darin beeinträchtigt sind, sich am Wettbewerb zu beteiligen oder ihre Tätigkeit im Wettbewerb fortzuführen.⁸³⁰ Dies trifft i. d. R. auf Konkurrenten, Zulieferer und Abnehmer der am Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmen zu.⁸³¹ Ausgeschlossen ist allerdings die Verfahrensbeteiligung von Konsumenten nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG.⁸³² Sobald *de lege ferenda* Konsumenten in Kartellzivilverfahren die Aktivlegitimation zugesprochen wird, ist allerdings auch ihnen eine entsprechende Parteistellung einzuräumen. Trotz dieser bedeutenden Einschränkung kann der Kreis der nach Art. 43 Abs. 1 KG beteiligungsberechtigten Dritten einen beträchtlichen Umfang annehmen. Würden sie über ein Beschwerderecht nach Art. 48 VwVG verfügen, könnte sich dies

828 Siehe BGE 139 II 328, E. 4.4.

829 BVerfGE 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.3; siehe dann allerdings auch BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.2, nach dem die Wettbewerbsbehörden bis heute noch nie eine potenziell geschädigte Person zu einem Verfahren nach Art. 5 KG zugelassen haben.

830 BVerfGE 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6.

831 BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 205.

832 BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.3; BVerfGE 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6; Weko, RPW 2018/1, *Verzinkung – Parteistellung*, S. 126 ff., N 9; DIKE KG-WYSSLING/BICKEL, Art. 43 N 17; BSK KG-BILGER, Art. 43 N 13; CR Concurrency-MERKT, Art. 43 N 9.

negativ auf die Verfahrensökonomie auswirken. Zu präzisieren ist ferner, dass der Verfahrensbeitritt eines Konkurrenten, Zulieferers oder Abnehmers nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG keinen Einfluss auf seine mögliche Parteistellung im Verfahren hat. Wem im Verwaltungsverfahren Parteistellung zukommt, richtet sich nach dem VwVG und nicht nach dem KG.⁸³³ Somit ist es möglich, dass sich ein Unternehmen zunächst als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt und sich erst im Anschluss daran als Verfahrenspartei konstituiert.

- Nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG können Berufs- und Wirtschaftsverbände ihre Beteiligung an einem Untersuchungsverfahren anmelden, wenn sie nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind. Die Mitglieder selbst müssen in der Aufnahme oder der Ausübung ihrer Tätigkeit durch eine Wettbewerbsbeschränkung betroffen sein und sich eigenständig am Verfahren nach Art. 43 KG beteiligen können. Das Teilnahmerecht des Verbands leitet sich folglich von dem seiner Mitglieder ab.⁸³⁴ Allerdings muss nicht die Mehrheit oder eine grosse Zahl der Mitglieder betroffen sein. Es reicht aus, wenn sich einzelne Mitglieder an der Untersuchung beteiligen können.⁸³⁵ Auch die Beteiligung eines Verbandsmitglieds nach Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG an der Untersuchung schliesst nicht aus, dass sich auch der Verband nach Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG am Verfahren beteiligt.⁸³⁶ Somit können in der Praxis ein Verbandsmitglied und der Verband selbst als Beteiligungsberechtigte ohne Parteistellung nach Art. 43 KG am Verfahren teilnehmen.
- Konsumentenschutzorganisationen von regionaler oder nationaler – und nicht nur lokaler – Bedeutung, die statutengemäss den Konsumentenschutz bezwecken, können sich nach Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG an der Untersuchung beteiligen.⁸³⁷ Ferner können sich einzelne Konsumenten nicht auf Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG berufen. Der Gesetzeswortlaut spricht klar von Organisationen und bietet für die Beteiligung einzelner Konsumenten keine Stütze.

Für alle drei genannten Beteiligungsformen gilt: Nach Art. 43 KG müssen sie sich zum Sachverhalt äussern und ihren rechtlichen Standpunkt dar-

833 BGE 139 II 328, E. 4.3 ff.; BVGer 23.08.2016, A-6334/2014, E. 8.6; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.5.3.

834 BORENS, Rechtsstellung, S. 214; BSK KG-BILGER, ART. 43 N 16.

835 JOST S., Parteien, S. 323; BSK KG-BILGER, ART. 43 N 16; BORENS, Rechtsstellung, S. 214.

836 BSK KG-BILGER, ART. 43 N 17.

837 BORENS, Rechtsstellung, S. 214; JOST S., Parteien, S. 324.

legen können. Hierbei handelt es sich um eine Art Mindestgehalt. Wie häufig und zu welchem Zeitpunkt eine Anhörung stattzufinden hat, ist fallweise zu entscheiden. Aufgrund der möglicherweise sehr grossen Zahl Beteiligungsberechtigter nach Art. 43 Abs. 2 KG ist das Sekretariat ermächtigt, deren Verfahrensrechte auf eine schriftliche Anhörung zu reduzieren. In jedem Fall steht der Weko ein erheblicher Ermessensspielraum zu, wie der Einbezug der Beteiligungsberechtigten nach Art. 43 KG im Einzelfall ausfällt.⁸³⁸ Was unter einer Anhörung zu verstehen ist, lässt das Gesetz offen und ist in der Praxis nach wie vor nicht abschliessend geklärt.⁸³⁹ Für die vorliegende Arbeit ist von Relevanz, dass die beteiligungsberechtigten Dritten über ein Anhörungsrecht verfügen, das wirksam ausgeübt werden muss.⁸⁴⁰

II. Weitere verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung

Das KG kennt weitere, eigene Formen der Verfahrensbeteiligung. So wird der Begriff des Dritten in Art. 26 Abs. 1 KG, Art. 40 KG und Art. 42 KG verwendet:

- Nach Art. 26 Abs. 1 KG sind Dritte, also jedermann, berechtigt, dem Sekretariat Anzeige zu erstatten.⁸⁴¹
- Nach Art. 40 Satz 1 KG müssen betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte erteilen und die notwendigen Urkunden vorlegen. An die Betroffenheit sind keine hohen Anforderungen zu stellen.⁸⁴² Es genügt, dass der betroffene Dritte als Konkurrent oder Abnehmer auf dem gleichen Markt

838 BORENS, Rechtsstellung, S. 220; Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Art. 30 N 15; BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 354.

839 So führen BREMER/STEBLER, Verfügungsentwurf, S. 355, bezeichnenderweise aus, dass sich die Frage stelle, ob Dritte ohne Parteistellung gerade zum Verfügungsantrag angehört werden müssen oder ob die Anhörung auf allgemeine Sachverhaltsfragen insbesondere in einem früheren Verfahrensabschnitt beschränkt werden kann.

840 Siehe *unten* § 14. 3.

841 Vgl. hierzu bzgl. BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 208; BORENS, Rechtsstellung, S. 161; SHK KG-FRICK, Art. 26 N 7; CR Concurrence-MERKT, Art. 43 N 1; JOST S., Parteien, N 561; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 26 N 10; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 59; vgl. auch RICHLI, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 421 f., der von einer Populärbeschwerde spricht.

842 DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, S. 199.

tätig ist oder in einer anderen Geschäftsbeziehung zum Beschuldigten steht.⁸⁴³

- Weiter können die Wettbewerbsbehörden nach Art. 42 Abs. 1 KG Dritte als Zeugen einvernehmen. Als Dritter i. S. v. Art. 42 Abs. 1 KG ist jede natürliche oder juristische Person denkbar, die nicht Partei im Untersuchungsverfahren ist.⁸⁴⁴

Den Dritten, die unter den drei Lemmata genannt werden, steht nach dem KG und dem VwVG grundsätzlich kein Anspruch auf Akteneinsicht zu. In § 18 wird dargelegt, dass ihnen und sämtlichen übrigen Dritten, die nicht am Verfahren beteiligt sind, ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht zustehen kann.

In diesem Kapitel wurde der Kreis der möglichen Beteiligten am Kartellverwaltungsverfahren aufgezeigt. In der folgenden Übersicht sind die verschiedenen Verfahrensbeteiligten, die entsprechenden Voraussetzungen für eine Verfahrensbeteiligung und die daraus resultierenden Rechte zusammengestellt.

843 Sekretariat, RPW 2006/3, Auskunftsverfügung IMS Health GmbH, S. 510 ff. N 7; BSK KG-BILGER, Art. 40 N 8; CR Concurrence-MERKT, Art. 40 N 5 f.; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 574.

844 BSK KG-BANGERTER, Art. 42 N 29; CR Concurrence-BOVET/SABRY, Art. 42 N 35.

Teil 4. Zugang zu Verfahrensdokumenten der Weko – 2. Prüfschritt

Verfahrensbeteiligte im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren			
	Hauptbeteiligte (Art. 6 VwVG)	(Beteiligungsberechtigte) Dritte mit Parteistellung (Art. 48 VwVG)	(Beteiligungsberechtigte) Dritte ohne Parteistellung (Art. 43 Abs. 1 KG)
Unterkategorie			Dritte (alle nicht von Art. 48 VwVG und Art. 43 KG erfassten Dritten)
Voraussetzung für eine Verfahrensbeteiligung	Rechte und Pflichten werden im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt.	Besonderes Berührungs- und schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und Bst. c VwVG) – restriktiv auszulegen	Direkt Betroffene (Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG) Verbände (Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG) Konsumentenschutzorganisationen (Art. 43 Abs. 1 Bst. c KG) Von regionaler oder nationaler Bedeutung und statistisch vorgesehener Konsumentenschutz
Verfahrensrechte und -pflichten	Volle Verfahrensrechte und -pflichten	Grundsätzlich volle Parteirechte und -pflichten	<ul style="list-style-type: none"> – Mindestens Recht auf schriftliche Anhörung (Art. 43 Abs. 2 Satz 2 KG) – Schriftliche Stellungnahme zum Antrag (Art. 30 Abs. 2 KG) – Anzeigerechte (Art. 26 KG) – Auskunftspflicht (Art. 40 KG) – Zeugnispflicht (Art. 42 KG)

Abb. 6: Verfahrensbeteiligte im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren

§ 14. Akteneinsichtsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten im
erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren

1. Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten nach Art. 6 VwVG

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. nach Art. 29 ff. VwVG setzt sich aus verschiedenen Teilansprüchen zusammen.⁸⁴⁵ Hervorzuheben ist das Recht, von der Behörde über das Verfahren informiert zu werden und sich zum verfahrensrelevanten Sachverhalt zu äussern. Hingegen enthält das KG selbst keine Norm betreffend die Akteneinsicht, weshalb sich diese nach dem VwVG bestimmt.⁸⁴⁶

I. Modalitäten und Zeitpunkt der Ausübung

Die Akteneinsicht wird auf Gesuch der Parteien gewährt und am Sitz der Wettbewerbsbehörden⁸⁴⁷ oder – in Kartellverwaltungsverfahren i. d. R. – auf elektronischem Weg genommen.⁸⁴⁸ An die Parteien ist im Hinblick auf die wirksame Ausübung des Akteneinsichtsrechts gleichzeitig mit dem Verfügungsantrag⁸⁴⁹ ein vollständiges Verzeichnis sämtlicher in der Verfahrensakte befindlichen Dokumente zu übermitteln, einschliesslich des Vermerks, ob die Dokumente eingesehen werden können.⁸⁵⁰

845 BVGer 25.06.2018, B-880/2012, E. 6.1; BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.1; BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 172; BVGer 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; MARTENET, Droit d'être entendu, S. 559; Jost S., Parteien, S. 388; RENFER, Fragestellungen, S. 699; vgl. auch BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 15 ff.

846 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.5; BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 173; MARTENET, Droit d'être entendu, S. 559; Jost S., Parteien, S. 389; WASER, Grundrechte, S. 257; vgl. auch Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 15; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1064, 1066; wohl auch DIETRICH, Homburger (KG), Art. 39 N 67.

847 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 173.

848 CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 45.

849 Dieser ist i. d. R. bereits in Verfügungsform verfasst, DIKE KG-IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N 5 m. w. N.; kritisch RENFER, Fragestellungen, S. 702.

850 BVGer 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; Reko/Wef, RPW 1998/4, Telecom PTT-Fachhändlerverträge, S. 669 f.; BORENS, Rechtsstellung, S. 77 f.; WASER, Grundrechte, S. 261; siehe auch Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/ Projekt Repo 2013, S. 84 ff., N 160 ff., nach der die fortlaufende Erweiterung des Aktenbestands mit einer Anpassung des Aktenverzeichnisses einhergeht, was die Ver-

Die Behörde verfügt über ein relativ grosses Ermessen in Bezug auf die Frage, wie und wo die Akteneinsicht im Einzelfall vorzunehmen ist.⁸⁵¹ Werden nach der Akteneinsicht weitere Dokumente von der Behörde beigezogen oder gehen weitere Eingaben von Verfahrensbeteiligten ein, verlangt die offene Aktenführung, dass die Parteien darauf aufmerksam gemacht werden.⁸⁵² Folglich ist die Akteneinsicht nicht auf eine einzelne Einsichtnahme begrenzt, sondern kann auf Art. 26 ff. VwVG gestützt bis zum Erlass der Sanktionsverfügung grundsätzlich mehrmals ausgeübt werden.⁸⁵³

Sämtliche Verfahrensbeteiligten sind gehalten, vertrauliche Dokumente in doppelter Ausfertigung einzureichen:⁸⁵⁴ ein unbearbeitetes Exemplar, das nur der Behörde zugänglich ist, und ein Exemplar, in dem die vertraulichen Informationen geschwärzt sind und das von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingesehen wird.⁸⁵⁵

teidigung im konkreten Verfahren erschweren kann; RENER, Fragestellungen, S. 703.

- 851 Den Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung können passwortgeschützte elektronische Datenträger übergeben werden, die neben dem Aktenverzeichnis sämtliche Verfahrensakte – unter Berücksichtigung von Art. 27 f. VwVG – enthalten. Ausserdem können die Dokumente den Parteien zugesandt werden oder die Verfahrensdokumente können auch ausschliesslich in den Räumlichkeiten der Behörde zugänglich gemacht werden so im Fall von Selbstanzeigen; vgl. Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013, S. 84 ff., N 112; Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 4; vgl. Weko, RPW 2008/4, Coop/Carrefour, S. 593 ff., N 16 f., nach der den Parteien ausschliesslich das Aktenverzeichnis zugestellt und die Verfahrensdokumente nur in den Räumlichkeiten des Sekretariats zugänglich gemacht wurden.
- 852 BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 285; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 77; MARTENET, Droit d'être entendu, S. 560; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 47.
- 853 Vgl. BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 285; BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2, nach dem die Parteien nach dem Sekretariat zeitlich unbeschränkt und beliebig oft während der Bürozeiten in den Räumlichkeiten Akteneinsicht nehmen konnten.
- 854 BGer 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.9.
- 855 Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; RENER, Fragestellungen, S. 698.

II. Umfang der Akteneinsicht

Das Akteneinsichtsrecht orientiert die Verfahrensparteien über die verfahrenswesentlichen Unterlagen.⁸⁵⁶ Verfahrenswesentlich bedeutet nicht, dass die entsprechenden Akten zwingend als Entscheidungsgrundlage dienen.⁸⁵⁷ Die Einsicht erfasst grundsätzlich sämtliche Dokumente, die als Beweismittel dienen können,⁸⁵⁸ zu denen belastende Dokumente ebenso wie entlastende zählen.⁸⁵⁹ Die tatsächliche Beweiserheblichkeit eines Verfahrensdokuments ist für die Akteneinsicht nicht ausschlaggebend. Ausreichend ist bereits, dass das Dokument die Entscheidungsfindung beeinflussen kann.⁸⁶⁰ Die Behörde kann somit keine Auswahl der Dokumente vornehmen, in die Akteneinsicht genommen wird.⁸⁶¹ Es obliegt dem Einsichtsberechtigten, über die Beweiserheblichkeit zu urteilen.⁸⁶²

Nicht verfahrenswesentlich und somit nicht von der Akteneinsicht erfasst sind Dokumente, die der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen – die internen Akten.⁸⁶³ Ihnen kommt kein Beweischarakter zu, da sie ausschliesslich zur verwaltungsinternen Meinungsbildung beitragen.⁸⁶⁴ Der Ausschluss des Akteneinsichtsrechts schützt die interne Meinungsbildung der Verwaltung, indem die internen Vorgänge in der Öffentlichkeit

856 BVerfGE 09.06.2011, B-7483/2010, E. 5.5; BVerfGE 11.07.2017, C-3867/2014, E. 3.1.1; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 493; ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, N 1065; BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 286.

857 BGE 121 I 225, E. 2a; BVerfGE 16.05.2017, B-7949/2015, E. 5.1 m. w. N.; BINDER, *Expertenwissen*, S. 53.

858 Vgl. MÜLLER/SCHNEFFER, *Grundrechte*, S. 874.

859 Weko, RPW 2001/2, *Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen*, S. 373 ff., N 11; WASER, *Grundrechte*, S. 257.

860 BSK KG-BILGER, Art. 39 N 76; vgl. DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 84; BVerfGE 19.12.2013, B-463/2010, E. 4.3.4; BGE 125 II 473, E. 4a.

861 Vgl. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 26 N 36; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 60.

862 BGE 133 I 100, E. 4.3, mit Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung; BGE 132 V 387, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 494; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 60 m. w. N.; WASER, *Grundrechte*, S. 257.

863 DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 84; JOST S., *Parteien*, S. 393; kritisch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 495 ff. m. w. N.

864 BVerfGE 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 174; BGE 125 II 473, E. 4a; BGE 115 V 297, E. 2g; BVerfGE 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, N 1021; BORENS, *Rechtsstellung*, S. 76; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 65; DIKE KG-IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N 43; RENFER, *Fragestellungen*, S. 699.

nicht vollständig ausgebreitet werden und dadurch die Entscheidungsfindung und somit die öffentliche Durchsetzung nicht erschwert werden.⁸⁶⁵ Um ein Dokument als verwaltungsintern zu qualifizieren, kann nicht auf eine einheitliche Regel zurückgegriffen werden. Im Streitfall genügt die Bezeichnung als verwaltungsintern nicht, um ein Dokument der Akteneinsicht zu entziehen.⁸⁶⁶ Vielmehr ist auf seine objektive Bedeutung abzustellen.⁸⁶⁷ Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass ein verwaltungsinternes Dokument, gestützt auf das BGÖ oder das DSGVO, eingesehen werden kann.⁸⁶⁸

III. Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht

a. Dokumente und Informationen aus Selbstanzeigeverfahren

Die Selbstanzeigedossiers werden vom Sekretariat besonders vertraulich behandelt und unterliegen einer eingeschränkten Akteneinsicht.⁸⁶⁹ So werden etwa die im Rahmen einer Selbstanzeige eingereichten Informationen und Beweismittel in einem von den übrigen Verfahrensakten unabhängigen Selbstanzeigedossier geführt.⁸⁷⁰ Der Zugang zu dem Dossier ist auf die mit dem Verfahren betrauten Mitarbeiter des Sekretariats beschränkt.⁸⁷¹ Die Modalitäten der Akteneinsicht richten sich danach, ob Einsicht in die Selbstanzeige oder in die Beilagen zur Selbstanzeige genommen wird.

865 BGer 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; BGE 129 II 497, E. 2.2; BGE 125 II 473, E. 4a; BGE 122 I 153, E. 6a; BGer 10.05.2006, 1P.324/2005, E. 1.2; vgl. auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Verfahrensrecht, N 633; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, N 338; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 10.

866 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 175; BGE 115 V 297, E. 2g/bb; BGer 10.10.2014, 1C_159/2014, E. 4.3; WASER, Grundrechte, S. 258.

867 Nach BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 175 und BVGE 2011/37, E. 5.4.1 zählen verwaltungsintern erstellte Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen nicht zu den verwaltungsinternen Dokumenten; vgl. auch BVGer 05.03.2013, D-7342/2010, E. 3; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 67.

868 Siehe hierzu *unten* § 17. 2. II. b.; ebenfalls kritisch BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 26 N 39 f.; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 11; vgl. auch MÜLLER/SCHIEFFER, Grundrechte, S. 875 ff. m. w. N. u. a. auf die EGMR-Praxis.

869 MARBACH/DUCREY/WILD, Wettbewerbsrecht, S. 449.

870 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 48.

871 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 48.

(1) Einsicht in die Selbstanzeige

Bei der Selbstanzeige handelt es sich um das «Eingeständnis» einer Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss, womit einhergeht, dass andere Unternehmen der Teilnahme an einem Verstoss beschuldigt werden. Um zu den Anschuldigungen Stellung zu nehmen, müssen die entsprechenden Unternehmen Einsicht in die Selbstanzeige erhalten.⁸⁷² Die Selbstanzeige genießt dann jedoch ein erhöhtes Schutzniveau.⁸⁷³ Die Einsichtnahme erfolgt ausschliesslich in den Räumlichkeiten des Sekretariats.⁸⁷⁴ Die Hauptbeteiligten haben nicht das Recht, Kopien oder ähnliche Reproduktionen der Selbstanzeige zu erstellen.⁸⁷⁵ Es ist ihnen jedoch erlaubt, sich während der Akteneinsicht Notizen zu machen.⁸⁷⁶

Das Bundesverwaltungsgericht erblickt einen Rechtfertigungsgrund für die restriktive Handhabe der Akteneinsicht darin, mögliche *Follow-on*-Prozesse nicht zu beeinflussen.⁸⁷⁷ Auch besteht aufseiten des Selbstanzeigers ein unverkennbares Interesse daran, dass die im Protokoll zur Selbstanzeige enthaltenen Informationen und die im Rahmen der Anzeige eingereichten Dokumente («Selbstanzeigeinformationen») nicht an Dritte gelangen, da dies das Risiko von *Follow-on*-Prozessen erhöhen würde.⁸⁷⁸ Allerdings

872 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 15 ff.

873 DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 300 f.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 169.

874 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 87; vgl. auch BSK KG-TAGMANN, Art. 49a N 170.

875 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; vgl. BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.1 f.

876 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 51; vgl. aber noch Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 5, wo die Weko festhält, dass das Erstellen handschriftlicher Kopien wie das Erstellen von Tonbändern der Selbstanzeigen zulässig ist. Hinzu käme die Möglichkeit, Fotokopien von Teilen der Selbstanzeige ausnahmsweise zuzulassen, wenn es darum gehe, Handschriften zu erkennen oder die Echtheit von Handschriften zu überprüfen oder deren Zuordnung zu bestimmten Personen durch Gutachter zu ermöglichen; vgl. auch BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2.

877 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.6; BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.1.

878 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 22; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 68; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 92; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff.,

ist das Interesse, nicht zivilrechtlich für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in Anspruch genommen zu werden, nicht schutzwürdig und somit kein Grund, die Akteneinsicht einzuschränken.⁸⁷⁹

(2) Einsicht in die Selbstanzeigeakten

Die Selbstanzeigeakten sind zusätzlich zur Selbstanzeige übermittelte Beweismittel, die den Wettbewerbsverstoss belegen. Sie enthalten Informationen, die nicht im Hinblick auf das Bonusprogramm erstellt wurden und unabhängig vom Kartellverwaltungsverfahren existieren.⁸⁸⁰ Grundsätzlich kommt den Selbstanzeigeakten ein ähnlich hohes Schutzniveau zu wie der Selbstanzeige.⁸⁸¹ Deswegen erfolgt die Einsicht grundsätzlich – wie in die Selbstanzeige – in den Räumlichkeiten des Sekretariats.⁸⁸² Ist eine Akteneinsicht angesichts des Umfangs der vorbestehenden Beweismittel vor Ort nicht zumutbar⁸⁸³, können den Hauptbeteiligten Kopien zur Verfügung gestellt werden, was grundsätzlich in Form von elektronischen Datenträgern erfolgt.⁸⁸⁴ Die Kopien unterliegen dann jedoch einer Verfügungsbeschränkung.⁸⁸⁵ Die Empfänger haben mittels Aufklärungsbestätigung und Verpflichtungserklärung zu bestätigen, dass sie über die Verfügungsbeschränkung aufgeklärt wurden und sich dazu verpflichten, diese einzuhalten.⁸⁸⁶ Die an die Hauptbeteiligten übermittelten Informationen dürfen ausschliesslich zum Zweck der Verteidigung in Kartellverwaltungsverfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden verwertet wer-

N 82 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff.; JACOBS, Durchsetzung, S. 218; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743.

879 Siehe ausführlich *unten* § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 1. II. a. (2).

880 Vgl. BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.3.1.

881 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 24, 26; vgl. BVGer 23.10.2018, A-604/2018, E. 3; vgl. Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51.

882 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113.

883 Wann dies jedoch der Fall ist, hängt von einer Einzelfallbetrachtung ab, vgl. BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.7.

884 BVGer 25.06.2018, B-807/2012, E. 5.4.2.

885 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113; vgl. BSK KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 49a N 170.

886 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 52.

den.⁸⁸⁷ Die Verwendung der Dokumente in Straf- oder Zivilverfahren, wobei bei Letzteren vornehmlich an *Follow-on*-Prozesse zu denken ist, ist ausgeschlossen. Zudem dürfen die Dokumente nicht in ausländischen Verfahren verwertet werden.⁸⁸⁸ Diese Ausgangslage ist als suboptimal zu bewerten, weshalb eine mögliche Verwertung von Kronzeugeninformationen zu kartellrechtlichen Zwecken in Erwägung zu ziehen ist, was in § 15 ausführlicher dargestellt wird.

b. Entgegenstehende private Interessen (Geschäftsgeheimnisse)

Die Akteneinsicht kann zum Schutz privater Interessen eingeschränkt werden – etwa zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.⁸⁸⁹ Nach ständiger Rechtsprechung⁸⁹⁰ gilt eine Information als Geschäftsgeheimnis, wenn die drei folgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Die Information ist weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich und nur einem bestimmten, beschränkten Personenkreis bekannt.
- Seitens des Geheimnisherrn besteht ein explizit oder stillschweigend bekundeter Wille zur Geheimhaltung – der subjektive Geheimhaltungswille.
- An der Geheimhaltung der Information besteht ein berechtigtes Interesse – das objektive Geheimhaltungsinteresse.⁸⁹¹

887 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51.

888 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a Abs. 1–2 N 113.

889 Es wird im Text von «Geschäftsgeheimnissen» gesprochen und nicht jeweils von «Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen». Letztere werden vom Begriff «Geschäftsgeheimnis» umfasst; ähnlich BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor. Art. 9–13a N 85; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 43; DIKE UWG-SUTTER, Art. 6 N 66; vgl. beispielsweise Art. 68 PatG oder Art. 15 aUWG; vgl. auch ausführlich zur Begriffsvielfalt im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse im deutschen Recht, SANNER, Informationsgewinnung, S. 61 f.

890 Vgl. BGE 142 II 268, E. 5.2.1 m. w. N.; Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 31 m. w. N.

891 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.1; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.1 f.; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6; Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation, S. 703 ff., N 14; Weko, RPW 2006/1, Kreditkarten – Interchange Fee, S. 65 ff., N 111; Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32; Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; WASER, Grundrechte, S. 259; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 11; vgl. auch dazu DÄHLER, in: von Bü-

Dieser Geschäftsgeheimnisbegriff ist auf sämtliche Informationen des Kartellverwaltungsverfahrens anwendbar. Der Gegenstand des Geheimnisschutzes sind grundsätzlich Informationen über Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne, Kundenlisten und -beziehungen sowie Offertenpreise und detaillierte Kostenkalkulationen.⁸⁹² Die Offenlegung der Informationen gegenüber einem spezifischen Dritten, wie einem Konkurrenten, und nicht nur gegenüber dem breiten Publikum reicht bereits aus, um das Interesse des Geheimnisherrn schwer zu beeinträchtigen.⁸⁹³ Werden allerdings unter Konkurrenten Informationen ausgetauscht, gegenüber denen sie sonst als geheim gelten, verlieren sie ihre Vertraulichkeit und somit ihre Schutzwürdigkeit.⁸⁹⁴

Die drei folgenden Abschnitte beleuchten jeweils einen Aspekt von Geschäftsgeheimnissen. Diese sind nicht nur für die Akteneinsicht relevant, sondern auch stets im Rahmen der noch zu untersuchenden Zugangsrouten zu berücksichtigen.

(1) Objektives Geheimhaltungsinteresse

Ob ein objektives Interesse an der Geheimhaltung einer Information besteht und diese somit schutzwürdig ist, beurteilt sich nach Massgabe der Wettbewerbsbehörden nach zwei Kriterien:

- Eine Information⁸⁹⁵ ist schutzwürdig, wenn sie für ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Wert hat und so für dessen wirtschaftlichen Er-

ren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80 f.; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 847 f.; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 44 ff.; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 18 ff.; SHK KG-ZENHÄSUER, Art. 25 N 6; WALTER, Homburger (KG), Art. 16 N 8; BORENS, Rechtsstellung, S. 77 Fn. 426; RENFER, Fragestellungen, S. 697; TROLLER, Précis, S. 177 f.

892 BGE 142 II 268, E. 5.2.3 m. w. N; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.2; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.3; TROLLER, Précis, S. 178; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 39 N 51; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 87; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80 f.

893 TROLLER, Précis, S. 177.

894 Siehe auch *oben* § 8 I. II. a. (i).

895 Die Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse, hält fest, dass «die fragliche Tatsache einen wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen» habe. Vorliegend wird jedoch nicht von Tatsache gesprochen, sondern von Information. Ein Geheim-

folg von Bedeutung ist.⁸⁹⁶ Eine Preisgabe der Information muss somit Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis oder die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens haben können.⁸⁹⁷

- Die Information muss sich grundsätzlich auf ein einzelnes Unternehmen und nicht auf eine Gruppe von Unternehmen beziehen und Rückschlüsse auf dieses einzelne Unternehmen zulassen.⁸⁹⁸

Das entsprechende Merkblatt der Behörde gibt jedoch keine Antwort auf die Frage, inwiefern ein objektives Interesse an der Geheimhaltung rechtswidriger Handlungen und Zustände bestehen kann.⁸⁹⁹ Das Bundesgericht entschied in Bezug auf die Veröffentlichung der Sanktionsverfügungen der Weko, dass Informationen, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, nicht geheimhaltungswürdig seien.⁹⁰⁰ Das objektive Geheimhaltungsinteresse schütze die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Unternehmen und somit auch den freien Wettbewerb.⁹⁰¹ Dieser Wettbewerb stelle das Schutzgut des KG dar.⁹⁰² Würden Informationen geschützt, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen und dem «Geschäftsherrn» einen gesetzeswidrigen Wettbewerbsvorteil verschaffen, führe dies zu der paradoxen Ausgangslage, dass Verhaltensweisen unter Schutz gestellt würden, die das Kartellrecht sanktioniert und von denen die Allgemeinheit abzuschrecken ist.⁹⁰³ Auch wenn Informationen, die ein wettbewerbswidriges Verhalten belegen, wettbewerbsrelevant seien, dürfe diese Wettbewerbsrelevanz nicht auf einer wettbewerbswidrigen Absprache beruhen. Mangels eines objektiven Geheimhaltungsinteresses gelten Informationen mit wettbewerbswidrigem Inhalt somit grundsätzlich nicht als schutzwürdig und

nis ist eine Information, die eine bestimmte Tatsache betrifft; vgl. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 19.

896 RENFER, Fragestellungen, S. 698; TROLLER, Précis, S. 177 f.; kritisch zum Kriterium des wirtschaftlichen Wertes DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 61.

897 BGE 142 II 268, E. 5.2.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 7.1.2 m. w. N.

898 Siehe Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass im Rahmen eines Forschungs- und Entwicklungsabkommens zweier unabhängiger Unternehmen Informationen geschützt sind, die Rückschlüsse auf beide Unternehmen zulassen, CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 45; anders Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse.

899 Die verschiedenen Lehrmeinungen über diese Streitfrage werden im BGE 142 II 268, E. 5.2.2.2, aufgelistet und vorliegend nicht eingehend besprochen.

900 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.6.

901 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6.

902 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3, mit Verweis auf KÜNZLER, Effizienz, S. 308 f.

903 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3; BVGer 30.10.2017, B-5927/2014, E. 3.6; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 25, 62.

sind somit auch nicht vertraulich.⁹⁰⁴ Bei der Frage, welche Informationen grundsätzlich als nicht schutzwürdig gelten, ist auf die bereits erarbeiteten Fallkonstellationen im europäischen Teil dieser Arbeit zu verweisen. Diese Ausführungen sollten sinngemäss auch für die schweizerische Ausgangslage gelten.⁹⁰⁵

Das Bundesgericht hat sich bisher ausschliesslich mit dem Geschäftsgeheimnisbegriff im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der Verfügungen der Weko nach Art. 25 Abs. 4 KG auseinandergesetzt.⁹⁰⁶ Allerdings hat das Bundesgericht die Frage noch nicht beantwortet, ob Informationen, die ein kartellrechtswidriges Verhalten belegen, im Rahmen der Akteneinsicht ihre Schutzwürdigkeit verlieren. Das Bundesgericht hat mittlerweile die Übertragung der zu Art. 25 Abs. 4 KG ergangenen Rechtsprechung auf die Akteneinsicht ausgeschlossen.⁹⁰⁷ Somit ist nach wie vor offen, ob Informationen schutzwürdig sind, die einen Wettbewerbsverstoss belegen.⁹⁰⁸ Vorliegend wird vertreten, die Rechtsprechung nicht auf Art. 25 Abs. 4 KG zu reduzieren, sondern auf die Akteneinsicht in Kartellverwaltungsverfahren zu übertragen.⁹⁰⁹ Ein parallel laufendes Schutzniveau von Informationen im Rahmen der Akteneinsicht und der Veröffentlichung der Verfügungen ist aus Kongruenzgründen angezeigt, weil der Zweck des KG jeweils derselbe ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieselbe Information im Rahmen einer Veröffentlichung weniger Schutz geniessen sollte als im Rahmen der Akteneinsicht.

Hingegen führt die Teilnahme eines Unternehmens an einem Wettbewerbsverstoss nicht zwingend dazu, dass sämtliche übermittelten Informationen ihren Vertraulichkeitscharakter verlieren. Bei der von der Behörde vorzunehmenden Einzelfallprüfung, ob sie eine Information als Geschäfts-

904 Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation, S. 703 ff., N 14.

905 Siehe zur objektiven Schutzwürdigkeit von Informationen, die einen Wettbewerbsverstoss belegen, *oben* § 8 I. II. a. (i).

906 Siehe dazu BGE 142 II 268.

907 BGer 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.7.

908 BGer 01.05.2019, 2C_433/2017, E. 2.8.

909 So auch BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.6; der vorliegend vertretenen Meinung entsprechend wird in Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32 und da Fn. 46, ohne Differenzierung Bezug auf die Veröffentlichungspraxis nach Art. 48 KG und der Akteneinsicht im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG genommen; vgl. Kommission, Confidentiality Claims, N 11; so auch für das EU-Recht WILS/ABBOTT, File, S. 27; a. A. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 25, 67.

geheimnis qualifiziert, ist der Bezug dieser Information zum Wettbewerbsverstoss entscheidend.⁹¹⁰ Zu Recht wird auf die praktischen Probleme des an das objektive Geheimhaltungsinteresse angelegten Masstabs verwiesen.⁹¹¹ Eine Verhaltensweise gelte erst dann als wettbewerbswidrig, wenn dies durch eine rechtskräftige Verfügung oder ein rechtskräftiges Zivilurteil festgestellt sei. Veröffentlicht würden Verfügungen der Wettbewerbsbehörden jedoch häufig vor deren Rechtskraft.⁹¹² Daher sei die Rechtskraft einer Verfügung abzuwarten, bevor sie veröffentlicht werde.⁹¹³ Eine ähnliche Problematik ergibt sich im Rahmen der Akteneinsicht. Befindet die Behörde, dass eine Information kein Geschäftsgeheimnis darstelle, weil sie nicht objektiv schutzwürdig sei, greift sie dem Ziel des Verfahrens vor, nämlich festzustellen, ob ein Wettbewerbsverstoss vorliegt. Wird eine Verhaltensweise schlussendlich nicht als wettbewerbswidrig qualifiziert und haben die Konkurrenten bereits Kenntnis der Information, besteht die Gefahr, dass die Mitarbeiter der Behörde eine Amtspflichtverletzung begangen haben – indem sie vertrauliche Informationen in ungerechtfertigter Weise preisgegeben haben. Allerdings kann mit der Akteneinsicht nicht bis zur Rechtskraft der Verfügung abgewartet werden, weil dies dem Sinn und Zweck des Anspruchs auf rechtliches Gehör als prozessuales Mitwirkungsrecht widerspräche. Diese Problematik kann jedoch, zumindest zu einem gewissen Grad, durch Verwertungsbeschränkungen wie Geheimhaltungsverpflichtungen entschärft werden.⁹¹⁴

(2) Absoluter Schutz?

In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 25 Abs. 4 KG vertreten, dass Geschäftsgeheimnisse von der Akteneinsicht durch andere Verfahrenspar-

910 Siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1) (i).

911 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 27 f.; ähnlich BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

912 Siehe *unten* § 16. 4.

913 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 63.

914 Siehe *unten* § 15.

teien ausgeschlossen⁹¹⁵ und somit absolut geschützt seien.⁹¹⁶ Einer der prominentesten Vertreter dieser Meinung ist DÄHLER, der eine weite Auslegung des Begriffs «Veröffentlichung» in Art. 25 Abs. 4 KG verlangt.⁹¹⁷ Hierunter sei jede Möglichkeit zu subsumieren, die Dritten den Zugang zu sensiblen Unternehmensdaten verschaffe. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen beschränke sich nicht auf die im Gesetz geregelten Veröffentlichungspflichten, sondern beziehe sich insbesondere auch auf die der Akteneinsicht unterliegenden Verfahrensdokumente.⁹¹⁸ In Übereinstimmung hiermit hat die Reko/Wef festgehalten, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen absolut sei.⁹¹⁹ Allerdings ist das Bundesgericht weniger konkret geworden als die Reko/Wef. Zwar hat sich das Bundesgericht zu Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der kartellverwaltungsrechtlichen Akteneinsicht bereits geäußert, allerdings ergibt sich aus diesem Urteil nicht, ob Geschäftsgeheimnisse absolut geschützt sind.⁹²⁰

Somit stellt sich die Frage, ob der in Art. 25 Abs. 4 KG verwendete Begriff der «Veröffentlichung» tatsächlich so weit ausgelegt werden kann, wie es Teile der Literatur verlangen. Dieser Frage ist auf dem Weg der Auslegung nachzugehen, wobei grammatische, historische, teleologische ebenso wie systematische Auslegungselemente berücksichtigt werden.

Laut Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Somit stellt sich die Frage, ob sich die Akteneinsicht unter den Begriff der «Veröffentlichung» subsumieren lässt. Das korrespondierende Verb «veröffentlichen» umschreibt die Dudenredaktion mit «der Öffentlichkeit zugänglich machen, bekannt

915 Weko, Merkblatt/Geschäftsgeheimnisse; DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586 f.; HÄNNI, Verhältnis, S. 616; HEINEMANN/HEIZMANN, Vorgaben, S. 80; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 47; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 290, der die Absolutheit des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen dahingehend «relativiert», dass die Interessenabwägung im Rahmen von Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG stets zugunsten des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen auszugehen hat.

916 BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 47; BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 290, jeweils mit Verweis auf DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586; WASSER/SUTTER, Vergabestellen, N 22; wohl auch RENFER, Fragestellungen, S. 699; a. A. DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 86.

917 DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586.

918 DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 586.

919 Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; vgl. aber BVGer 25.06.2018, B-829/2012, E. 5.2.1.

920 BGer 06.07.2015, 2C_1009/2014, E. 3.3, zählt in der Erwägung zwar private Interessen auf, die im Einzelfall wesentlich sein könnten, allerdings nicht per se wesentlich seien; ähnlich BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.2.

machen, besonders durch Presse, Funk, Fernsehen [...], publizieren»⁹²¹. Dies indiziert, dass sich das Verb «veröffentlichen» auf die Verbreitung eines bestimmten Inhalts bezieht, die unabhängig von einem bestimmten Medium ist und auf einen nicht von vornherein bestimmten Adressaten oder Adressatenkreis zielt – der Inhalt wird also allgemein zugänglich gemacht. Die französisch- und italienischsprachige Fassung des Art. 25 Abs. 4 KG bestätigen dieses Verständnis.⁹²²

Die Botschaft KG 1994 enthält keine genaueren Ausführungen zu Art. 25 Abs. 4 KG und bringt somit keinen konkreten Erkenntnisgewinn.⁹²³ Immerhin verweisen die Erläuterungen zu Art. 25 KG auf die Ausführungen in Art. 16 aKG. Diese Norm wurde mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.⁹²⁴ Seither findet sich in Art. 156 ZPO eine vergleichbare Regelung,⁹²⁵ die ebenfalls keinen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen kennt.⁹²⁶ Somit ergibt sich weder aus den Gesetzesmaterialien

921 Duden, Universalwörterbuch, S. 1896; dem Verb «veröffentlichen» wird im Bedeutungswörterbuch durch die Dudenredaktion ein ähnlicher Wortgehalt beigeschlagen. Demgemäss bedeutet veröffentlichen: «in gedruckter o. ä. Form der Öffentlichkeit zugänglich machen», Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 1030.

922 Nach dem französischen Text dürfen «[l]es publications des autorités» und nach dem italienischen Text «[l]e pubblicazioni delle autorità» keine Geschäftsgeheimnisse enthalten. Die nicht verbindliche englischsprachige Übersetzung hält fest, dass «[t]he competition authorities' publications may not reveal any business secrets.» Es fällt auf, dass die romanischsprachige Fassung wie die angelsächsische Übersetzung auf das spätlateinische Wort «publicatio», «Veröffentlichung», zurückgehen, das eine Bildung zum lateinischen Verb «publicare» darstellt, das «veröffentlichen» bedeutet; Oxford English Dictionary, S. 782, «the action of making publicly known»; CORNU, Vocablaire juridique, S. 831; Le Petit Robert, S. 2066, «porter à la connaissance de tous»; für die italienische Bedeutung und Herkunft siehe www.treccani.it/vocabolario/publicare/; vgl. auch Duden Herkunftswörterbuch, S. 637. Diese Ausführungen verdeutlichen einerseits, dass die verschiedenen Sprachfassungen sowie die englischsprachige Übersetzung teilweise unterschiedliche Wörter verwenden, denen jedoch dieselbe Bedeutung zukommt.

923 Vorliegend findet keine Auseinandersetzung mit den Botschaften zum KG 62 und KG 85 statt. Laut Rechtsprechung und Lehre gab es unter der Herrschaft dieser Gesetze in den Verfahren vor der Kartellkommission kein Recht auf Akteneinsicht, weshalb mögliche Schlussfolgerungen auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen bei der Ausübung der Akteneinsicht begrenzt sind; vgl. dazu BILGER, *Verwaltungsverfahren*, S. 282 f.

924 Aufgehoben durch Anhang 1 Nr. II 16 der Zivilprozessordnung vom 19.12.2008, AS 2010 1739; BBl 2006 7221; vgl. HEINEMANN/HEIZMANN, *Vorgaben*, S. 80.

925 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 2.

926 KUKO ZPO-SCHMID, Art. 156 N 4; BSK ZPO-GUYAN, Art. 156 N 1 m. w. N.

noch aus dem aufgehobenen Art. 16 aKG, dass Geschäftsgeheimnisse absolut von der Akteneinsicht ausgenommen sind.

Der Begriff der Veröffentlichung bzw. des Veröffentlichens wird in zwei hier interessierenden⁹²⁷ Gesetzesbestimmungen verwendet – in Art. 25 Abs. 4 KG sowie in Art. 48 Abs. 1 und Abs. 2 KG. Wird Art. 25 Abs. 4 KG im Zusammenhang mit einer möglichen Veröffentlichung nach Art. 48 KG gesehen, wird ersichtlich, dass Art. 25 Abs. 4 KG in diesen Fällen einen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor der Veröffentlichung durch die Weko stipuliert. Allerdings fehlt es im KG ebenso wie im VwVG an einer entsprechenden Stütze, den Begriff der Veröffentlichung derart zu interpretieren, dass sich Art. 25 Abs. 4 KG auch auf die Akteneinsicht anderer Verfahrensparteien bezöge.

Art. 25 Abs. 4 KG liegt der Sinn und Zweck zugrunde, von den Verfahrensbeteiligten in ein Kartellverwaltungsverfahren eingebrachte Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Die für die Behörde unabdingbare Kooperation der verfahrensbeteiligten Unternehmen wird so gesichert. Diese Bestimmung kann jedoch nicht so verstanden werden, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im gesamten Kartellverwaltungsrecht absolut wäre. Ein derartiger Schutz würde dazu führen, dass in gewissen Ausgangslagen der rechtsgenügende Nachweis eines Verstosses gegen Art. 5 KG oder Art. 7 KG nicht erbracht werden könnte.

Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Kartellverwaltungsverfahren ein höher zu gewichtender Schutz zukommen sollte als in anderen Verfahrensarten. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf rechtliches Gehör bilden Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK und finden demgemäss auch in Zivilverfahren wie in Strafverfahren Anwendung.⁹²⁸ In Zivilprozessen⁹²⁹ ebenso wie in Strafprozessen⁹³⁰ unterliegen Geschäftsgeheimnisse keinem absoluten Schutz. Auch wenn

927 Siehe auch Art. 6 Abs. 3 KG betreffend die Veröffentlichung von Bekanntmachungen; zudem nennt Art. 28 KG die Publikationen der Untersuchungseröffnung.

928 Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 1, 3; SHK ZPO-SCHENKER/KOMMISSION, Art. 53 N 1; BGE 129 I 249, E. 3; BGer 12.03.2013, 5A_663/2012, E. 2.1.1.

929 KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 11; BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 78 f.; SHK ZPO-PASSADELIS, Art. 156 N 7; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 20; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N 31.

930 BSK StPO-SCHMUTZ, Art. 101 N 19; DROESE, Akteneinsicht, S. 123 f. m. w. N.

die Formulierung des Art. 68 PatG⁹³¹ auf einen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen schliessen lässt, wird dieser in der Literatur zum Patentrecht mehrheitlich verneint.⁹³² Ein ähnliches Bild zeigt sich im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen und lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, in denen ebenso wie in Kartellverwaltungsverfahren häufig innerbetriebliche Informationen verfahrensrelevant sind.⁹³³ Auch in diesem Kontext wird Geschäftsgeheimnissen kein absoluter Schutz gewährt.⁹³⁴ Geschäftsgeheimnissen ausschliesslich in Kartellverwaltungsverfahren einen absoluten Schutz zu gewähren, während Geschäftsgeheimnissen in anderen, sogar auch in lauterkeitsrechtlichen oder kartellzivilrechtlichen Verfahren kein vergleichbar apodiktischer Schutz gewährt wird, erscheint nicht angezeigt. Diese Überlegungen lassen den Schluss zu, dass Art. 25 Abs. 4 KG keinen absoluten Schutz von Geschäftsgeheimnissen für das gesamte Kartellrecht stipuliert.

(3) Geschäftsgeheimnis ad infinitum?

Die kartellrechtliche Rechtsprechung und die Lehre haben sich – soweit ersichtlich – bis anhin kaum mit der Frage auseinandergesetzt, ob Geschäftsgeheimnisse mit der Zeit an wirtschaftlichem Wert und somit an Schutzwürdigkeit verlieren. Der Grund hierfür dürfte darin bestehen, dass die Definition des Geschäftsgeheimnisses eng an den strafrechtlichen Geheimnisbegriff angelehnt ist⁹³⁵ und die diesbezüglichen Kriterien kaum durch den Zeitablauf beeinflusst werden. Hingegen hat das Bundesgericht jüngst wiederholt, dass ein objektives Interesse nur an der Geheimhaltung von Informationen bestehe, die einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis eines Unternehmens haben könnten.⁹³⁶

931 Nach Art. 68 Abs. 1 PatG sind die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, und nach Abs. 2 dieser Bestimmung dürfen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse enthaltende Beweismittel nur insoweit zugänglich gemacht werden, als dies mit der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen vereinbar ist.

932 DROESE, Akteneinsicht, S. 124; HEINRICH, Art. 68 PatG/EPÜ N 3, 7 f.; CR PI-EHRLER, Art. 68 LBI N 5; a. A. wohl TROLLER, Précis, S. 419; RAUBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1, S. 283.

933 BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 85.

934 BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 89 ff., da besonders 91; noch zum aUWG Baudenbacher–BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 15 N 7 f.; a. A. RAUBER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1, S. 282.

935 Vgl. RENFER, Fragestellungen, S. 697.

936 BGE 142 II 268, E. 5.2.3.

Wie aufgezeigt wurde, ist auf europäischer Ebene anerkannt, dass die Schutzwürdigkeit von Geschäftsgeheimnissen mit der Zeit abnimmt. Je älter eine Information ist, desto geringer sind ihre mögliche Auswirkung auf das Geschäftsergebnis und ihr wirtschaftlicher Wert.⁹³⁷ Als Richtwert gilt, dass von Unternehmen übermittelte Informationen nach fünf Jahren grundsätzlich ihre Schutzwürdigkeit verlieren.⁹³⁸ Diese Sichtweise sollte sich auch in der Schweiz durchsetzen und lässt sich auf die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen in den Kartellverwaltungsverfahren der Weko übertragen: Geschäftsgeheimnisse, denen Informationen über Umsatz, Absatz, Marktanteile der Betroffenen oder ähnliche Angaben zugrunde liegen und die älter als fünf Jahre sind, werden regelmässig keinen oder höchstens einen marginalen Einfluss auf das Geschäftsergebnis ausüben. Diese Fünfjahresregel gilt nicht absolut und ist als Faustregel zu verstehen. Der «Verfallszeitpunkt» hängt von den spezifischen Marktgegebenheiten ab. Informationen über den Umsatz auf Märkten mit niedrigen Zugangsschwellen oder kurzlebigen Produkten verlieren schneller an Wert als Informationen über den Umsatz auf Märkten mit langlebigen Produkten oder hohen Zugangsschwellen. In jedem Fall ist eine Einzelbetrachtung vorzunehmen. Die Verfahrensbeteiligten haben darzulegen, dass der Schutz einer Information trotz Zeitablaufs ausnahmsweise nicht entfällt oder entfallen ist. Auch müssen sie nachweisen, dass die Information trotz ihres Alters nach wie vor ein wesentlicher Bestandteil ihrer wirtschaftlichen Stellung ist. Dabei ist ein möglicher, nicht ausschliesslich hypothetischer Einfluss auf das Geschäftsergebnis nachzuweisen.

Jedoch muss betont werden, dass es sich bei der Fünfjahresregel um eine willkürlich gezogene Zeitgrenze handelt. Diese Grenze könnte ebenso, wie es das britische CAT fordert, bei drei oder sogar nur zwei Jahren liegen.⁹³⁹ Die hier vorgeschlagenen fünf Jahre dienen als grober Richtwert im Rahmen der Frage, ob eine Information (noch) ein Geschäftsgeheimnis darstellt bzw. (noch) vertraulich ist. Sodann gibt dies den Verfahrensbeteiligten eine Orientierungshilfe, in welchem Zeitraum gewisse Informa-

937 Gemäss STÄUBER, Schutz, S. 184, sind Informationen, die bereits mehrere Jahre alt sind und keine Rückschlüsse auf den aktuellen innerbetrieblichen Ablauf eines Unternehmens zulassen, in Zivilprozessen möglicherweise nicht mehr schutzwürdig.

938 Siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1). (ii).

939 *Aberdeen Journals vs. Director General of Fair Trading* [2003] CAT 3, N 24; *Aberdeen Journals Limited v Director General of Fair Trading* [2003] CAT 14; siehe dazu BREALEY/GEORGE, *Competition Litigation*, N 9.49; SANNER, *Informationsgewinnung*, S. 556.

tionen geschützt sind. Die Grenze bedeutet auch, dass ein Grossteil der Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren bis zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses oder der Rechtskraft der Verfügung bereits nicht mehr vertraulich ist. Der Zeitraum, in dem ein Wettbewerbsverstoss praktiziert, aufgedeckt und rechtskräftig sanktioniert wird, umfasst i. d. R. mehrere Jahre – viele der Informationen verlieren somit bereits während des Verfahrens aufgrund ihrer zeitlich bedingten Entwertung ihren Vertraulichkeitscharakter.⁹⁴⁰

2. Akteneinsichtsrecht der beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung nach Art. 6 i. V. m. Art. 48 VwVG

I. Akteneinsicht im Allgemeinen

Dritte mit Parteistellung verfügen in Verwaltungsverfahren über einen Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG. Ihr Anspruch kann allerdings ebenfalls aufgrund überwiegender privater oder öffentlicher Interessen eingeschränkt oder verweigert werden. Die Ausführungen zur Akteneinsicht der Hauptbeteiligten im vorangegangenen Kapitel gelten sinngemäss auch für die Akteneinsicht der Dritten mit Parteistellung.⁹⁴¹ Ebenso wie bei den Hauptbeteiligten lässt die Behörde den Dritten mit Parteistellung das vollständige Inhaltsverzeichnis der Verfahrensakte zukommen, das die Verfahrensdokumente als vertraulich oder als nicht vertraulich kennzeichnet.⁹⁴² Nur eine wirksame Ausübung des Akteneinsichtsrechts ermöglicht eine sachgerechte Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.⁹⁴³

Im Gegensatz zu den Hauptparteien werden die Rechte und Pflichten der Dritten mit Parteistellung nicht durch die Verfügung geregelt. Die Dritten mit Parteistellung dürfen am Verfahren teilnehmen, weil nicht auszuschliessen ist, dass die Feststellung oder Nichtfeststellung der Wettbewerbswidrigkeit einer Verhaltensweise zu einem spürbaren wirtschaftlichen Nachteil führt. Um einen derartigen wirtschaftlichen Nachteil zu

940 Siehe zum europäischen und deutschen Recht SANNER, Informationsgewinnung, S. 556.

941 Siehe dazu *oben* § 14. 1.

942 RENFER, Fragestellungen, S. 703.

943 Der Verfügungsantrag wird i. d. R. auch den beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung zugestellt; zur entsprechenden Praxis der Weko siehe BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 354 Fn. 84.

vermeiden – sollte er denn ungerechtfertigt sein –, sind sie anzuhören, was mit der Akteneinsicht einhergeht. Hierbei gilt: Ein Dritter mit Parteistellung beteiligt sich i. d. R. nicht aktiv am verfahrensgegenständlichen Verhalten. Somit gibt es grundsätzlich keine ihn belastenden bzw. entlastenden Verfahrensdokumente. Hingegen können aus seiner Sicht Verfahrensdokumente nachteilig sein, die etwa den Hauptbeteiligten entlasten. Beabsichtigen die Wettbewerbsbehörden, sich auf derartige «entlastende» Dokumente zu stützen, ist dem Dritten grundsätzlich Einsicht in die Akten zu gewähren oder zumindest über deren wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis zu verschaffen, damit er sich wirksam äussern kann.⁹⁴⁴ Dies gilt besonders, wenn die Unwirksamkeit vertraglicher Rechtspositionen des beteiligten Dritten festgestellt wird, die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen an den Dritten untersagt wird oder ihm Schadenersatzansprüche faktisch entzogen werden. Ist jedoch offensichtlich, dass die Behörde das Verfahren auf eine für den Dritten günstige Weise abzuschliessen beabsichtigt, drängt sich die Notwendigkeit einer Anhörung weniger stark auf, als wenn das Verfahren zu seinen Ungunsten zu enden droht.

Vorliegend wird vertreten, dass sich das Einsichtsrecht aus dem Anspruch auf Anhörung und somit aus dem VwVG selbst und nicht unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt. Im gegenteiligen Fall würde die Behörde über keinen derart grossen Ermessensspielraum in Bezug auf den Umfang des Einsichtsanspruchs des Dritten mit Parteistellung verfügen.⁹⁴⁵ Die Akteneinsicht der Hauptpartei und die des Dritten mit Parteistellung sind ähnlich, werden vorliegend allerdings dogmatisch unterschieden. Der Anspruch auf Akteneinsicht des Hauptbeteiligten einerseits und die Einsichtsmöglichkeiten des Dritten mit Parteistellung andererseits können folglich nicht schematisch behandelt werden – der Zweck erfordert eine unterschiedliche Behandlung der beiden Ansprüche auf Akteneinsicht.⁹⁴⁶

II. Akteneinsicht im Selbstanzeigeverfahren

Das Kriterium, dass sich ein Verhalten in besonders schwerwichtigem, insbesondere existenzbedrohendem Ausmass auf einen Abnehmer aus-

944 BORENS, Rechtsstellung, S. 228.

945 Siehe *oben* § 14. 1. II.

946 Vgl. auch ZIMMERLI, Dogmatik, S. 735.

wirkt, ist nur selten erfüllt. Dementsprechend selten ist eine Verfahrensbeteiligte Dritter mit Parteistellung in Selbstanzeigeverfahren, denen häufig eine Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt.⁹⁴⁷ Kommt es dennoch zu einer Beteiligung Dritter mit Parteistellung, ist umstritten, wie weit sich das Akteneinsichtsrecht erstrecken soll. Es wird vertreten, dass die Akteneinsicht Dritter mit Parteistellung in die vom Selbstanzeiger übermittelten Informationen immer zu verweigern sei.⁹⁴⁸ Die Bonusregelung sei für die Durchsetzung des Verbots horizontaler Abreden unentbehrlich und somit essenziell für die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts. Würde Akteneinsicht in derartige Dokumente gewährt und könnten die Informationen in *Follow-on*-Prozessen verwertet werden, würde die Bonusregelung ihre Wirkung verlieren. Somit sei offenkundig, dass das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit der Bonusregelung das Interesse Dritter überwiege, Einsicht in die Selbstanzeigeeinformationen zu erhalten.⁹⁴⁹ Auch sollten die Wettbewerbsbehörden Kartellopfen keine Streithilfe leisten.⁹⁵⁰

An dieser etwas pauschalen Sichtweise werden hingegen auch Zweifel angebracht. Namentlich wird infrage gestellt, ob sämtlichen Dritten mit Parteistellung das Recht auf Akteneinsicht in die Dokumente und Informationen aus Selbstanzeigeverfahren, gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a oder Bst. b VwVG, abgesprochen werden könne.⁹⁵¹ Das Ziel des Kartellverfahrens bestehe nicht darin, den Selbstanzeiger zusätzlich zum Sanktionserlass oder zur Sanktionsreduktion vor Zivilklagen zu schützen.⁹⁵² Das Kartellzivilverfahren sei explizit in Art. 12 ff. KG vorgesehen und besitze somit eine «Daseinsberechtigung».⁹⁵³ Auch hätten die Wettbewerbsbehörden ein Interesse daran, dass die vom Selbstanzeiger gelieferten Informationen von den betroffenen Unternehmen geprüft werden, wodurch ungerechtfertigt erstatteten Selbstanzeigen vorgebeugt werde.⁹⁵⁴

947 Zur Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei siehe *oben* § 13. 1. II. b. (3).

948 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 742 f.; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299 f.

949 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743; übereinstimmend auch JACOBS, Durchsetzung, S. 218.

950 Vgl. DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299. DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 300, hält zudem richtigerweise fest, dass hinter der Interessenabwägung, ob Dritten mit Parteistellung vollständige oder eingeschränkte Akteneinsicht gewährt werden soll, immer eine wettbewerbspolitisch geprägte Haltung steht.

951 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 163 f.

952 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 164.

953 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 164.

954 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 165.

Der vorliegend vertretene Ansatz ist von folgendem Gedanken geleitet: Gelingt der Nachweis, dass sich eine Verhaltensweise existenzbedrohend auf einen Marktteilnehmer auswirkt und nimmt ein Kartellopfer als Verfahrenspartei teil,⁹⁵⁵ besteht neben dem Interesse der Untersagung und Sanktionierung der Verhaltensweise grundsätzlich auch ein Interesse daran, die verursachten oder drohenden Schäden zu beheben bzw. zu vermeiden. Ist die Informationsbeschaffung aufgrund einer verweigerten oder zu strengen Akteneinsicht ausgeschlossen und scheitert die zivilrechtliche Durchsetzung des Schadens, besteht die Gefahr, dass der Dritte, trotz Parteistellung, die bereits eingetretene Beeinträchtigung nicht übersteht und die Kartellrendite beim Kartelltäter verbleibt. Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung überwiegt. Aufgrund der Bedeutung der Selbstanzeige für die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung ist die Einsicht in dieses Dokument regelmässig zu verweigern. Anders ist die Ausgangslage hingegen, wenn die zivilrechtliche Durchsetzung mit den entsprechenden Informationen aus der Selbstanzeige steht und fällt.⁹⁵⁶ Stellungnahmen und andere Dokumente, die hinsichtlich oder während des Verwaltungsverfahrens von den Hauptbeteiligten bzw. dem Selbstanzeiger erstellt wurden, sollten immer der Akteneinsicht unterliegen. Das Gleiche gilt für die Beilagen der Selbstanzeige, die vorbestehenden Beweismittel, die auch von der Akteneinsicht erfasst sein sollten. Bei den letztgenannten Kategorien kann die Akteneinsicht hingegen aus Gründen eines überwiegenden öffentlichen und privaten Interesses eingeschränkt werden.⁹⁵⁷

3. Akteneinsicht der beteiligungsberechtigten Dritten ohne Parteistellung nach Art. 43 KG

Mehrheitlich wird davon ausgegangen, dass den beteiligungsberechtigten Dritten ohne Parteistellung über das Anhörungsrecht nach Art. 43 KG hinaus keine weiteren Verfahrensrechte zustehen.⁹⁵⁸ Insbesondere steht ihnen mangels Parteistellung kein umfassender Anspruch auf Aktenein-

955 Siehe hierzu *oben* § 13. 1. II. b. (3).

956 Siehe zu dieser Art von Konstellation die Ausführungen in *oben* § 8. 4.

957 Diese Kategorisierung orientiert sich an der europäischen Ausgangslage, siehe hierzu *oben* § 8. 3.

958 BILGER, Verwaltungsverfahren, S. 231; CR CONCURRENCE-MERKT, Art. 43 N 18; RENFER, Fragestellungen, S. 699; a. M. RICHLI, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 436; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 30 N 14f.; siehe dann

sicht zu.⁹⁵⁹ Allerdings muss ihnen Einsicht zumindest in einen Teil der Verfahrensdokumente gewährt werden, damit sie das Anhörungsrecht überhaupt wirksam ausüben können. Eine (beschränkte) Einsicht ist für eine wirksame Ausübung des Anhörungsrechts unentbehrlich. Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall zu entscheiden, wie die Einsicht gewährt wird. Hierbei gilt, dass der Schutz vertraulicher Informationen grundsätzlich höher zu gewichten ist als das Interesse an einer wirksamen Ausübung des Anhörungsrechts. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Informationen für ein allfälliges zivilrechtliches Vorgehen entscheidend sein können, weshalb entsprechende Gesuche nicht leichtfertig abzulehnen sind.

aber auch SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 123, der dem Anzeiger wohl ein Akteneinsichtsrecht zuzugestehen scheint.

959 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 162.

§ 15. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Im Gegensatz zum europäischen Kartellverfahrensrecht und zu den an die KSRL angepassten mitgliedstaatlichen Kartellrechtsordnungen kennt das schweizerische KG keine explizite Vorschrift, die

- im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangte Kenntnisse einer Geheimhaltungsverpflichtung unterstellt oder
- die Verwertung dieser Informationen ausserhalb des Verwaltungsverfahrens beschränkt.

Das Fehlen einer solchen Regelung ist kritisch zu bewerten. Erstarkt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung, sind allfällige negative Auswirkungen auf die verwaltungsrechtliche Durchsetzung auf ein verträgliches Niveau zu reduzieren. Ein möglicher Ansatzpunkt, der den Gegenstand der folgenden Ausführungen bildet, ist die Beschränkung der Verwertung der mittels Akteneinsicht erlangten Informationen.

1. Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

I. Zur freien Verwertbarkeit von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Mehrheitlich wird befürwortet, dass im Rahmen der Akteneinsicht erlangte Kenntnisse grundsätzlich auch ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens⁹⁶⁰ und insbesondere in anschliessenden Kartellzivilverfahren verwer-

960 In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Verwaltungsverfahren: Nach HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 15, 65 f., sind die Inhaber von Informationsansprüchen, die die gewünschten Informationen erhalten, grundsätzlich nicht verpflichtet, die Informationen geheim zu halten. Die Ausführungen von HÄUSERMANN beziehen sich u. a. auf Informationen, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Strafprozess: Nach DROESE, Akteneinsicht, S. 218, ist die Nutzung der Akteneinsicht zu zivilprozessualen Zwecken oder die Verwertung strafprozessual erhobener Beweise im Zivilprozess grundsätzlich möglich, auch wenn es mögliche Missbräuche zu verhindern gilt; ausführlich und die Weiterverwertung von Kenntnissen aus Strafprozessen in Kartellzivilprozessen bejahend auch BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.7.2. In Bezug auf die Verwertung von Kenntnissen aus einem Zivilprozess: Nach STÄUBER, Schutz, S. 201, trifft die Parteien eines Zivilprozesses i. d. R. keine besondere Pflicht, Informationen aus dem Prozess geheim zu halten. Zudem sind sie in der Verwertung dieser Kenntnisse grundsätzlich frei. Auch ergebe sich aus dem

tet werden dürfen.⁹⁶¹ Somit sind sämtliche Erkenntnisse aus dem Kartellverwaltungsverfahren, mit Ausnahme der Kronzeugeninformationen⁹⁶², grundsätzlich der freien Beweiswürdigung der Zivilgerichte zugänglich und vom Vorgang der Sachverhaltsfeststellung erfasst.⁹⁶³ Unerheblich ist, ob die entsprechenden Dokumente zur Geltendmachung oder zur Abwehr eines kartellrechtlichen Anspruchs verwertet werden. Dies gilt für sämtliche Verfahrensbeteiligten, die aufgrund ihrer Verfahrensbeteiligung Einsicht in Verfahrensdokumente erhalten, wie die Hauptbeteiligten⁹⁶⁴, die beteiligungsberechtigten Dritten mit Parteistellung⁹⁶⁵ und die ohne Parteistellung⁹⁶⁶.

Hingegen findet sich eine Ausnahme von der freien Verwertbarkeit im Kooperationsabkommen zwischen der Weko und der Kommission. Nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b des Kooperationsabkommens sind die zwischen zwei Behörden ausgetauschten Informationen den Verfahrensparteien offenzulegen, wenn diese Informationen gegen sie verwertet werden könnten. Würden die Informationen nicht offengelegt, wäre eine Verwertung nach Art. 28 Abs. 1 VwVG wohl auszuschliessen. Allerdings wahrt die Behörde, die die entsprechenden Informationen erhält, die Vertraulichkeit dieser Informationen, insbesondere der Geschäftsgeheimnisse.⁹⁶⁷ Damit muss einhergehen, dass das Akteneinsicht nehmende Unternehmen verpflichtet ist, die entsprechenden Informationen ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens geheim zu halten und nicht zu anderen Zwecken zu verwerten. Diese Verpflichtung kann sich in der Praxis an den noch aufzuzeigenden Verwertungsbeschränkungen orientieren.⁹⁶⁸

Gebot von Treu und Glauben keine prozessüberdauernde Pflicht, die Informationen ausschliesslich innerhalb des jeweiligen Prozesses zu verwerten.

961 BSK KG-JACOBS/GIGER, vor Art. 12 N 28; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 166; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 299 f.; JACOBS, Durchsetzung, S. 218; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 732 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 274; DAVID et al., in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR I/2, S. 492; implizit BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.6, 9.7.2; wohl auch CR Concurrence-MARTENET, Art. 25 N 37; wohl auch, aber kritisch, BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

962 Siehe hierzu *oben* § 14. 1. III. a.

963 Angelehnt an die Definition des Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren nach BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 6.

964 Siehe *oben* § 13. 1. I.

965 Siehe *oben* § 13. 1. II.

966 Siehe *oben* § 13. 2.

967 So Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 des Kooperationsabkommens, siehe auch Botschaft, Zusammenarbeit, S. 3974.

968 Siehe *unten* § 15. 2.

Trotz dieser Einschränkung dominiert das Bild der freien Verwertbarkeit. Allerdings finden sich auch kritische Stimmen, die sich vertieft mit der Frage auseinandersetzen, ob eine Verpflichtung zur Geheimhaltung⁹⁶⁹ des Verfügungsantrags⁹⁷⁰ angeordnet werden darf.⁹⁷¹ Zwar fehle es an einer expliziten Geheimhaltungsbestimmung, jedoch seien die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 KG und Art. 320 StGB zur Wahrung des Amtsgeheimnisses verpflichtet. Das Amtsgeheimnis bestehe, solange die Information nicht nach Massgabe einer expliziten Bekanntgebungsbestimmung veröffentlicht worden sei, wie etwa nach Art. 28 KG, Art. 48 KG oder Art. 49 KG.⁹⁷² Im gegenteiligen Fall unterliege die Information dem Amtsgeheimnis. Die Grundlage der Verpflichtung zur Geheimhaltung des Verfügungsantrags bilde Art. 23 Abs. 1 KG.⁹⁷³ Diese Verpflichtung wahre die ordnungsgemässe Ausübung des rechtlichen Gehörs und das Amtsgeheimnis.⁹⁷⁴ Die Verpflichtung solle ähnlich der Beschränkung der Verwendung der Selbstanzeigeakten ausfallen.⁹⁷⁵ Hierdurch sei sichergestellt, dass die Verfahrensbeteiligten den Verfügungsantrag ausschliesslich im Rahmen der Ausübung des rechtlichen Gehörs im jeweiligen Verfahren verwerten. Eine Weitergabe an Dritte sei unter Androhung einer Strafe nach Art. 50 KG und Art. 54 KG zu untersagen.⁹⁷⁶

Dem gilt anzufügen, dass das KG selbst keine Definition des Amtsgeheimnisses enthält.⁹⁷⁷ Das Amtsgeheimnis wurde in seiner Tragweite durch die Einführung des BGÖ indirekt neu definiert. Dem Amtsgeheimnis unterliegen nur noch Informationen, die

969 Aus Wirksamkeitsgründen müsste die Geheimhaltungsverpflichtung in der Praxis mit einem absoluten Verwertungsverbot verbunden sein.

970 Das Versenden des Antragsentwurfs an die Verfahrensbeteiligten gewährleistet, dass sie sich zu den Vorwürfen äussern können. Eine wirksame Äusserung geht i. d. R. mit einer Aktensichtung durch die Verfahrensbeteiligten einher.

971 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

972 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

973 Die Geheimhaltungsverpflichtung ist eine verfahrensleitende Verfügung, die gemeinsam durch das Sekretariat und ein Präsidiumsmitglied der Weko ausgesprochen wird.

974 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

975 Siehe *oben* § 14. 1. III. a.

976 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 357.

977 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 16; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 11; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 25 N 7; SHK KG-ZENHÄUSER, Art. 25 N 5; DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 552, 584.

- (1) nicht vom Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind,
- (2) nicht durch spezialgesetzliche Bestimmungen für geheim erklärt werden oder
- (3) unter eine der im BGÖ vorgesehenen Ausnahmen fallen.⁹⁷⁸

Wie bereits aufgezeigt wurde, sind Geschäftsgeheimnisse ausschliesslich im Hinblick auf die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung absolut geschützt. Darüber hinaus kennt das KG keine Bestimmung, die Geschäftsgeheimnisse oder andere Informationen absolut schützt und somit von der Anwendbarkeit des BGÖ ausnehmen würde.⁹⁷⁹ Aus dieser Sicht erscheint Art. 25 Abs. 1 KG nicht zwingend als eine geeignete Grundlage für eine Verpflichtung zur Geheimhaltung von im Rahmen der Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren erlangten Informationen.

II. Verwertung nach Art. 25 Abs. 2 KG

Die Frage, ob Art. 25 Abs. 2 KG eine ausreichende Grundlage für eine Verwertungsbeschränkung darstellt, ist im Folgenden zu untersuchen. Art. 25 Abs. 2 KG lautet:

«Sie [die Wettbewerbsbehörden] dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten.»

Der Begriff «Kenntnisse» wird in der Literatur oder der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht näher konkretisiert. Vorliegend werden unter den Begriff «Kenntnisse» i. S. v. Art. 25 Abs. 2 KG diejenigen Informationen verstanden, die den Behörden etwa durch Auskünfte oder Untersuchungsmassnahmen während eines Verfahrens zukommen – die Begriffe «Kenntnisse» und «Informationen» werden im Folgenden synonym verwendet. Unter dem Begriff «verwerten» versteht sich die Verwendung bzw. Nutzbarmachung von Informationen aus einem bestimmten Grund.⁹⁸⁰ Was hingegen unter dem Begriff «mit dem Verfahren verfolgter Zweck» zu verstehen ist, bildet den Gegenstand der folgenden Ausführungen.

978 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 5.

979 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (2).

980 BVerfGE 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.1; siehe zum Begriff «Verwertung» in Art. 25 Abs. 2 KG auch BVerfGE 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

a. Botschaft und Lehre

Die Botschaft KG 1994 ist hinsichtlich des Normverständnisses von Art. 25 Abs. 2 KG und des darin erwähnten Zwecks wenig ergiebig. Der Botschaft lässt sich betreffend die Verwertung von in Verwaltungsverfahren gewonnenen Informationen lediglich entnehmen, dass die Gefahr bestehe, «dass heikle Unternehmensdaten in falsche Hände geraten»⁹⁸¹. Diese wenig technische Aussage wurde von einem Teil der Lehre dahin gehend ausgelegt, dass Informationen aus Verwaltungsverfahren von der Weko nur in demjenigen Verwaltungsverfahren verwertet werden dürften, in dem sie erlangt wurden.⁹⁸² Andere vertreten, dass die Weko die Informationen zwar auch in einem anderen Verwaltungsverfahren verwerten dürfe, jedoch nur wenn die Parteien hierüber informiert werden und sich auch im neuen Verfahren entsprechend äussern können.⁹⁸³ Darüber hinaus scheint Einstimmigkeit darüber zu herrschen, dass die Informationen ausschliesslich von den Wettbewerbsbehörden verwertet werden dürfen und nicht an andere Behörden oder sogar Zivilkläger weiterzugeben sind.⁹⁸⁴ Hervorzuheben ist zudem, dass sich diese Aussagen auf die Verwertung von Informationen durch die Weko und nicht auf die Verwertung von mittels Akteneinsicht erlangten Informationen beziehen.

981 Botschaft KG 1994, S. 601.

982 SHK KG-ZENHÄUSER, Art. 25 N 9; ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. 25 N 4; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.97; siehe auch BORER, Kartellgesetz, Art. 25 N 7; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 45 ff. und da besonders N 49; vgl. auch BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.2, worin festgehalten wird, dass sich der Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 KG nach der Lehre nur auf die zweckgebundene Verwertung der Kenntnisse durch die Vorinstanz selbst und nicht auf die Datenweitergabe an andere Behörden beziehe.

983 CR Concurrence-MARTENET, Art. 25 N 31; BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 37 ff.; ähnlich DÄHLER, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2, S. 587.

984 So in Bezug auf die Einsicht durch Geschädigte oder die Übermittlung von Kronzeugeninformationen an Gerichte, SOMMER, Verfahrensfragen, N 40 f.; BÖNI, Wechselwirkung, N 22; vgl. auch SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 123, der eine Einsicht von Geschädigten und einer Übermittlung der Verfahrensdokumente an ein Zivilgericht zulässt. Er betont jedoch, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen gewährleistet sein muss.

b. Verwertungsbeschränkung nach den Verwaltungsgerichten

Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht folgen dem soeben dargestellten Verständnis nicht und gehen von einem weiten Verständnis des in Art. 25 Abs. 2 KG erwähnten «Zwecks» aus.⁹⁸⁵ Das Bundesverwaltungsgericht interpretierte die Verfahrensvorschrift des Art. 25 Abs. 2 KG unter anderem unter Rückgriff auf den Zweckartikel des KG⁹⁸⁶, und zwar mit dem für die vorliegende Arbeit wegweisenden Ergebnis, dass sich der Verfahrenszweck nicht in der für die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen notwendigen Sachverhaltsfeststellung erschöpfe, sondern dem Kartellrecht und dessen Zweck zum Durchbruch ver helfe.⁹⁸⁷ Der in Art. 25 Abs. 2 KG zum Ausdruck gebrachte Zweck erfasst laut Bundesverwaltungsgericht sämtliche Verwertungen, die volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen verhindern.⁹⁸⁸ Nach dem Bundesverwaltungsgericht dürfen die Kenntnisse der Wettbewerbsbehörden aus einem rechtskräftigen Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich auch in anderen Verfahren verwertet werden, die der Erreichung eines kartellrechtlichen Zwecks dienen.⁹⁸⁹ Auch nach dem Bundesgericht ist in jedem Fall die Zweckbindung der Informationen entscheidend.⁹⁹⁰

Diese Ausgangslage ändert sich nach dem Bundesverwaltungsgericht allerdings, sobald es sich um Selbstanzeigeeinformationen handelt.⁹⁹¹ Auch ohne empirischen Nachweis erscheine es nachvollziehbar, dass eine Übermittlung von Selbstanzeigeeinformationen eine faktische Benachteiligung in späteren zivilrechtlichen Verfahren darstellen werde und so dem öf-

985 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

986 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2; so auch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 60; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 78; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 65.

987 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2.

988 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.5.

989 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.3.2; BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.4; a. A. BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7, wonach eine Übermittlung von Informationen nicht vor Rechtskraft des Verwaltungsverfahrens verlangt werden kann.

990 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

991 Das Bundesgericht musste sich bisher nicht zur Verwertung von Selbstanzeigeeinformationen äussern.

fentlichen Interesse an einer wirksamen Bonusregelung abträglich sei.⁹⁹² Dies rechtfertige eine restriktivere Handhabung der Selbstanzeigeeinformationen, die im Rahmen der Amtshilfe nicht an andere Behörden zu übermitteln seien. Allerdings unterschied das Bundesverwaltungsgericht nicht zwischen Informationen aus der Selbstanzeige und Informationen aus den vorbestehenden Beweismitteln, sondern bezog sich auf sämtliche Selbstanzeigeeinformationen.⁹⁹³

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Verwaltungsgerichte mit der Übermittlung von Informationen im Rahmen der Amtshilfe und nicht mit der vorliegend interessierenden Akteneinsicht auseinandersetzen. Dessen ungeachtet sollten ihre Ausführungen zu Art. 25 Abs. 2 KG auch auf die Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren übertragen werden. Diese Übertragung stützt sich auf die folgende Überlegung: Das Bundesverwaltungsgericht gelangte zum hier interessierenden Auslegungsergebnis ausschließlich unter Einbezug des KG und nicht unter Einbezug der einschlägigen Bestimmungen betreffend die Amtshilfe. Es hielt dementsprechend explizit fest: Die systematische Auslegung ergebe, dass die Verwendung und Weitergabe von Akten zu kartellrechtlichen Zwecken möglich seien.⁹⁹⁴ Der Zweck des KG bleibt derselbe, unabhängig davon, ob die Kenntnisse mittels Amtshilfe oder mittels verwaltungsrechtlicher Akteneinsicht an die Kartellopfere gelangen.

2. Beschränkung der Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

I. Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen

Angesichts der im vorangegangenen Abschnitt dargestellten Rechtsprechung entsteht auf den ersten Blick der Eindruck, dass der freien Verwertbarkeit der Kenntnisse aus Kartellverwaltungsverfahren «Tür und Tor geöffnet» seien. Das Gegenteil trifft indes zu: Das Bundesverwaltungsgericht betont an mehreren Stellen, dass die Wettbewerbsbehörden eine Beschränkung der Verwertung der Informationen anzuordnen hätten, die im Rah-

992 BVerG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 7.6.

993 Siehe zu den unterschiedlichen Kategorien *oben* § 8. 3.

994 BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.3.4.5.

men der Amtshilfe übermittelt werden.⁹⁹⁵ Hierdurch sei eine sachfremde Verwertung zu verhindern.⁹⁹⁶ Ähnliche Vorkehrungen sind sodann im Rahmen der Akteneinsicht in Kartellverwaltungsverfahren anzuordnen.

Sodann sind Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen in der Praxis nichts Neues.⁹⁹⁷ Zivilgerichte haben bereits unter Androhung einer Strafe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB angeordnet, dass gewisse Informationen ausschliesslich in jenem Verfahren verwertet werden dürfen, aus dem sie stammen (Verwertungsbeschränkung), und nicht weiterverbreitet werden dürfen (Geheimhaltungsverpflichtung).⁹⁹⁸ Auch duldete das Bundesverwaltungsgericht in einem nicht kartellrechtlichen Fall das Vorgehen der Vorinstanz, die einem Verfahrensbeteiligten, einem ETH-Angestellten, eine auf Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG gestützte Verwertungsbeschränkung und Verpflichtung zur Geheimhaltung eines Untersuchungsberichts unter Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB auferlegt hatte.⁹⁹⁹ So entschied jüngst auch das Bundesgericht, wonach an einen Kanton übermittelte Informationen einzig zur Durchsetzung von kartellrechtlichen

995 So auch zuletzt das BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv.

996 Nach dem BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.4, ist eine Weitergabe trotz des grundsätzlichen Verwertungsverbots von Art. 25 Abs. 2 KG zulässig, sofern die Informationen ausschliesslich zweckentsprechend verwertet werden, was mit der Anordnung einer «Auflage» sicherzustellen ist. Der Umstand, dass das BVGer von einer «Auflage» spricht, bedeutet nicht zwingend, dass seine Aussagen ausschliesslich in Bezug auf das DSGVO von Relevanz sind. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich etwa aus BVGer 21.04.2008, A-7021/2007, E. 6.7, nach dem die Verwertung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG zugänglich gemachten Informationen mit der «Auflage» verbunden wurde, die Informationen ausschliesslich im Rahmen des hängigen Verfahrens zu verwerten; siehe auch WERMELINGER, Amtshilfe, S. 200.

997 Siehe als Beispiele aus der Kartellverwaltungsrechtspraxis BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv; BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, Sachverhalt Bst. E.

998 ZR 87 (1988) Nr. 60, S. 156, E. 8; ZR 91/92 (1992/1993), Nr. 4, S. 7, E. B; so auch bei DROESE, Akteneinsicht, S. 175; STÄUBER, Schutz, S. 200 Fn. 874.

999 BVGer 21.04.2008, A-7021/2007, E. 6.7; diese Rechtsprechung wird von STÄUBER, Schutz, S. 202 Fn. 882, dahin gehend kritisiert, dass Art. 26 ff. VwVG keine geeignete Rechtsgrundlage darstelle, um eine überprozedural andauernde Geheimhaltungsanordnung zu rechtfertigen; von einer anderen Warte aus kritisch sodann HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 67 Fn. 50, der die eigentlichen Rechtsgrundlage für eine derartige Einschränkung nicht bezweifelt, hingegen die Geheimhaltungsverpflichtung wohl als eine zu weitgehende Grundrechtseinschränkung ansieht.

Schadenersatzansprüchen verwertet werden dürfen und zudem nicht an Drittpersonen oder Behörden zu anderen Zwecken weiterzugeben sind.¹⁰⁰⁰

Die Doppelspurigkeit von Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung ist wie folgt zu erklären: Eine Geheimhaltungsverpflichtung schliesst eine Verwertung von Informationen ausserhalb des Verfahrens nicht aus. Eine Verwertungsbeschränkung verpflichtet den Empfänger der Informationen nicht zur Geheimhaltung.¹⁰⁰¹ Um ein «Nach-aussen-Sickern» der Informationen zu verhindern, bedarf es der Anordnung einer Verwertungsbeschränkung und einer Geheimhaltungsverpflichtung.¹⁰⁰²

II. Verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen

Behördlich angeordnete Verwertungsbeschränkungen sind verwaltungsrechtliche Nebenbestimmungen in Form einer Auflage¹⁰⁰³ und ermöglichen es den Behörden, durch eine Verfügung begründete Rechte und Pflichten an die Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen und zu präzisieren.¹⁰⁰⁴ Sie regeln somit die Modalitäten einer Verfügung¹⁰⁰⁵ und erlauben die rechtmässige Ausübung eines eingeräumten Rechts.¹⁰⁰⁶ Ebenso wie für die Hauptverfügung gilt das Gesetzmässigkeitsprinzip für die Nebenbestimmungen. Jedoch werden weniger strenge Anforderungen an die Gesetzmässigkeit der Nebenbestimmungen gestellt. So bedarf es nicht zwingend eines Rechtssatzes, der explizit die Möglichkeit der Anordnung einer Auflage wie etwa einer Verwertungsbeschränkung vorsieht. Die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung kann sich aus dem mit dem Gesetz

1000 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, Urteilsdispositiv.

1001 STÄUBER, Schutz, S. 200 f.

1002 Im Folgenden bezieht sich der Begriff «Verwertungsbeschränkung» auf eine durch die Weko angeordnete Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung. Zu berücksichtigen ist, dass eine Verwertungsbeschränkung in der Praxis mit einer Geheimhaltungsverpflichtung zu verbinden ist.

1003 Vgl. BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 11.5.4; BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3.

1004 BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 906; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 90; BOSSHART/BERTSCHI, in: Griffel (VRG), § 19 N 30.

1005 MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52; Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht, N 90.

1006 BGE 131 I 166, E. 4.4; BGer 21.08.2012, 8C_65/2012, E. 5.2.

verfolgten Zweck ergeben und aus einem mit der Hauptverfügung zusammenhängenden öffentlichen Interesse hervorgehen.¹⁰⁰⁷ Nebenbestimmungen sind aber nur insofern zulässig, als sie nicht sachfremd oder unverhältnismässig sind.¹⁰⁰⁸

Art. 25 Abs. 2 KG beschränkt die Verwertung der Behördenkenntnisse auf die mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten (kartellrechtlichen) Zwecke. In dieser Bestimmung wird vorliegend die Grundlage für eine den Verfahrensbeteiligten auferlegte Beschränkung der Verwertung von Informationen erblickt, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. Sollte entgegen der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Ansicht Art. 25 Abs. 2 KG nicht als ausreichende gesetzliche Bestimmung angesehen werden, schliesst dies die Rechtmässigkeit einer Verwertungsbeschränkung nicht aus, da Nebenbestimmungen auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sind, sofern sie sich aus dem verfolgten Gesetzeszweck ergeben. Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäss sowohl für eine auf Art. 25 Abs. 2 KG gestützte Verwertungsbeschränkung als auch für eine Verwertungsbeschränkung, die nicht auf einer expliziten Gesetzesgrundlage beruht.

Nicht auszuschliessen ist, dass die Weko oder die verwaltungsrechtlichen Instanzgerichte Art. 25 Abs. 2 KG nicht als ausreichende materiellrechtliche Grundlage für eine Beschränkung der Verwertung von Informationen betrachten, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden. In diesem Fall ist *de lege ferenda* eine explizite Norm zu fordern, die die Verwertung von Kenntnissen beschränkt, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden.¹⁰⁰⁹ Diese Norm hätte sich inhaltlich an den im Folgenden vorgeschlagenen Beschränkungen auszurichten.¹⁰¹⁰

Eine gesetzliche Grundlage erscheint ausserdem auch in folgender Hinsicht wünschenswert: Der Zugang zu schützenswerten Informationen ist

1007 BVerfG 06.03.2018, A-6841/2016, E. 9.2; BVerfG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3 m. w. N.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 94; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 926; SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 165 f.; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52; vgl. auch BGE 88 I 215.

1008 Vgl. BGE 131 I 166, E. 4.4; BVerfG 06.03.2018, A-6841/2016, E. 9.2; BVerfG 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 125 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 96; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 52.

1009 Siehe *unten* § 20. 2.

1010 Siehe *unten* § 15. 2. III.

eher in Betracht zu ziehen, wenn den Empfänger qua Gesetz eine Geheimhaltungspflicht trifft oder der zur Geheimhaltung Verpflichtete dauerhaft in einer für ihn wichtigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zum Geheimnisherrn steht. Das Geheimhaltungsinteresse Dritter wird dann insofern berücksichtigt, als die Verwertungsbeschränkungs- bzw. Geheimhaltungspflicht eher durchzusetzen ist.¹⁰¹¹ Wird ein Kartellopfer ad hoc durch die Wettbewerbsbehörden zu einer Verwertungsbeschränkung verpflichtet, steht die Durchsetzbarkeit zur Debatte.¹⁰¹² Unter der Annahme, dass eine behördlich angeordnete Verwertungsbeschränkung möglich ist oder durch eine noch zu erlassende Norm möglich wird, sind also die möglichen Missbrauchsgefahren zu berücksichtigen.¹⁰¹³ Umgeht der Informationsempfänger die Verwertungsbeschränkung, ist es für die an der Verwertungsbeschränkung interessierte Partei und die Behörde häufig schwierig, die Umgehung zu beweisen. Derartige Unwägbarkeiten sind nicht zu ignorieren.¹⁰¹⁴

III. Ausgestaltung der Verwertungsbeschränkung

Die Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren einerseits und eine Verwertungsbeschränkung andererseits stellen zwei unterschiedliche Anordnungen dar, auch wenn sie in der Praxis gemeinsam auszusprechen sind. Die Einhaltung einer Auflage kann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Akteneinsicht in einem Kartellverwaltungsverfahren haben, da diese einer möglichen Verwertung zwingend vorgeschaltet ist.¹⁰¹⁵ Wird einer entsprechenden Auflage nicht Folge geleistet, kann das Gemeinwesen – hier die Weko – sie zwangsweise durchsetzen.¹⁰¹⁶ Sie muss daher klar

1011 HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 66 Fn. 43.

1012 Siehe HÄUSERMANN, Vertraulichkeit, S. 66.

1013 Für eine ähnliche Ansicht zu einer Verwertungsbeschränkung entsprechender Akten aus dem Strafprozess DROESE, Akteneinsicht, S. 175 f.; für eine ähnliche Ansicht zu einer Verwertungsbeschränkung entsprechender Akten aus dem Zivilprozess STÄUBER, Schutz, S. 203.

1014 DROESE, Akteneinsicht, S. 175 f.; vgl. STÄUBER, Schutz, S. 203.

1015 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 28 N 94; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 920; vgl. auch ausführlich zur Unterscheidung von Auflage und Bedingung, SCHNEIDER-SHAH, Nebenbestimmungen, S. 37, 100 f.

1016 BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 920; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 53.

und deutlich im Verfügungsdispositiv festgehalten werden.¹⁰¹⁷ Als Rechtsgrundlage für eine Verwertungsbeschränkung kommt Art. 23 Abs. 1 KG in Betracht.¹⁰¹⁸ Zuwiderhandlungen gegen die Verwertungsbeschränkung sind nach Art. 50 KG und Art. 54 KG sanktionsbewehrt,¹⁰¹⁹ was entsprechend anzuordnen ist.

Die Verwertungsbeschränkung ist in dreierlei Hinsicht zu präzisieren:¹⁰²⁰

Eine Verwertungsbeschränkung sollte in sachlicher Hinsicht dahin gehend ausfallen, dass eine Verwertung der Informationen ausserhalb des Verfahrens ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche möglich ist. Die am Verfahren beteiligten Unternehmen haben so zumindest die Sicherheit, dass von ihnen stammende Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Eine anderweitige Verwertung wäre sachfremd. Der Einwand des Schutzes eines Geschäftsgeheimnisses verfängt ebenfalls nicht, da diesem im Rahmen der Akteneinsicht ein hoher Schutz zukommt.¹⁰²¹

Die Verwertungsbeschränkung ist in persönlicher Hinsicht durch die Wettbewerbsbehörden zu konkretisieren. Die Verwertung der Verfahrensdokumente erfolgt ausschliesslich durch den Verfahrensbeteiligten oder seinen Rechtsnachfolger. Als Rechtsnachfolger ist ferner zu verstehen, wer den kartellzivilrechtlichen Anspruch erworben hat. Dies ist von praktischer Relevanz, wenn kartellrechtliche Ansprüche von Inkassodienstleistern geltend gemacht werden. Im EU-Ausland wie etwa in Deutschland arbeiten Prozessfinanzierer mit Unternehmen, sog. «*special purpose vehicles*» (SPV), zusammen, die die notwendige Infrastruktur für die Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche zur Verfügung stellen. Kartellopfer treten ihre Ansprüche an ein SPV ab – im Fall einer erfolgreichen Durchsetzung des Kartellschadenersatzes erhält der Zessionar einen Teil des schlussendlich erstrittenen Schadenersatzes. Allerdings werden in der Gerichtspraxis hohe Anforderungen an das SPV gestellt, etwa im Hinblick auf die unterschiedlichen Interessen der jeweiligen Zessionare.¹⁰²² Zudem muss das SPV finanziell ausreichend ausgestattet sein, damit die Forde-

1017 MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. 49 N 53.

1018 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 Fn. 115.

1019 BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 357.

1020 Siehe zu der Beschränkung der Verwertung von Kronzeugeninformationen unten § 15. 3.

1021 Siehe oben § 14. 1.

1022 Siehe hierzu LG München I, Urteil vom 07.02.2020, 37 O 18934/17, N 140.

rungsabtretung – zumindest nach deutschem Recht – nicht als sittenwidrig qualifiziert wird.¹⁰²³

Sollte der Schweizer Gesetzgeber in Anlehnung an die KSRL in Erwägung ziehen¹⁰²⁴, Ausnahmen von der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartelltüter einzuführen, etwa für Selbstanzeiger oder KMU, ist ferner die Möglichkeit auszuschliessen, dass die Informationen als «*bargaining chip*» verwertet werden. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn sich ein Kartellopfer und ein Kartelltüter aussergerichtlich einigen wollen und der Kartelltüter dem Kartellopfer die Verfahrensdokumente zukommen lässt, um für sich eine möglichst vorteilhafte aussergerichtliche Einigung auszuhandeln. Dies könnte für den Kartelltüter zudem den Vorteil haben, dass das Risiko einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme der übrigen am Verstoß beteiligten Unternehmen steigt, was sich zu seinen Gunsten auswirken kann.¹⁰²⁵

Die Verwertung der Informationen ist ausserhalb des Verfahrens, in dem sie erhoben wurden, bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung der Weko einzuschränken. Das erstinstanzliche Verfahren gilt erst als abgeschlossen, wenn es gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten mit Parteilstellung abgeschlossen ist, einschliesslich «hybrid» gewordener Verfahren. Diese Einschränkung ist vor dem folgenden Hintergrund gerechtfertigt: Viele der Dokumente werden ausschliesslich im Hinblick auf ein Kartellverwaltungsverfahren erstellt. Ohne ein solches Verfahren würden die Informationen nicht existieren, würde kein Verwaltungsverfahren eröffnet und wäre die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche kaum möglich. Dies stellt sicher, dass nicht bereits während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vorläufige Erkenntnisse in Zivilprozesse eingeführt werden, ohne dass die Beteiligung an einem Wettbewerbsverstoß im Verfahren vor der Weko festgestellt worden ist. Zudem muss ein Unternehmen so nicht bereits während eines laufenden Verwaltungsverfahrens damit rechnen, dass die gelieferten Informationen gegen sich selbst verwertet werden – dies könnte den Kooperationswillen wesentlich schwächen. Die

1023 So in OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, N 55 f.; siehe hierzu auch WEITBRECHT, Kartellschadensersatz 2017, S. 112.

1024 Art. 11 Abs. 4–6 KSRL, siehe ausführlich zur Umsetzung dieser Bestimmungen der KSRL in das deutsche Recht MACKENRODT, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, 2017, S. 173 ff.

1025 Nach wie vor fehlt es – soweit ersichtlich – an ausländischer Rechtsprechung, die sich mit diesen Konstellationen auseinandersetzt. Allerdings haben im Rahmen dieser Arbeit durchgeführte Experteninterviews gezeigt, dass diese Option häufig in Betracht gezogen wird.

zeitliche Verwertungsbeschränkung verhindert zudem, dass die von der Weko gewählte Verfahrensstrategie bekannt wird.

Die zeitliche Verwertungsbeschränkung ist im Hinblick auf die relative Verjährungsfrist der deliktischen Ansprüche mit gebotener Zurückhaltung zu betrachten. Solange die Verjährungsfrist nicht während eines Verwaltungsverfahrens unterbrochen wird oder stillsteht, kommt es – nach wie vor¹⁰²⁶ – auf die Frage an, von welchem Zeitpunkt an die relative Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Nach Massgabe des Bundesgerichts beginnt die relative Verjährungsfrist zu laufen, sobald der potenziell Geschädigte nach Treu und Glauben sagen kann, dass es nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit zur weiteren Abklärung gibt und auch genügend Unterlagen zur Klageeinreichung vorliegen, sodass ihm die Einreichung der Klage zuzumuten ist.¹⁰²⁷ Eine auf Art. 25 Abs. 2 KG gestützte zeitliche Verwendungsbeschränkung, etwa bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung der Weko, ist in der derzeitigen Ausgangslage wohl nur vertretbar, wenn die Beurteilung der relativen Verjährungsfrist so ausfällt, dass der kartellzivilrechtliche Anspruch des Kartellopfers nicht bereits vor Ablauf der zeitlichen Verwendungsbeschränkung verjährt ist.¹⁰²⁸

3. Insbesondere: Beschränkung der Verwertung von Selbstanzeigeinformationen

I. Verwendung der Selbstanzeige

Der bereits dargestellte Schutz der Selbstanzeige im Rahmen der Akteneinsicht unterstreicht die wesentliche Bedeutung der Bonusregelung für die Wettbewerbsbehörden. Die Einschränkungen der Akteneinsicht in die

1026 Die im September 2014 gescheiterte Kartellgesetzrevision sah vor, dass die Verjährungsfrist für kartellzivilrechtliche Ansprüche in Zukunft «ab der Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde bis zum rechtskräftigen Entscheid stillstehen» würden, KG Botschaft 2012, S. 6929.

1027 BGer 29.01.2010, 5A_563/2009, E. 4.1; vgl. auch zur Verjährungsproblematik im schweizerischen Kartellzivilrecht, PICHT/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 32 ff. m. w. N.

1028 Im Unterschied zur schweizerischen Ausgangslage, siehe das Urteil in der Rechtssache EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263. Der EuGH stellte hierin fest, dass die Verjährungsfrist zwar dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht unterliege, diese aber dem Grundsatz der Effektivität entsprechen müsse.

Selbstanzeige führen zu einem faktischen Beweisverwertungsverbot, da die Hauptbeteiligten oder Dritte mit Parteistellung i. d. R. keiner Kopie der Selbstanzeige habhaft werden und diese dementsprechend nicht als Beweismittel in einem Zivilprozess offerieren können.¹⁰²⁹

Nicht entnehmen lässt sich dem Merkblatt/Bonusregelung, ob die Notizen oder diktierten Passagen in der Folge in einen *Follow-on*-Prozess eingebracht werden können. Von zivilprozessualer Warte aus betrachtet, ist zu fragen, wie diese Notizen zu bewerten sind. Vorliegend wird vorgeschlagen, eine Abschrift der Selbstanzeige, die möglicherweise nur in elliptischen Sätzen den Inhalt der Anzeige wiederzugeben vermag, nicht als Beweismittel zu qualifizieren, sondern als substanziierte Parteibeauptung und somit als Tatsachenbehauptung. Dieser Tatsachenbehauptung zufolge liegt den Wettbewerbsbehörden eine Selbstanzeige vor und weist den Inhalt gemäss den Notizen auf. Unbeachtlich ist, ob die Notizen im Tatsachenvortrag in der Rechtsschrift oder in einer zur Rechtsschrift eingereichten Abschrift wiedergegeben werden. Der Inhalt der Selbstanzeige lässt sich durch eine notizenhafte Abschrift nicht erstellen bzw. beweisen, sondern bleibt eine Behauptung. Als Beweismittel für den Inhalt müsste vielmehr eine Partei- bzw. Zeugenbefragung dienen, in der der Befragte bestätigt, dass er das Abgeschriebene gesehen habe und die Abschrift dem Gesesehenen entspreche. Das kann auch als «schriftliche Zeugenaussage» erfolgen, die dann unter Umständen als Urkunde und damit als Beweismittel behandelt wird. Sollten an einem Zivilverfahren mehrere potenziell Geschädigte als Partei beteiligt sein, die im vorangegangenen Kartellverwaltungsverfahren Notizen der Selbstanzeige angefertigt haben, und sich diese Notizen dem Inhalt nach ähneln, vermag dies den Tatsachenbehauptungen Nachdruck zu verleihen, was als Indiz für deren inhaltliche Korrektheit spricht.

Trotz fehlenden Beweiswerts werden durch die notizenhafte Abschrift der Selbstanzeige der Substanziierungsgrad der Behauptung und somit auch der erforderliche Substanziierungsgrad einer Bestreitung erhöht: Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts dargelegt werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Sollte ernsthaft versucht werden, auch dieser Form der Verwendung der Selbstanzeige beizukommen, sollte die im Merkblatt enthaltene Verwertungsbeschränkung entsprechend angepasst bzw. durch eine Geheimhaltungsverpflichtung ergänzt werden.

1029 Weko, Merkblatt/Bonusregelung, N 51, erstes Lemma.

Auch der praktische Mehrwert eines Verbots der Verwendung der Selbstanzeige ist nach der aktuellen Ausgestaltung der Akteneinsicht hypothetischer Natur – die Verfahrensbeteiligten erhalten i. d. R. keine Kopie der Selbstanzeige und können diese folglich nicht als Beweismittel in einem Kartellzivilprozess offerieren. Die Gefahr einer Verwendung einer Kopie der Selbstanzeige scheint damit vorerst nicht virulent zu werden. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass – sei es durch ein Versehen oder sogar eine Praxisänderung – andere Verfahrensbeteiligte einer Kopie der Selbstanzeige oder eines Auszugs daraus habhaft werden. Für diesen Fall hat die Weko vorzusehen, dass derartige Dokumente ausserhalb des Verwaltungsverfahrens allgemein einer Geheimhaltungsverpflichtung und einem Verwendungsverbot unterliegen.

Nicht auszuschliessen ist, dass in ein Kartellzivilverfahren vor Schweizer Gerichten Kronzeugenerklärungen aus Verfahren der Kommission oder einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde als Beweismittel eingebracht werden. Die in sämtlichen Mitgliedstaaten implementierte KSRL ist für die Schweiz nicht bindend, und somit ergeben sich in diesem Zusammenhang keine Einschränkungen der Verwendung von Kronzeugenerklärungen aus dem Unionsrechtsraum in schweizerischen Kartellzivilprozessen. Ähnliches muss in der umgekehrten Ausgangslage gelten.¹⁰³⁰ Das durch die KSRL eingeführte Verbot der Beweisverwertung von Kronzeugenerklärungen bezieht sich ausschliesslich auf die bei einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde oder der Kommission eingereichten Kronzeugenerklärungen.¹⁰³¹ Die Verwendung von Kronzeugenerklärungen aus Drittstaaten, wie etwa einer Selbstanzeige aus der Schweiz, vor den mitgliedstaatlichen Zivilgerichten wird durch die KSRL nicht berührt und ist somit grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

Einschränkend gilt anzufügen, dass in Kartellzivilverfahren innerhalb der EU die Verwendung von Kronzeugenerklärungen nur dann ausgeschlossen ist, wenn diese durch die Ausübung der Akteneinsicht während eines Verwaltungsverfahrens erlangt wurden.¹⁰³² Nicht erfasst ist die Verwendung dieser Dokumente, wenn sie auf eine andere Art wie etwa den Zugang nach der TransparenzVO beschafft wurden.¹⁰³³ Eine Verwendung

1030 Vgl. Immenga/Mestmäcker/BACH, Band 2, GWB § 33g N 111.

1031 Der Begriff «Wettbewerbsbehörde» wird in Art. 2 Abs. 8 KSRL dahin gehend definiert, dass darunter mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden oder die Kommission fallen, vgl. Art. 2 Abs. 7 KSRL; siehe auch betreffend die durch die KSRL vorgenommene Kategorisierung *oben* § 8. 3.

1032 Vgl. Art. 6 Abs. 2 KSRL.

1033 Siehe *oben* § 10.

derart erlangter Kronzeugenerklärungen sollte somit auch in der Schweiz grundsätzlich bedenkenlos möglich sein.

Die Kommission wehrte sich in jüngster Vergangenheit aktiv und teilweise erfolgreich gegen eine Berücksichtigung von Kronzeugenerklärungen als Beweismittel in Kartellzivilprozessen ausserhalb der EU. Besonders aktiv ging sie gegen eine mögliche Verwendung von Kronzeugenerklärungen in amerikanischen Zivilprozessen vor. Konkret bat die Kommission die jeweiligen Zivilgerichte – teilweise erfolgreich –, von einer Offenlegung von Kronzeugenerklärungen in einer «*pre-trial discovery*» abzusehen oder die Kronzeugenerklärungen im Verfahren nicht zu berücksichtigen.¹⁰³⁴ Ein ähnliches Vorgehen der Kommission vor Schweizer Zivilgerichten ist nicht auszuschliessen, wenn in einen Zivilprozess durch die Ausübung der Akteneinsicht gewonnene Kronzeugenerklärungen als Beweismittel eingebracht werden sollen.

In einer entsprechenden Ausgangslage läge in der Schweiz ein Kartellzivilprozess mit internationalem Sachverhalt vor. Findet dann das europäische Wettbewerbsrecht oder das Wettbewerbsrecht eines der Mitgliedstaaten der Union Anwendung, müsste geprüft werden, ob die jeweiligen Beweisverbote der *Lex fori* oder der *Lex causae* der entsprechenden Jurisdiktion entsprechen. Bei der zweiten Variante könnte sich das Verwertungsverbot über die EU-Grenzen hinaus auswirken. Im gegenteiligen Fall ist allerdings fraglich, ob ein Schweizer Ober- oder Handelsgericht seine freie Beweiswürdigung zugunsten einer ausländischen Verwaltungsbehörde im Sinne der «*negative comity*»¹⁰³⁵ einschränkt. Falls es dies tut, könnte darin ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV bestehen.

1034 United States District Court of the District of Columbia, In Re: Vitamins Antitrust Litigation – Misc. No. 99–197; United States District Court of Northern District of California, In Re: Methionine Antitrust Litigation Case No. C-99-3941; United States District Court of Northern District of California, In Re: Rubber Chemicals Antitrust Litigation Case No. C04-1648 MJJ (BZ); vgl. auch zu diesem Themenkomplex KALLIRIS/PIKE, Intervener, S. 144; ASHTON, Competition, N 4.189; sowie die monografischen Abhandlungen von DENOTh, Kronzeugenregelungen, *passim*; SALEMME, Enforcing, *passim*.

1035 Vgl. zur «*comity*» im kartellrechtlichen Verfahren DIKE KG-FREUND, vor Art. 58–59 N 49 m. w. N.

II. Im Hinblick auf die Bonusregelung erstellte Dokumente

Verwaltungsverfahren bedingen, dass gewisse Dokumente durch die Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf das Verfahren erstellt und an die Behörden übermittelt bzw. durch die Wettbewerbsbehörden eigens für das Verfahren erstellt und an die Verfahrensbeteiligten übermittelt werden.¹⁰³⁶ Dies sind etwa der Verfügungsantrag des Sekretariats an die Weko nach Art. 30 Abs. 1 KG und die hierzu von den Verfahrensbeteiligten abgegebenen Stellungnahmen nach Art. 30 Abs. 2 KG.¹⁰³⁷ Hierzu zählen ebenfalls die Antworten auf Auskunftersuchen der Wettbewerbsbehörden nach Art. 40 KG.¹⁰³⁸ Das Merkblatt/Bonusregelung äussert sich nicht zu einer möglichen Verwendung dieser Dokumente in einem allfälligen Kartellzivilverfahren. Auch kennt das schweizerische Kartellverfahrensrecht keine Bestimmung, die die Wettbewerbsbehörden explizit ermächtigt, die Verwendung dieser Dokumente in *Follow-on*-Prozessen oder die Weitergabe der Dokumente an Dritte zu untersagen.¹⁰³⁹ Vorliegend wird vertreten, dass die Verwertung dieser Informationen denselben Verwertungsbeschränkungen unterliegen sollte wie die Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Selbstanzeige.¹⁰⁴⁰

III. Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige

Die Weko hält in Randnr. 51, zweites Lemma, des Merkblatts/Bonusregelung fest, dass die im Rahmen der Akteneinsicht «zur Verfügung gestellten Kopien [der vorbestehenden Beweismittel] nur zum Zwecke der Verteidigung im Kartellverwaltungsverfahren vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden verwendet werden dürfen (nicht aber in Zivil-, Straf- und ausländischen Verfahren).»

Entgegen der Ansicht der Weko ist infrage zu stellen, ob eine absolute Beschränkung der Verwendung der Beilagen zur Selbstanzeige in Kartell-

1036 Diese Dokumentenkategorie entspricht der durch die KSRL eingeführten «grauen Kategorie», siehe *oben* § 8. 3.

1037 Zur fehlenden Geheimhaltungspflicht des Verfügungsantrags des Sekretariats, vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356.

1038 Hierzu sind Dokumente, deren Edition nach Art. 40 KG verlangt wurde, grundsätzlich nicht zu zählen. Diese bestehen i. d. R. unabhängig vom Verfahren.

1039 Vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 356 f.

1040 Siehe *oben* § 15. 2.

zivilverfahren angezeigt und auf der Grundlage der aktuellen Gesetzeskonzeption überhaupt möglich ist.¹⁰⁴¹ Zweifelhaft ist, ob das Merkblatt eine genügende Rechtsgrundlage für die Einführung eines Beweisverwertungsverbots darstellt. Es erschwert oder verunmöglicht sogar die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche, ohne dass diese Dokumente eines nur annähernd ähnlich grossen Schutzes bedürfen wie die eigentliche Selbstanzeige – ein solcher Schutz der vorbestehenden Beweismittel geht zu weit. Anders als die Selbstanzeige werden diese Dokumente nicht im Hinblick auf einen möglichen Sanktionserlass erstellt. Die Informationen bzw. die entsprechenden Dokumente können von den potenziell Geschädigten oder den Wettbewerbsbehörden auch auf anderem Weg ausfindig gemacht werden. Vorliegend wird vertreten, dass die Verwertung dieser Informationen denselben Verwertungsbeschränkungen unterliegen sollte wie die Verwertung von Kenntnissen aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Selbstanzeige.¹⁰⁴²

4. Grundrechtsrelevanz der Verwertungsbeschränkung

Eine Verwertungsbeschränkung tangiert das Recht, in zukünftige Verfahren sämtliche Beweise einzubringen – das Recht auf Beweis wird eingeschränkt. Dieses resultiert aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, das nach Art. 29 Abs. 2 BV allen Parteien eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens zusteht.¹⁰⁴³ Eine überprozessuale Beschränkung der Verwertung von im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemachten Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche ist ein Eingriff in dieses (Verfahrens-)Grundrecht.¹⁰⁴⁴ Aufgrund des verfassungsrechtlichen Rangs des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist jede Einschränkung ein Grundrechtseingriff. Hinzu kommt, dass eine Geheimhaltungspflicht der Verfahrensbeteiligten eine Einschränkung der Kommunikationsfrei-

1041 Vgl. BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 349 f.; siehe DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 Fn. 1644, die auch auf die Notwendigkeit einer expliziten gesetzlichen Grundlage verweist; BSK KG-BANGERTER/ZIRLICK, Art. 49a N 147; vgl. auch ZIMMERLI, Dogmatik, S. 743 f.

1042 Siehe *oben* § 15. 2.

1043 GRONER, Beweisrecht, S. 56; BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 5; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 1; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 37, 50; vgl. auch MEYER-LADEWIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 6 EMRK N 101.

1044 Vgl. STÄUBER, Schutz, S. 173 und da Fn. 771; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 53 N 11; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, vor Art. 9–13a N 90.

heit nach Art. 16 BV darstellt.¹⁰⁴⁵ Die folgenden Ausführungen setzen sich ausschliesslich mit einer möglichen Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auseinander.

Einschränkungen der Verfahrensgrundrechte sind nur insofern zulässig, als der Eingriff einen rechtmässigen Zweck verfolgt, verhältnismässig ist und den Kerngehalt des Grundrechts nicht tangiert.¹⁰⁴⁶ Art. 36 BV, der primär Eingriffe in materielle und nicht verfahrensrechtliche Grundrechte regelt, findet sinngemäss Anwendung.¹⁰⁴⁷ Eine Grundrechtseinschränkung bedarf nach Art. 36 BV insbesondere einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, die sich auf Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsebene finden kann.

Die verfassungsrechtliche Problematik einer überprozessualen Verwertungsbeschränkung wurde – ohne jedoch explizit vom Recht auf Beweis zu sprechen – bereits in Bezug auf Zivilprozesse aufgegriffen. Eine strafbewehrte, prozessüberdauernde Geheimhaltungspflicht und ein Verbot der Verwendung von im Rahmen der zivilrechtlichen Akteneinsicht erlangten Dokumenten bedürften einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung.¹⁰⁴⁸ Nicht ausgeschlossen sei allerdings ein Abstellen auf Art. 156 ZPO, wenn sich die Massnahme im Einzelfall als gerechtfertigt und verhältnismässig erweise.¹⁰⁴⁹

Im VwVG fehlt es an einer mit Art. 156 ZPO vergleichbaren Vorschrift. Vorliegend wird Art. 25 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 25 Abs. 2 KG als materiell-rechtliche Norm verstanden, deren Schutzgut die kartellrechtskonforme Verwertung der Behördenkenntnisse ist. Wird die Verwendung von Dokumenten beschränkt, ist Art. 25 KG die gesetzliche Grundlage, um das Recht auf Beweis im hier interessierenden Umfang einzuschränken. Das Recht auf Beweis wird dahin gehend beschränkt, dass im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangte Kenntnisse ausschliess-

1045 Gemäss HÄUSERMANN, *Vertraulichkeit*, S. 67, darf dieses Persönlichkeitsgrundrecht nicht über Gebühr eingeschränkt werden, weshalb eine Einschränkung i. S. v. Art. 27 ff. ZGB nicht übermässig sein darf; BSK DSG-GRAMINA/MAURER-LAMBROU, Art. 9 N 10.

1046 EGMR vom 28.05.1985, *Ashingdane/Vereinigtes Königreich*, AZ 8225/78, N 93; EGMR vom 15.02.2000, *Garcia/Spanien*, AZ 38695/97, N 36; EGMR vom 06.03.2006, *Besseau/Frankreich*, AZ 73893/01, N 23; EGMR vom 14.12.2006, *Markovic u. a./Italien*, N 58.

1047 Die durch den EGMR entwickelten Kriterien werden durch das BGer sinngemäss angewandt; BGE 132 I 134, E. 2.1; BGE 131 II 169, E. 2.2.3, je m. w. N.; SUNARIC, *Partei*, S. 105.

1048 STÄUBER, *Schutz*, S. 202, unter Anlehnung an DROESE, *Akteneinsicht*, S. 175 f.

1049 STÄUBER, *Schutz*, S. 202.

lich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden können. Nicht von Art. 25 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 25 Abs. 2 KG gedeckt wäre hingegen eine Verwertungsbeschränkung, die eine Verwertung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangten Kenntnissen zu kartellrechtlichen Zwecken ausschliesst. Eine derartige Beschränkung wäre nicht mit Art. 25 Abs. 2 KG vereinbar, der eine Verwertung der Kenntnisse der Wettbewerbsbehörden zur Erreichung aller Durchsetzungsziele, namentlich der Kompensation, durchaus zulässt.¹⁰⁵⁰ Die Gesetzmässigkeit einer Verwertungsbeschränkung scheint allerdings immer dann fragwürdig, wenn diese Beschränkung zu einer faktischen Undurchsetzbarkeit anderer zivilrechtlicher Ansprüche führt.¹⁰⁵¹

5. Zivilrechtliche Beurteilung einer verwaltungsrechtlichen Verwertungsbeschränkung

Falls ein Hauptbeteiligter oder ein Dritter mit Parteistellung seine Kenntnisse entgegen einer allfälligen Verwertungsbeschränkung verwerten will, ist Art. 152 Abs. 2 ZPO zu beachten. Nach dieser Vorschrift sind rechtswidrig beschaffte Beweismittel in einem Zivilprozess nur zu berücksichtigen, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Unterschieden wird zwischen formell und materiell rechtswidrig beschafften Beweismitteln.¹⁰⁵² Ein Beweismittel ist formell rechtswidrig beschafft, wenn es unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift beigebracht wurde.¹⁰⁵³ Es ist materiell rechtswidrig beschafft, wenn es unter Verletzung einer materiell-rechtlichen Bestimmung beigebracht wurde.¹⁰⁵⁴ Der Begriff des Beschaffens beschränkt sich nicht auf den Vorgang der Erlangung der Verfügungsgewalt über ein Medium, das eine bestimmte Information enthält. Ein Beweismittel ist i. S. v. Art. 152 Abs. 2 ZPO materiell rechtswidrig beschafft, wenn als vertraulich vermerkte Anwaltskorrespondenz als Be-

1050 Siehe *oben* § 15. 1. II. b.

1051 Vgl. SUNARIC, Partei, S. 106 f. bei und mit Fn. 21; siehe in diesem Zusammenhang auch die Diskussion über die Wirksamkeit einer absoluten Verwertungsbeschränkung *unten* § 15. 5.

1052 BGE 140 III 6, E. 3.1; RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 158; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 13 ff.; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 785 f.

1053 BGE 140 III 6, E. 3.1; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 14; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 786.

1054 BGE 140 III 6, E. 3.1; RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 158.

weismittel in einem Zivilprozess offeriert wird.¹⁰⁵⁵ Materiell rechtswidrig ist hier nicht die Erlangung der Verfügungsgewalt über das Beweismittel – dieses wurde normkonform unter Rechtsanwälten ausgetauscht –, sondern die zweckfremde Verwendung der Korrespondenz als Beweismittel in einem Zivilprozess.¹⁰⁵⁶

Ähnlich verhält es sich mit der Einbringung von im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangten Informationen in ein Zivilverfahren. Im Rahmen der Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren erlangte Kenntnisse sind nicht widerrechtlich beschafft,¹⁰⁵⁷ da sie in Ausübung des rechtlichen Gehörs erlangt wurden. Ordnet die Weko hingegen, gestützt auf Art. 25 KG, eine Verwertungsbeschränkung an, ist die Einbringung der Informationen in einen Zivilprozess ein Verstoss gegen die besagte Norm. Dies lässt die Parallelen zur oben dargestellten Ausgangslage in Bezug auf die Verwendung der Anwaltskorrespondenz erkennen. Der potenziell Geschädigte erlangt auch hier auf rechtmässigem Weg Informationen; allerdings ist die beabsichtigte Verwertung dieser Informationen nach Art. 152 Abs. 2 ZPO materiell rechtswidrig. Das Zivilgericht muss somit im Einzelfall abwägen, inwiefern es die fraglichen Beweismittel berücksichtigen darf.¹⁰⁵⁸

Stellt sich in einem Zivilverfahren die Frage, ob ein Beweismittel berücksichtigt werden darf, muss insbesondere geprüft werden, ob das Interesse am Schutz des durch die Beweismittelverwertung beeinträchtigten Rechtsguts das Interesse an der materiellen Wahrheit überwiegt.¹⁰⁵⁹ Das Gericht hat zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem Interesse am Schutz des Rechtsguts, das durch die beabsichtigte Beweisverwertung tangiert wird, abzuwägen.¹⁰⁶⁰ Das Interesse an der Wahrheitsfindung hängt ab von

1055 BGE 140 III 6, E. 3.1.

1056 BGE 140 III 6, E. 3.1.

1057 Ein Beweismittel wurde rechtswidrig erlangt, wenn es unter Verletzung eines Rechtsguts beschafft wurde und somit ohne dass dafür ein Rechtfertigungsgrund bestand; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-HASENBÖHLER, Art. 152 N 35.

1058 Vgl. zu diesem Thema die monografische Abhandlung des Art. 152 ZPO durch RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess.

1059 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 47.

1060 BGE 140 III 6, E. 3.1; BGE 139 II 7, E. 6.4.1; BGE 136 V 117, E. 4.2.2; BGE 131 I 272, E. 4.1.2; Botschaft ZPO 2006, S. 7312; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 14.

- der den Prozess beherrschenden Verfahrensmaxime (1),
 - der Höhe des infrage stehenden Streitwerts (2),
 - dem Interesse am Schutz des verletzten Rechtsguts (3) und
 - einer allfälligen Mitwirkungspflicht der Gegenpartei (4).
- (1) Dem Wahrheitsfindungsinteresse kommt im Geltungsbereich der klassischen Untersuchungsmaxime die grösste Bedeutung zu, wohingegen diesem Interesse im Geltungsbereich der klassischen Verhandlungsmaxime die geringste Bedeutung zugemessen wird.¹⁰⁶¹ Werden kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu Verwaltungsverfahren geltend gemacht, unterliegt der Prozess der klassischen Verhandlungsmaxime.¹⁰⁶² Dies spricht in der Tendenz gegen eine Berücksichtigung von Informationen, die entgegen einer Verwertungsbeschränkung verwertet werden.
 - (2) Weiter hat das Gericht den Streitwert zu berücksichtigen. Das Interesse an der Wahrheitsfindung steigt mit dem Streitwert.¹⁰⁶³ Die bisherigen *Follow-on*-Prozesse im EU-Ausland zeichneten sich durch hohe Streitwerte aus.¹⁰⁶⁴ Diese Ausgangslage dürfte sich in Bezug auf *Follow-on*-Prozesse in der Schweiz nicht bedeutend ändern, weshalb der Streitwert i. d. R. für eine Berücksichtigung der Beweismittel spricht.
 - (3) Der Rang des beeinträchtigten Rechtsguts bestimmt das Interesse an der Wahrheitsfindung. Bei einer rechtswidrigen Verwertung von Informationen aus einem Verwaltungsverfahren wäre das betroffene Interesse die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung. Dieses Interesse wäre gegen das Interesse des Kartellopfers am Schadenersatz abzuwägen. Ferner müsste berücksichtigt werden, dass die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes nicht ausschliesslich private Interessen verfolgt.¹⁰⁶⁵
 - (4) Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob der Inhaber des beeinträchtigten Rechtsguts eine Mitwirkungspflicht hatte. Verweigert der Kartelltäter etwa im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO seine Mitwirkung oder weigert er sich, eine entsprechende Urkunde nach Art. 160 Abs. 1 ZPO zu edieren, wird

1061 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 51; ZK-ZPO HASENBÖHLER, Art. 152 N 38.

1062 Siehe *oben* § 1.

1063 RÜEDI, Haftpflichtprozess, S. 167 f.; RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess, N 338; wohl auch SPÜHLER, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln, S. 148 f.

1064 Vgl. FREUND, Munich trucks cartel.

1065 Siehe *oben* § 6.

das Interesse am Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts deutlich geringer gewichtet.¹⁰⁶⁶ In diesem Fall ist die Berücksichtigung eines einer Verwendungsbeschränkung unterliegenden Dokuments, das im Rahmen der Edition oder vorsorglichen Beweisführung zugänglich gemacht werden müsste, nach Art. 152 Abs. 2 ZPO möglich.

Für eine Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels kann auch der Umstand sprechen, dass die beweisbelastete Partei in Beweisnot ist und das infrage stehende Beweismittel das einzige Mittel darstellt, um ihr zu ihrem Recht zu verhelfen.¹⁰⁶⁷ In dieser Ausgangslage kann in Art. 152 Abs. 2 ZPO ein notwendiges Korrektiv erblickt werden, um in diesen Ausnahmefällen einer unverhältnismässigen Einschränkung des Rechts auf Beweis entgegenzuwirken. Diese Überlegungen können auf die Einbringung einer im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erhaltenen Kopie der Selbstanzeige, von Auszügen daraus oder weiteren einem Beweisverwertungsverbot unterliegenden Dokumenten in einen Kartellzivilprozess angewandt werden. Im Vergleich zu der durch die KSRL nivellierten Ausgangslage gereicht es dem vorliegenden Vorschlag zum Vorteil, dass die Durchsetzung eines kartellzivilrechtlichen Anspruchs nicht verunmöglicht wird, auch wenn dies nur in Extremsituationen zutreffen dürfte.¹⁰⁶⁸ In diesen Ausgangslagen, in denen etwa einzig die (Kopie der) Selbstanzeige oder eine Beilage das entscheidende Beweismittel darstellt, ist Art. 152 Abs. 2 ZPO ein entscheidendes Sicherheitsventil.

6. Wertende Zusammenfassung (§§ 13–15)

Die Besonderheit, dass sich Dritte, wie Kartellopfer, unter Umständen als Partei an einem Kartellverwaltungsverfahren beteiligen können, ist grundsätzlich zu begrüssen. Dies kann sich positiv auf das Verfahren auswirken, weil so die Verfahrensdokumente zusätzlich durch Dritte kontrolliert und kommentiert werden. Ebenso können auf diesem Weg neue Informationen in das Verfahren gelangen, was die öffentliche Durchsetzung stärkt. Zudem können so Beweismittel zusammengetragen werden, die die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche erleichtern. Die Akteneinsicht Dritter mit Parteistellung bewegt sich innerhalb der Grenzen des

1066 Vgl. RÜEDI, Beweismittel im Zivilprozess, N 350 f.

1067 BJ, Begleitbericht VE-ZPO, Art. 147; GRÖNER, Beweisrecht, S. 144.

1068 Siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 3.

Art. 27 VwVG. Allerdings können die Grenzen der Akteneinsicht in Bezug auf verfahrensbeteiligte Dritte mit Parteistellung enger gezogen sein als bei den Hauptparteien. Das ausschlaggebende Kriterium ist, inwiefern es der Akteneinsicht zur Wahrung der Interessen der Verfahrensbeteiligten bedarf.

Die Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei in Kartellverwaltungsverfahren, denen ein *Hardcore*-Kartell nach Art. 5 Abs. 3 KG zugrunde liegt, wird äusserst streng und im Hinblick auf die Beweismittelbeschaffung suboptimal gehandhabt. Allerdings scheint diese Handhabe durch das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung gerechtfertigt. Denn Kartellopfer verfügen i. d. R. über keine oder kaum Informationen, die sie für das Verfahren liefern können. Hingegen könnte das Verfahren durch die Ausübung ihrer Verfahrensrechte wie das Einsichtsrecht beeinträchtigt werden. Die strengen Anforderungen der Praxis an die Parteistellung Dritter scheinen deshalb gerechtfertigt. Diese restriktive Handhabe ist allerdings nur insofern möglich, als sich Kartellopfer nach Art. 43 KG wirksam als Dritte am Kartellverwaltungsverfahren beteiligen können. In Bezug auf die Beteiligung Dritter nach Art. 43 KG verfügt die Behörde über ein weites Ermessen. Um die strenge Handhabe der Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei zu kompensieren, sollte die Ausgestaltung ihrer Beteiligung nach Art. 43 KG durchwegs ihr Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz berücksichtigen.

Im Rahmen der Akteneinsicht ist ferner zu berücksichtigen, dass das Alter einer Information einen massgeblichen Einfluss auf ihren wirtschaftlichen Wert hat und dass eine Information – zumindest grundsätzlich – nach fünf Jahren nicht mehr schutzwürdig ist. In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass eine Information, die in einem zu engen Näheverhältnis zu einem Wettbewerbsverstoss steht, nicht schutzwürdig und somit im Rahmen der Akteneinsicht immer zugänglich zu machen ist. Über die Frage, wann eine Information in einem entsprechenden Näheverhältnis steht, ist im Einzelfall zu entscheiden, wobei sich an der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu orientieren ist.

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die im Rahmen der Akteneinsicht gewonnenen Informationen grundsätzlich frei verwertbar sind, was im Hinblick auf die vielfältigen Beteiligungsformen am Kartellverwaltungsverfahren kritisch zu betrachten ist. Beteiligen sich etwa Kartellopfer oder Konkurrenten an einem Kartellverwaltungsverfahren, können Informationen, auf die sonst kein Zugriff besteht, zu nicht kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Dies kann den Kooperationswillen der Hauptbeteiligten schwächen. Um diese Problematik zu entschärfen, sollte die

Verwertbarkeit der Informationen, die durch Akteneinsicht erlangt wurden, begrenzt werden:

- In sachlicher Hinsicht dürfen diese Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken und insbesondere zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verwertet werden.
- In persönlicher Hinsicht ist sicherzustellen, dass ausschliesslich das die Akteneinsicht ausübende Unternehmen und seine Rechtsnachfolger die Kenntnisse verwerten dürfen.¹⁰⁶⁹
- In zeitlicher Hinsicht ist eine Verwertung der Informationen erst ab dem Verfahrensabschluss des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens gegenüber allen Verfahrensparteien möglich.

Die Beschränkungen der Verwertung der Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken ermöglichen es den Wettbewerbsbehörden, den involvierten Interessen gerecht zu werden, ohne das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung über Gebühr zu beeinträchtigen. Für die Selbstanzeigeinformationen – bis auf die Selbstanzeige – sollten ähnliche Beschränkungen gelten. Gelangen die Selbstanzeige oder Auszüge daraus an Verfahrensbeteiligte, ist die Verwertung dieser Informationen ausserhalb des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich zu untersagen, wobei eine Verwertung in Extremsituationen möglich sein muss.

1069 Einschliesslich Singularsukzessor betreffend den kartellzivilrechtlichen Anspruch.

§ 16. Veröffentlichung von (Sanktions-)Verfügungen

1. Öffentlichkeitsarbeit der Weko

Die Öffentlichkeit hat ein grosses Interesse an der Arbeit der Wettbewerbsbehörden. Um diesem Interesse gerecht zu werden und eine aktive Informationspolitik zu ermöglichen, bedarf es auf Behördenseite entsprechender Handlungsmöglichkeiten.¹⁰⁷⁰ Auch wenn das BGÖ nur die passive Informationstätigkeit der Behörden regelt und somit auf die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen keine Anwendung findet,¹⁰⁷¹ wird die Verwaltungstätigkeit vom Grundsatz der Transparenz bestimmt.¹⁰⁷² Dieser Grundsatz beeinflusst die aktive Informationspolitik der Wettbewerbsbehörden massgeblich und ist in Art. 49 KG verankert.¹⁰⁷³ Die Norm verschafft der Weko den notwendigen Spielraum, um die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren und insbesondere Kartellopfere auf ihre Ansprüche aufmerksam zu machen. Eine aktive Öffentlichkeitsarbeit der Wettbewerbsbehörden ist für die privatrechtliche Durchsetzung essenzi-

1070 Siehe hierzu auch TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 78. Zu berücksichtigen bleibt, dass der aktiven Informationstätigkeit die passive entgegensteht, nach der eine Behörde etwa auf Gesuch eines Bürgers hin verpflichtet ist, in ihrem Besitz befindliche Informationen zugänglich zu machen.

1071 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2; diese Aussage trifft nur begrenzt zu, da die Verwaltung nach Art. 21 Bst. b und Bst. c BGÖ i. V. m. Art. 18 f. VBGÖ angehalten ist, Informationen über wichtige Aufgabenbereiche und Geschäfte und die entsprechenden Dokumente zugänglich zu machen. Zweifelsohne ist dieses Handeln der aktiven Informationspolitik zuzuordnen. Systematisch betrachtet dient dies jedoch der passiven Informationspolitik und somit dem Informationszugangsrecht. Hingegen geht von den Veröffentlichungsbestimmungen des Kartellgesetzes selbst eine Sperrwirkung aus. Wäre etwa von einer Veröffentlichung nach Massgabe des KG abzusehen, eine Veröffentlichung allerdings gestützt auf das BGÖ möglich, wäre dies der Einheitlichkeit der Rechtsordnung abträglich. Zudem erfahren Geschäftsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, der auch auf Veröffentlichungen i. S. v. Art. 18 f. VBGÖ Anwendung findet, im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 4 KG, keinen absoluten Schutz. Durch eine parallele Anwendbarkeit könnte dieser Schutz unterlaufen werden; vgl. BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.1.

1072 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.1; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.1.1; in BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2, ist von einer Politik des «open government» die Rede; mit ähnlichem Tenor BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; siehe zum Gesetzeszweck des BGÖ unten § 17. 1.

1073 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2 m. w. N.; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2.

ell.¹⁰⁷⁴ Das Kartellgesetz kennt eine Reihe von Bestimmungen, nach denen die Behörden die Öffentlichkeit über ihre entsprechende Verwaltungstätigkeit zu informieren haben.¹⁰⁷⁵ Vorliegend interessiert die Veröffentlichung der nicht vertraulichen Fassung der Sanktionsverfügungen («Veröffentlichung»).

2. Ermessensentscheid

Nach Art. 48 Abs. 1 KG können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide¹⁰⁷⁶ veröffentlichen. Hierzu zählen insbesondere Verfügungen i. S. v. Art. 5 VwVG und somit auch Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG.¹⁰⁷⁷ Der Entscheidungsbegriff wird weit ausgelegt, weshalb hierunter auch die Schlussberichte der Vorabklärung fallen.¹⁰⁷⁸ Die Wettbewerbsbehörden sind nach Art. 48 Abs. 1 KG angehalten, vollständige Verfügungen und nicht nur einzelne Passagen daraus oder Zusammenfassungen der wesentlichen Entscheidungsgründe zu veröffentlichen.¹⁰⁷⁹ Dies sollte aber nicht ausschliessen, dass einzelne Passagen, etwa als Veranschaulichungsbeispiele, in Merkblättern oder Medienmitteilungen, gestützt auf Art. 49 KG, veröffentlicht werden.¹⁰⁸⁰

1074 Vgl. TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 78; CR Concurrency-TERCIER/MARTENET, Art. 49 N 5; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 49 N 4.

1075 So die Veröffentlichung der Eröffnung einer Kartelluntersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt unter Nennung der Untersuchungsadressaten wie des Untersuchungsgegenstands nach Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 KG und der regelmässig auf ein weites mediales Echo stossenden Pressemitteilung.

1076 Die Begriffe «Entscheid» und «Verfügung» werden im Folgenden synonym verwendet.

1077 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 5.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.2; für eine weite Auslegung des Begriffs «Entscheid» auch DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 6 f.; CR Concurrency-TERCIER/MARTENET, Art. 48 N 10 ff.; BREMER/STREBLER vertreten hingegen die Ansicht, dass sich Art. 48 Abs. 1 KG ausschliesslich auf Endverfügungen bezieht, BREMER/STREBLER, Verfügungsantrag, S. 347 f.

1078 BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.4.2, 5.5.5.

1079 Vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.6.

1080 A. A. wohl BREMER/STREBLER, Verfügungsantrag, S. 348, die in Bezug auf Veröffentlichungen von Verfügungen Art. 48 Abs. 1 KG als *Lex specialis* zu Art. 49 Abs. 1 KG auslegen und nach denen von Art. 48 Abs. 1 KG eine Sperrwirkung ausgeht.

Die Veröffentlichung von Verfügungen liegt nach Art. 48 Abs. 1 KG grundsätzlich im Ermessen der Weko¹⁰⁸¹ – der Gesetzeswortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG spricht von «können» und nicht von «müssen».¹⁰⁸² Das Ermessen ist pflichtgemäss und somit angemessen auszuüben.¹⁰⁸³ Besteht hingegen ein «genügendes Interesse» an der Veröffentlichung, steht der Behörde nach dem Bundesgericht kein Ermessensspielraum zu.¹⁰⁸⁴ Die Verfügung ist dann zu veröffentlichen.¹⁰⁸⁵ Höchst unbefriedigend ist es, dass sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Rechtsprechung erschliesst, wann ein «genügendes Interesse» besteht. In der Praxis ist die Frage, ob eine Verfügung missbräuchlich veröffentlicht wurde, kaum überprüfbar. Überprüft werden kann hingegen die Art und Weise der Veröffentlichung.¹⁰⁸⁶

Nicht überzeugend ist der Umstand, dass es sich bei der Veröffentlichung von Verfügungen um einen Ermessensentscheid und nicht um eine Behördenpflicht handelt. Dies leuchtet im Hinblick auf das Zusammenspiel von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung nicht ein. So kann die Behörde etwa die Frage, ob eine Verfügung für die Wirtschaftsteilnehmer von Relevanz und folglich zu veröffentlichen ist, nur dem Ansatz nach beantworten. Über die Relevanz einer Verfügung entscheidet schlussendlich der einzelne Wirtschaftsteilnehmer. Vor dem Hintergrund der Transparenz der Verwaltung¹⁰⁸⁷ und der Sensibilisierung sämtlicher Geschädigten sowie in Anbetracht der geringen Zahl bereits

1081 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.3; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 5.2.1; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.3.

1082 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, N 2.2; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.1; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 f.

1083 BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.3; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 21 m. w. N.

1084 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.2; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.2.

1085 BGE 142 II 268, E. 4.2.2; die Botschaft KG 1994, S. 618, hält fest, dass die Wettbewerbsbehörden zu einer Publikation ermächtigt, aber nicht verpflichtet sind; in diesem Sinne auch BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.1.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 10; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 48 N 7; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 302 f.; BORER, Kartellgesetz, Art. 48 N 1; SHK KG-KOLLER, Art. 48 N 1; SCHMIDHAUSER, Homburger (KG), Art. 48 N 3.

1086 Vgl. BGE 142 II 268, E. 4.2.6; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; siehe zu den Informationen, die grundsätzlich nicht veröffentlicht werden können, unten § 16. 5.

1087 Vgl. zu Art. 30 Abs. 3 BV, SGK BV-GOLDMANN, Art. 30 N 50 m. w. N.

veröffentlichter Verfügungen sollten sämtliche Verfügungen der Weko veröffentlicht werden.¹⁰⁸⁸

3. Veröffentlichungszwecke

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfolgt die Veröffentlichung drei Zwecke:

- (1) Die Veröffentlichung verbessert die Prävention und die Rechtssicherheit: Dem KG liegt ein System von Legalausnahmen zugrunde. Die Wirtschaftsteilnehmer überprüfen von sich aus ihr Wirtschaften auf dessen Normkonformität mit dem KG. Besonders in Bezug auf vertikale Abreden und Marktmachtmissbrauch besteht seitens der Unternehmen eine grosse Ungewissheit darüber, welche Verhaltensweisen zulässig sind und welche nicht. Dem kann zumindest teilweise durch eine grosszügige Veröffentlichungspraxis beigegeben werden. Zudem werden durch die Veröffentlichungen auch andere Wirtschaftsteilnehmer dafür sensibilisiert, ihr Wirtschaften an die wettbewerbsrechtlichen Verhaltensvorschriften anzupassen.¹⁰⁸⁹ Die Veröffentlichungen sind somit als eine Art «Warnpraxis der Wettbewerbsbehörden»¹⁰⁹⁰ und als generalpräventiv wirkendes Instrument zu verstehen. Angesichts der geringen Zahl bundesgerichtlicher Urteile und der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage höchstrichterlich geklärt wird, ist eine grosszügige Veröffentlichungspraxis angezeigt.¹⁰⁹¹ Ferner betont das Bundesverwaltungsgericht, dass in spezialpräventiver Hinsicht kein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung oder an einer pönalen Wirkung im Sinne einer Reputationsstrafe bestehe¹⁰⁹²

1088 Vgl. BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3, wo die geringe Zahl höchstrichterlicher Entscheide und die lange Verfahrensdauer erwähnt werden.

1089 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1 m. w. N.; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 4.5; BVGer 22.05.2018, B-5108/2016, E. 6; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3, 8.5.2, worin vom hauptsächlichen Zweck die Rede ist; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 14.

1090 BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 4.2.4.

1091 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.1; BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 3.2.1.

1092 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.3; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2.

- die Veröffentlichungspraxis verfolgt somit keinen spezialpräventiven Zweck.¹⁰⁹³
- (2) Die Veröffentlichung dient der Transparenz der Verwaltungstätigkeit: Rechtsanwendung und Rechtsentwicklung sollen sich dem Bürger wie der Öffentlichkeit erschliessen.¹⁰⁹⁴ Nach dem Bundesgericht ist die Möglichkeit der Veröffentlichung der Verfügung eine Vorwegnahme des im Jahr 2004 durch das BGÖ eingeführten Transparenzprinzips; das «*open government*» befriedige das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und verschärfe so die Kontrolle der Verwaltung.¹⁰⁹⁵
- (3) Einheitlichkeit der Rechtsordnung: Mit Wirtschaftsfragen befasste Behörden werden durch die Veröffentlichungen über die Praxis informiert. Neben der Signalwirkung für Unternehmen können sich kantonale Behörden – namentlich Zivilgerichte – bei der Anwendung des Kartellzivilrechts nach den veröffentlichten Verfügungen richten.¹⁰⁹⁶ Besonders im dualen Durchsetzungssystem dient die Veröffentlichung dem Entscheidungseinklang.

Neben dieser Zwecktrias wird ferner davon ausgegangen, dass die Wettbewerbsbehörden mithilfe der Veröffentlichungen, ebenso wie durch Stellungnahmen nach Art. 45 KG und durch Empfehlungen nach Art. 46 KG, den Gesetzgeber zu legislatorischen Änderungen anregen können.¹⁰⁹⁷

Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass das Bundesgericht im entsprechenden «*leading case*» (BGE 142 II 268) bei der Aufzählung der Veröffentli-

1093 Interessant ist, dass bei einer ähnlichen Ausgangslage in Deutschland ganz klar von einer Prangerwirkung der Veröffentlichung der Bussgeldmitteilung ausgegangen wird; PODSZUN in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. 16 N 17.

1094 BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 16; vgl. auch allgemein für die Veröffentlichung von Gerichtsurteilen TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69 f.

1095 BGer 26.06.2019, 2C_994/2017, E. 3.2.2.

1096 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.3 m. w. N.; BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 4.5, spricht vom Interesse, andere mit Kartellrechtsfragen involvierte Stellen zu informieren; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 5.4; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 5.7.3; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.2; BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 3.4; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.2; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 17; vgl. auch TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69 f.

1097 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 18, mit Verweis auf TSCHÜMPERLIN, Publikation, S. 69; vgl. für andere Formen der Einflussnahme auf die Wettbewerbspolitik, DIKE KG-FREUND, Art. 60 N 8 f.

chungszwecke auf das europäische Kartellverfahrensrecht¹⁰⁹⁸ bzw. auf ein von KLEES verfasstes und im Jahr 2005 erschienenes Werk verwies.¹⁰⁹⁹ Dieses erwähnt an der zitierten Stelle auch die drei genannten Zwecke.¹¹⁰⁰

Dennoch geht der Verweis auf das Unionsrecht fehl. Das Urteil des Bundesgerichts erging am 26. Mai 2016. Vergleicht man die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung und der legislativen Arbeiten zwischen den Jahren 2005 und 2016, wird ersichtlich, dass das zitierte Werk zum Entscheidungszeitpunkt nicht dem Stand der damaligen Rechtsprechung oder der legislatorischen Arbeiten entsprach. Folglich umfasst der Verweis auf KLEES nicht die aktuelle Zweckperzeption der Kommissionsbeschlüsse nach Art. 30 VO 1/2003. Wie bereits dargelegt wurde, betont der EuGH mitunter, dass die Veröffentlichungen der Kommissionsbeschlüsse Kartellopfern eine Stütze böten. Zu den Veröffentlichungszwecken zählt es somit auch, die kartellzivilrechtliche Durchsetzung zu erleichtern.¹¹⁰¹ Dieses Zweckverständnis scheint das Bundesgericht, trotz seines Verweises auf das europäische Kartellverfahrensrecht, nicht zu teilen oder zumindest für nicht entscheidrelevant befunden zu haben. Im Gegensatz dazu ging die Vorinstanz in ihrem Urteil im Einklang mit der EU-Rechtsprechung noch davon aus, dass die Veröffentlichung den betroffenen Unternehmen und Kartellopfern dazu diene, sich über das Verfahren kundig zu machen.¹¹⁰² Dieser Zweck wurde vom Bundesgericht nicht explizit aufgegriffen und findet sich auch nicht in der im Nachgang zu dem Urteil des Bundesgerichts ergangenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

Vorliegend wird gefordert, dass die positiven Auswirkungen für potenziell Geschädigte, die von der Veröffentlichung ausgehen, nicht als positive

1098 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.

1099 Im Rahmen der Recherchen in Bezug auf dieses Kapitel wurde festgestellt, dass das Werk KLEES, Kartellverfahrensrecht, bisher einzig im Jahr 2005 publiziert wurde. Hingegen kursieren im Internet Hinweise auf eine zweite Auflage dieses Werks. Auf Rückfrage beim Verlag vom 11.12.2019 gebe es Pläne für eine zweite Auflage, mit der nicht vor 2030 zu rechnen sei.

1100 KLEES, Kartellverfahrensrecht, § 5 N 33 f.; diese Aufzählung entspricht sodann auch der Kommentierung MIERSCH, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverfahrensverordnung, Art 30 N 1 ff.

1101 Siehe *oben* § 9. 3.

1102 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 5.1.2; vgl. auch Weko, Jahresbericht 2019, S. 28, nach der die Wettbewerbsbehörden potenziell Geschädigten verschiedene Informationen zur Verfügung stellen, indem sie detailliert begründete Verfügungen veröffentlichen.

Nebenwirkung, sondern als eigener Zweck anerkannt werden.¹¹⁰³ Die Veröffentlichung kann so mehr Informationen enthalten, die den Geschädigten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche dienen.¹¹⁰⁴ Dieses Zweckverständnis rechtfertigt es sodann, eine bereits veröffentlichte Verfügung erneut und mit einem erhöhten Detaillierungsgrad zu veröffentlichen, etwa um den Kartellopfen die Beweismittelbeschaffung zu erleichtern. Dies ist unter anderem deswegen angezeigt, weil gewisse Informationen mit der Zeit an wirtschaftlichem Wert und somit an Schutzwürdigkeit verlieren.¹¹⁰⁵

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die veröffentlichten Verfügungen – etwa mittels eines Wasserzeichens – den Vermerk tragen sollten, dass es sich um eine provisorische Veröffentlichung handelt. Ohne einen derartigen Vermerk kann eine erneute und detailliertere Veröffentlichung mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes kollidieren. Aber selbst wenn ein solcher Vermerk fehlt, überwiegt grundsätzlich das Interesse an der Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung die vorgenannten Grundsätze.

4. Veröffentlichungszeitpunkt

Die Verfügungen der Wettbewerbsbehörden werden unabhängig von einem allfälligen Rechtsmittelverfahren in der RPW veröffentlicht.¹¹⁰⁶ Die Praxis steht in einem Spannungsfeld zu der sich aus dem Verfassungs- und Konventionsrecht (Art. 32 Abs. 1 BV wie Art. 6 Nr. 2 EMRK) ergebenden Unschuldsvermutung, nach der jeder bis zur Rechtskraft eines strafrechtlichen Verfahrens als unschuldig gilt.¹¹⁰⁷ Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung genießt das Interesse der Untersuchungsadressaten an der Unschuldsvermutung allerdings weniger Schutz als die den Veröffentli-

1103 Zu den in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten von Zweck und Wirkung siehe *oben* § 2. 2.

1104 Sinngemäss auch Ö-OGH 16 Ok 14/13, E. 3.5 m. w. N.

1105 Für die Ausgangslage in der Schweiz: siehe *oben* § 14. 1. III. b. (3); für die Ausgangslage in der EU: siehe *oben* § 8. 1. II. a. (1). (ii).

1106 Siehe anstelle vieler BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 48 N 8.

1107 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.2 m. w. N.; BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.2.2; BVGer 19.12.2013, B-506/2010, E. 6.3.1.

chungszwecken zugrunde liegenden Interessen,¹¹⁰⁸ weshalb die Veröffentlichungspraxis nicht zu beanstanden ist.

5. Umfang der Veröffentlichung

Im Rahmen der Veröffentlichung hat die Behörde unterschiedliche öffentliche wie private Interessen zu berücksichtigen, weshalb über den Umfang einer Veröffentlichung nur im Einzelfall entschieden werden kann.¹¹⁰⁹ Zu berücksichtigen ist auch hier der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.¹¹¹⁰ Die Verhältnismässigkeit der Veröffentlichung einer Information bemisst sich nach den Veröffentlichungszwecken,¹¹¹¹ zu denen nach der vorliegenden Ansicht auch die Schützenhilfe für die *Follow-on*-Kläger durch die Wettbewerbsbehörden zählt.¹¹¹²

Grob gefasst, sollte die Veröffentlichung eine detaillierte Darstellung der Umstände enthalten, die den Wettbewerbsverstoss begründen. Auch ist die Funktionsweise des Kartells so zu schildern, dass ersichtlich wird, wer das Kartell gegründet und wer es fortgeführt hat, wer die treibende Kraft bei der Kontrolle der Absprache gewesen ist und wer wie lange an der Verhaltensweise teilgenommen hat. Auch können die Orte der einzelnen Zusammenkünfte mögliche Gerichtsstände eröffnen, weshalb auch die Informationen über die Örtlichkeiten eine wichtige Rolle spielen. Nicht anonymisiert oder geschwärzt werden sollten die betroffenen Produktnamen, die Zahlen zu den festgesetzten Preisen und die von den Beteiligten hinsichtlich der Preise und der Aufteilung der Marktanteile verfolgten Ziele.¹¹¹³

1108 BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.3, nicht publiziert in BGE 142 II 268; BVGer 24.10.2017, B-149/2017, E. 4.2; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.6, 3.2.

1109 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.4; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.3.6 m. w. N.

1110 BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.8; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 27.

1111 Siehe *oben* § 16. 3.

1112 Zum Gegenstand der europäischen Veröffentlichungspraxis siehe *oben* § 9. 4.

1113 Vgl. EuG 28.01.2015, Rs. T-341/12, *Evonik Degussa/Kommission*, EU:T:2015:51, N 104; EuG 28.01.2015, T-345/12, *Akzo Nobel u. a./Kommission*, EU:T:2015:50, N 73 ff., 104.

I. Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen

Geschäftsgeheimnisse sind nach Art. 25 Abs. 4 KG absolut geschützt. Qualifiziert eine Information als Geschäftsgeheimnis, kann sie folglich nicht veröffentlicht werden. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass die Information mittels Bandbreiten umschrieben wird, sodass keine substanziellen Rückschlüsse darauf möglich sind.¹¹¹⁴ Welche Informationen als Geschäftsgeheimnisse qualifiziert werden, wurde bereits dargelegt.¹¹¹⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die entsprechende Rechtsprechung zur verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht sinngemäss auf die Behandlung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen von Art. 48 KG anzuwenden ist.¹¹¹⁶ Demnach sind solche Informationen nicht schutzwürdig, denen ein kartellrechtswidriger Inhalt zukommt. Auch ist der spezifische Bezug der Informationen zum Wettbewerbsverstoss für deren Schutzwürdigkeit massgeblich.¹¹¹⁷ Wird akzeptiert, dass der wirtschaftliche Wert von Informationen im Rahmen des Kartellrechts ein konstitutives Kriterium des Geschäftsgeheimnisbegriffs darstellt, muss zwingend auch das Alter der Informationen berücksichtigt werden.¹¹¹⁸ Dies ermöglicht eine erneute und detailliertere Veröffentlichung zu einem späteren Zeitpunkt, womit insbesondere den Kartellopfen geholfen wird.¹¹¹⁹

Ein Geschäftsgeheimnis können auch Personendaten nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a DSGVO darstellen. Wird eine Information ebenso als Geschäftsgeheimnis wie als Personendatum qualifiziert, ist eine Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 i. V. m. Art. 25 Abs. 4 KG untersagt. Soweit Personendaten

1114 BGE 142 II 268, E. 5.3.2; BVGer 03.05.2018, B-5114/2016, E. 9.4.2; BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.4; Reko/Wef, RPW 2002/4, Vertrieb von Tierarzneimitteln, S. 698 ff., E. 3.1.2; Weko, RPW 2010/4, Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation, S. 703 ff., N 11 ff.

1115 Siehe *oben* § 14. 1. III. b.

1116 Für eine Konvergenz und somit eine sinngemässen Anwendung der relevanten Rechtsprechung zur Akteneinsicht nach Art. 26 f. VwVG und der Veröffentlichung nach Art. 48 Abs. 1 KG, siehe Weko, RPW 2019/1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013 – Geschäftsgeheimnisse, S. 142 ff., N 32 und da Fn. 46; ähnlich BVGer 15.10.2014, B-3588/2012, E. 6.4; wohl auch BGE 142 II 268, E. 5.3.2; vgl. auch Kommission, Confidentiality Claims, N 11; explizit für eine sinngemässe Anwendung WILS/ABBOTT, File, S. 273.

1117 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (1).

1118 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (3).

1119 Siehe *oben* § 16. 3.

ein Geschäftsgeheimnis darstellen, geht das KG dem DSGVO als spezialgesetzliche Regelung vor.¹¹²⁰

II. Datenschutzgesetz (DSG)

Die materiellen Untersuchungsadressaten des Kartellverwaltungsverfahrens sind Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, die wiederum i. d. R. aus einer oder mehreren juristischen Personen bestehen.¹¹²¹ Nach der aktuellen Konzeption des DSGVO gelten auch Informationen über juristische Personen als Personendaten.¹¹²² Nun enthalten Sanktionsverfügungen «i. d. R. eine Fülle von Personendaten»¹¹²³. Auch nach dem Bundesgericht handelt es sich bei dem Inhalt von Verfügungen um Personendaten nach Art. 3 Bst. a und Bst. c DSGVO.¹¹²⁴ Das DSGVO als Querschnittsgesetz, insbesondere Art. 3 DSGVO, findet somit auf die Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen Anwendung.¹¹²⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass aus Kartellverwaltungsverfahren stammende Personendaten nach Art. 3 Bst. c Nr. 4 DSGVO «besonders schützenswerte Personendaten» sind.¹¹²⁶ Eine Veröffentlichung dieser Personendaten ist eine «Bekanntgabe besonders schüt-

1120 BGer 11.02.2020, 2C_690/2019, E. 6.2.

1121 Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass natürliche Personen nach dem funktionalen Unternehmensbegriff Adressaten einer Untersuchung darstellen; vgl. DIKE KG-HEIZMANN/MAYER, Art. 2 N 25; BREMER, Strafsanktionen, S. 43; siehe als Praxisbeispiel Weko, RPW 2019/2, Fahrlehrertarife Oberwallis, S. 513 ff.; Reko/Wef, RPW 2001/1, Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC), S. 200 ff.; Reko/Wef, RPW 2003/4, Fahrlehrer im Kanton Graubünden, S. 890 ff.; vgl. zur Ausgangslage in der EU: KERSE/KHAN, Procedure, N 7.003 mit und bei Fn. 4.

1122 Das DSGVO befindet sich in Revision. Das Inkrafttreten des revidierten DSGVO ist auf den 01.09.2023 angesetzt, siehe <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>; laut der laufenden Revision soll das DSGVO in diesem Punkt an die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Union angepasst werden. Entfällt für juristische Personen ein allfälliger Schutz durch das DSGVO, können sich diese zudem auf den Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB, auf das UWG, auf das URG, auf die Bestimmungen über den Geheimnisschutz und auf Art. 13 BV berufen; Erläuternder Bericht DSGVO 2016, S. 19; vgl. DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 25 mit Fn. 58.

1123 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 22.

1124 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.2.

1125 BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 6.

1126 BGE 142 II 268, E. 6.1; BVerfG 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

zenswerter Personendaten» nach Art. 19 DSGVO.¹¹²⁷ Nach Art. 17 i. V. m. Art. 19 Abs. 1 DSGVO dürfen diese Informationen nur veröffentlicht werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn diese Bearbeitungsart explizit vorsieht.¹¹²⁸ Da das DSGVO selbst nicht als gesetzliche Grundlage betrachtet werden kann, bedarf es einer expliziten Norm in einem anderen Gesetz.¹¹²⁹ Eine solche Norm ist Art. 48 Abs. 1 KG.¹¹³⁰

Trotz dieser expliziten gesetzlichen Grundlage sind die Wettbewerbsbehörden nicht frei, sämtliche Informationen zu veröffentlichen.¹¹³¹ Nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO sind wesentliche private oder öffentliche Interessen zu berücksichtigen.¹¹³² Hervorzuheben ist, dass das Interesse eines Kartelltäters, zivilrechtlich nicht in Anspruch genommen zu werden, kein schutzwürdiges Interesse i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO darstellt.¹¹³³ Auch der Umstand, dass eine Verfügung der Wettbewerbsbehörden im Instanzenzug aufgehoben werden kann und der Verfügungsadressat schlussendlich nicht sanktioniert wird, rechtfertigt es nicht, von einer Veröffentlichung abzusehen.¹¹³⁴ Die Anonymisierung einer natürlichen Person ist zudem nicht angezeigt, wenn diese materielle Verfügungsadressatin ist¹¹³⁵ oder ihr Name bereits im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 KG veröffentlicht worden ist. Hoch zu gewichten ist hingegen das Interesse von Dritten, wie

1127 BGE 142 II 268, E. 6.4.1; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

1128 BGE 142 II 268, E. 6.4.1.

1129 BGE 142 II 268, E. 6.4.1.

1130 BGE 142 II 268, E. 6.4.2; BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7; BVGer 30.10.2017, B-5911/2014, E. 3.7; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 8.4; BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.7; kritisch DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 25 m. w. N.

1131 BVGer 30.10.2017, B-5896/2014, E. 2.7.

1132 BGE 142 II 268, E. 6.4.3; BVGer 30.01.2019, B-5117/2016, E. 8.5; DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 31.

1133 BGER 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 6.5.2 f., wo der Schutz der Reputation genannt wird; vgl. hierzu auch EuG 15.07.2015, Rs. T-465/12, *AGC Glass Europe u. a./Kommission*, EU:T:2015:505, N 43; 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; 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 zivilrechtlichen Inanspruchnahme für einen Kartellverstoss nicht schutzwürdig ist; explizit Art. 5 Abs. 5 KSRL; Ö-OGH 16 OK 14/13, E. 2.3; siehe hierzu auch § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage oben § 8. 1. II. a. (2).

1134 BVGer 24.10.2017, B-7768/2016, E. 4.2.3.

1135 Exemplarisch Weko, RPW 2019/2, Fahrlehrertarife Oberwallis, S. 513 ff., Dispositiv; vgl. auch EuG 12.10.2007, Rs. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe/Kommission*, EU:T:2007:306, N 73; siehe zum Begriff «Verfügungsadressat» oben § 13. 1. I.

dem Anzeiger i. S. v. Art. 26 Abs. 1 KG, an der Wahrung ihrer Anonymität. Hierfür sprechen private und öffentliche Interessen: Der Anzeiger ist vor wirtschaftlichen Repressalien zu schützen, damit insbesondere diese Art von Informationsquellen in künftigen Verfahren nicht versiegt.¹¹³⁶

III. Schutz von Selbstanzeigeinformationen

Die Wettbewerbsbehörden sehen sich zu einem «schonungsvollen Umgang» mit Selbstanzeigeinformationen verpflichtet.¹¹³⁷ Soweit ersichtlich, zeigt sich die Weko im Hinblick auf die Veröffentlichung wortgetreuer Zitate aus Selbstanzeigeinformationen zurückhaltend. Dieser Umgang erscheint im Hinblick auf die genannten Zwecke, insbesondere in Bezug auf die Stärkung des Kartellzivilrechts, nicht zwingend zielführend. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Weko wie auch die verwaltungsrechtlichen Instanzgerichte an der Praxis der Kommission orientiert, ohne jedoch hieran gebunden zu sein.¹¹³⁸ Es wurde bereits aufgezeigt, wie die Kommission mit Kronzeugeninformationen in den Veröffentlichungen ihrer Beschlüsse verfährt.¹¹³⁹ Diese Praxis ist sinngemäss zu übernehmen, da so sämtlichen Veröffentlichungszwecken und somit auch dem wirksamen Wettbewerb gedient ist. Aus Rechtssicherheitsgründen sollte das Merkblatt/Bonusregelung entsprechend angepasst werden. Aus dem Merkblatt sollte deutlich hervorgehen, dass die Selbstanzeige und wörtliche Zitate daraus nicht veröffentlicht werden dürfen, sämtliche anderen Selbstanzeigeinformationen hingegen durchaus.¹¹⁴⁰ Diese Anpassung stünde sodann in Übereinstimmung mit den vorgeschlagenen Beschränkungen

1136 Vgl. auch zur britischen Gerichtspraxis, *Ping Europe Limited v Competition and Markets Authority (Disclosure Application)* [2018] CAT 17, N 21, wo einer Offenlegung der Anonymität eines Beschwerdeführers nicht stattgegeben wurde; *2 Travel Group plc (in liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 7, N 10 f.; die Beispiele finden sich auch bei BREALEY/GEORGE, *Competition Litigation*, N 9.59 bei und mit Fn. 120.

1137 BVGer 30.10.2017, 5943/2014, E. 3.1.1, 4.4; Weko, RPW 2012/2, *Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen und Tiefbau im Kanton Aargau betreffend Akteneinsicht*, S. 264 ff., N 24; mit ähnlichem Tenor Weko, *Merkblatt/Bonusregelung*, N 47 ff.

1138 BVGer 30.10.2017, 5943/2014, E. 3.9.

1139 Siehe *oben* § 9. 4. III.

1140 ZIMMERLI, *Publikation*, N 9 ff.

der Verwertung von Kenntnissen, die im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht erlangt wurden.¹¹⁴¹

6. Wertende Zusammenfassung

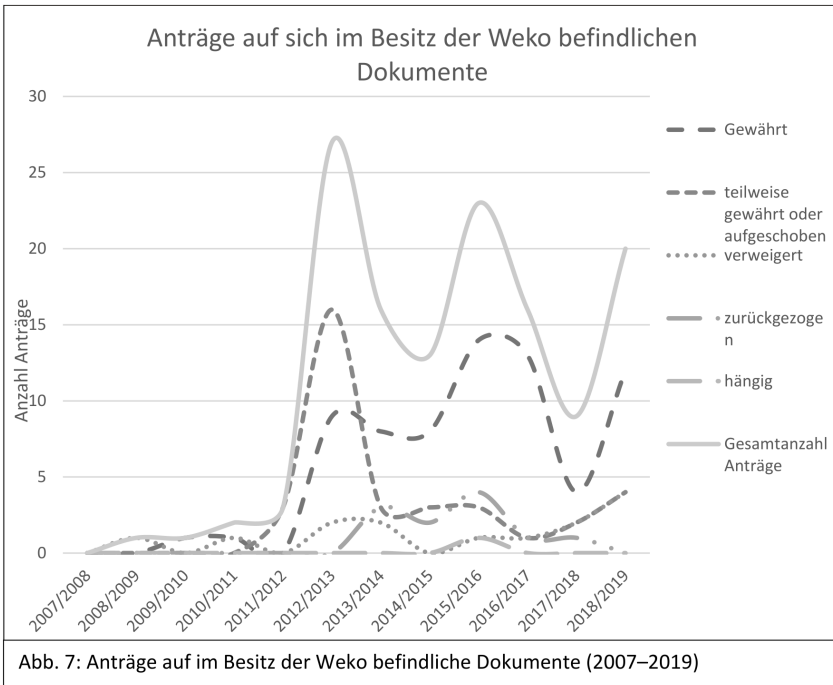
Die Rechtsprechung hat das Potenzial der Veröffentlichung von Sanktionsverfügungen erkannt und betont deren Bedeutung für die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung. Zu bedauern ist, dass das Bundesgericht die Bedeutung der Veröffentlichung für die Kartellopfer nicht hervorhebt – trotz seines Hinweises auf die EU-Praxis, die diesen Zweck anerkennt. Vorliegend wird vertreten, dass die Bedeutung der Veröffentlichung für die Kartellopfer explizit anzuerkennen ist, um dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz gerecht zu werden. Detailliertere Veröffentlichungen wären dann zweckentsprechend, ebenso wie die erneute Veröffentlichung bereits veröffentlichter Sanktionsverfügungen. Von dieser Zweckänderung werden sich insbesondere positive Rückwirkungen auf andere Zugangsmöglichkeiten erhofft. Ist allgemein mit detaillierten Verfügungen zu rechnen, kann dies die Attraktivität einer Verfahrensbeteiligung mindern oder auf das BGÖ gestützte Zugangsgesuche erübrigen – im Hinblick auf die wirksame öffentliche Rechtsdurchsetzung wäre dies eine zu begrüßende Entwicklung. Zudem wäre eine Pflicht der Weko zur Veröffentlichung sämtlicher Verfügungen zu begrüßen. Zu betonen bleibt, dass ein wirksamer Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen eine unabdingbare Voraussetzung für die öffentliche Rechtsdurchsetzung ist. Allerdings genießen Informationen, die einen Kartellverstoß belegen oder zu eng mit einem solchen im Zusammenhang stehen, nicht den Schutz der Rechtsordnung. Ähnliches gilt für den wirtschaftlichen Wert von Informationen – dieser sinkt mit dem Zeitablauf. Hingegen lässt sich nicht verallgemeinern, wann die Schutzwürdigkeit einer Information entfällt, sodass hierüber im Einzelfall entschieden werden muss.¹¹⁴² Hierbei ist hervorzuheben, dass die Selbstanzeigebildungen veröffentlicht werden dürfen, zumal wenn Kartellopfer sonst kaum an ähnliche Informationen gelangen würden – hiervon ausgenommen sind die Informationen aus der eigentlichen Selbstanzeige.

1141 Siehe *oben* § 15.

1142 Siehe *oben* § 14. 1. III. b.

§ 17. Zugang nach dem BGÖ

Eine Beteiligung am erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahren ist für Kartellopfer mit hohen Hürden verbunden und nur bedingt zur Beweismittelbeschaffung geeignet. Auch fällt der Informationsgehalt der veröffentlichten Sanktionsverfügung häufig zu gering aus. Folglich sind die zur kartellzivilrechtlichen Durchsetzung notwendigen Informationen anderweitig beizubringen. Abhilfe vermag der Zugang nach dem BGÖ zu verschaffen. Dieses Gesetz trat am 1. Juli 2006 in Kraft und wird seither rege in Anspruch genommen¹¹⁴³ – dieser Eindruck wird zumindest durch die jährlichen Tätigkeitsberichte des EDÖB vermittelt. Diese Berichte listen sämtliche bei der Bundesverwaltung und somit auch die bei der Weko eingegangenen Gesuche auf. Eine Auswertung dieser Berichte ergibt folgendes Bild.



1143 Vgl. für eine numerische Auswertung der BGÖ-Zugangsanträge seit der Einführung des BGÖ BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 775.

Vom Inkrafttreten des BGÖ bis einschliesslich Juni 2019 gingen bei den Wettbewerbsbehörden insgesamt 146 Zugangsgesuche ein. Jährlich werden im Durchschnitt elf Gesuche gestellt. Die Wettbewerbsbehörden gaben 56 % der Gesuche statt; bei 26 % der Gesuche wurde ein teilweiser oder zeitlich aufgeschobener Zugang gewährt; 10 % der Gesuche wurden verweigert, und 8 % der Gesuche wurden zurückgezogen.¹¹⁴⁴ Allerdings geben die Tätigkeitsberichte keinen Aufschluss darüber, ob sich die Gesuche auf Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren oder aus dem Verwaltungsalltag der Behörde beziehen.¹¹⁴⁵ Vermutlich sind ausschliesslich Erstere für das «*private enforcement*» relevant.

Die aufgezeigte Entwicklung ist aus Sicht von Rechtsuchenden bzw. Kartellopferten positiv zu bewerten – auch wenn bei der Weko im Jahr 2019 lediglich sieben Zugangsanträge gestellt wurden.¹¹⁴⁶ Die zunehmende Attraktivität dieser Zugangsrouten stösst allerdings auf Behördenseite auf Skepsis. Exemplarisch hierfür sind die Ausführungen des SECO aus dem Jahr 2012 zur Änderung des KG, wonach das BGÖ zwar grundsätzlich auf die Wettbewerbsbehörden Anwendung finden sollte, hingegen die Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26–30 KG explizit auszunehmen seien.¹¹⁴⁷ Diesen restriktiven Grundtenor vorausgeschickt, wird nachfolgend die auf das BGÖ gestützte Beweismittelbeschaffung untersucht.

1144 Die in den Tätigkeitsberichten auch jeweils erwähnten hängigen Gesuche bedürfen vorliegend keiner eingehenderen Auseinandersetzung.

1145 Bezeichnenderweise behandeln zwei von insgesamt drei der Empfehlungen des EDÖB keine Zugangsanträge zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren, vgl. Empfehlung des EDÖB 27.05.2015 und Empfehlung des EDÖB 03.09.2013, vgl. zu letzterer Empfehlung auch das Urteil des BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, sowie Weko, RPW 2015/3, Verfügung vom 27.07.2015 in Sachen BG über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung betreffend Zugangsgesuch zu Mitarbeiterdaten, S. 541 ff.; anderes hingegen in der Empfehlung des EDÖB 04.03.2020. Dieser Empfehlung lag ein Zugangsgesuch eines Medienschaffenden zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens zugrunde.

1146 Weko, Jahresbericht 2019, S. 24.

1147 SECO, Erläuternder Bericht, S. 49.

1. Transparenzgrundsatz der Verwaltung

Die Verwaltungstätigkeit galt bis zum Inkrafttreten des BGÖ als geheim mit Ausnahmevorbehalt.¹¹⁴⁸ Die Bürger verfügten folglich über keinen Anspruch auf Informationen über die Verwaltungstätigkeit des Bundes.¹¹⁴⁹ Diese Ausgangslage wurde von den 1990er-Jahren an zunehmend als unbefriedigend empfunden und sollte durch das BGÖ verbessert werden.¹¹⁵⁰ Das BGÖ kehrte den Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit («Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt») zugunsten des Öffentlichkeitsprinzips («Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt») um.¹¹⁵¹

Die Verwaltungstransparenz verfolgt grundsätzlich drei (Haupt-)Ziele:

- Verwirklichung des Grundrechts der Informationsfreiheit nach Art. 16 BV¹¹⁵²
- demokratische Mitwirkung und Kontrolle der Verwaltung durch den Bürger¹¹⁵³
- Verwaltungsmodernisierung^{1154, 1155}

Die Botschaft unterstreicht sodann die vielschichtigen «Nutzaspekte» des Öffentlichkeitsprinzips.¹¹⁵⁶ Als «Annexziel» des BGÖ gelten auch Effizienzgewinne für die Wirtschaft.¹¹⁵⁷ Der Einzelne gelange mithilfe des Öffentlichkeitsprinzips an eine «Fülle zuverlässigen Wissens» und könne dieses für seinen eigenen (wirtschaftlichen) Nutzen einsetzen.¹¹⁵⁸ Diese

1148 Botschaft BGÖ, S. 1965; die damals bereits geltenden Ausnahmen vom Geheimhaltungsprinzip werden in der Botschaft exemplarisch aufgezählt; Botschaft BGÖ, S. 1966 f.; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 4 ff.; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 1.

1149 Botschaft BGÖ, S. 1967.

1150 Botschaft BGÖ, S. 1965 Fn. 5.

1151 BGE 142 II 340, E. 2.2.

1152 Botschaft BGÖ, S. 1973.

1153 Botschaft BGÖ, S. 1973 f., 1976; BGE 133 II 209, E. 2.3.1; BGE 136 II 399, E. 2.1; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 3.2; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip I, S. 146 f.; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 285 f.; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3.

1154 Botschaft BGÖ, S. 1976; BRUNNER/FLÜCKIGER, Zugang, N 3.

1155 SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 4; ähnlich BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3; mit Verweis auf die erwähnten Autoren BGE 142 II 313, E. 3; BGE 133 II 209, E. 2.3.1.

1156 Botschaft BGÖ, S. 1973.

1157 SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 45.

1158 Botschaft BGÖ, S. 1974; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 286.

Form der Informationsbeschaffung erfolge etwa durch die Einsicht «in die behördliche Praxis und Entscheidungsfindung».¹¹⁵⁹ Die Botschaft lässt keinen Zweifel daran, dass die erlangten Informationen zum eigenen Vorteil verwertet werden dürfen; die Wirtschaftsakteure sollten ihr Handeln auf eine bessere Wissensgrundlage stützen dürfen.¹¹⁶⁰ Das gewonnene Wissen solle sich namentlich auf die Erfüllung wirtschaftlich relevanter Bundesaufgaben der Verwaltung beziehen.¹¹⁶¹ Der Einzelne solle Bescheid wissen, wie die Verwaltung ihre Bundeskompetenz durchsetzt, und dieses Wissen zu seinem Vorteil einsetzen dürfen.

In der vorliegenden Arbeit steht die in Art. 96 Abs. 1 BV geregelte Bundeskompetenz im Vordergrund. Aufgrund dieser hat der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu erlassen und Missbräuche bei der Preisbildung zu verhindern.¹¹⁶² Der Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden als Teil der Bundesverwaltung dient somit – grob formuliert – der Kontrolle des Vollzugs der in Art. 96 Abs. 1 BV geregelten Bundeskompetenz. Besonders im Kartellverwaltungsrecht ist die Transparenz der Verwaltung von besonderer Relevanz, weil die Kartellbeteiligten mit den Behörden kooperieren, etwa im Rahmen von einvernehmlichen Regelungen nach Art. 26 KG oder Selbstanzeigeverfahren nach Art. 49a Abs. 2 KG. Aufgrund verkürzter Verfügungen oder einer weitgehenden Geheimhaltung der Informationen des Selbstanzeigers erlangen potenziell Geschädigte nur wenige Informationen über die verfahrenswesentlichen Umstände. Ferner kommt es in diesen Fällen nur selten zu einer Inanspruchnahme des verwaltungsrechtlichen Instanzenzugs, sodass die Verwaltungstätigkeit nicht durch die Verwaltungsgerichte kontrolliert wird. Das BGÖ dient besonders hierbei der wirksamen Kontrolle des Vollzugs einer Bundeskompetenz durch die Verwaltung¹¹⁶³ und verhindert verwaltungsrechtliche «Dunkelkammern».

Die soeben erwähnte Kontrolle wird durch einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu den Dokumenten der Verwaltungsbehörde ermöglicht,¹¹⁶⁴

1159 Botschaft BGÖ, S. 1974; SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Entstehung, Konzept, Kontext, N 45; BSK DSG/BGÖ-BLECHTA, Entstehung u. Systematik BGÖ, N 3.

1160 Botschaft BGÖ, S. 2037.

1161 Botschaft BGÖ, S. 2037.

1162 In diesem Sinne auch BIAGGINI, Art. 96 N 2 BV; SGK BV-JACOBS, Art. 96 N 4.

1163 Nach BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 63, soll das BGÖ verhindern, dass es innerhalb der Verwaltung zu Geheimbereichen mit erhöhtem Missbrauchspotenzial kommt und die Kontrolle über das Verwaltungshandeln erhöhen.

1164 Botschaft BGÖ, S. 1976.

der sich in Art. 6 Abs. 1 BGÖ findet. Diese Norm ist die Kernbestimmung des BGÖ und verschafft jeder Person einen individuellen und subjektiven Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.¹¹⁶⁵ Die Anspruchshürden sind äusserst niedrig – so muss der Gesuchsteller kein besonderes Interesse nachweisen.¹¹⁶⁶ Ebenfalls unerheblich ist die vorgesehene Verwendung der Dokumente.¹¹⁶⁷ Nicht von Bedeutung sind zudem die Nationalität, der Wohnsitz oder das Alter des Gesuchstellers.¹¹⁶⁸ Sodann stellt das BGÖ die widerlegbare Vermutung auf, dass grundsätzlich sämtliche Dokumente dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterliegen.¹¹⁶⁹ Die Behörde trägt somit die Beweislast dafür, dass ein Dokument nicht dem Zugang nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ unterliegt.¹¹⁷⁰ Neben diesen niedrigen Zugangsschranken besteht ein zusätzliches Wesensmerkmal des BGÖ darin, dass ein einer Person einmal zugänglich gemachtes Dokument für alle Personen gleichermaßen öffentlich zugänglich ist.¹¹⁷¹ Dieser Grundsatz wird in der Botschaft als *«access to one, access to all»* beschrieben.¹¹⁷²

Eine Behörde kann ein Zugangsgesuch auf dreierlei Weise behandeln, und zwar nicht, teilweise oder vollständig Zugang gewähren.¹¹⁷³ Nach der Botschaft kann eine Behörde in Fällen, in denen ein Dokument teilweise oder vollständig dem Zugang der Öffentlichkeit entzogen ist, einzelnen

1165 BGE 142 II 324, E. 3.4; BGE 136 II 399, E. 2.1; BGE 133 II 209, E. 2.1; BGer 10.08.2016, 1C_428/2016, E. 2.3; BGer 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 3.2; BVGer 22.04.2013, A-4962/2012, E. 4; BVGer 24.11.2014, A-3122/2014, E. 4.1.

1166 BGE 136 II 399, E. 2.1; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 10; Botschaft BGÖ, S. 2002.

1167 BVGer 17.11.2014, A-3403/2013, E. 3.2 m. w. N.; Botschaft BGÖ, S. 2002.

1168 BVGer 24.07.2007, A-7369/2006, E. 4.1; Botschaft BGÖ, S. 2001; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 15; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 9.

1169 BVGer 27.04.2016, A-6313/2015, E. 5.3; BVGer 10.02.2016, A-5146/2015, E. 5.3.3; Empfehlung des EDÖB 18.09.2012, N 30.

1170 BGE 142 II 324, E. 3.4; BVGer 17.11.2014, A-3403/2013, E. 3.2; BRUNNER/FLÜCKIGER, Zugang, N 3; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N 11; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 11.

1171 Art. 2 VBGÖ; Botschaft BGÖ, S. 1976; BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 10.

1172 BVGer 16.05.2018, A-2070/2017, E. 5.3; Empfehlung des EDÖB 26.02.2014, N 36; SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 6 N 20 ff.; Botschaft BGÖ, S. 2001; vgl. für die EU: Art. 4 TransparenzVO, nach der ein Dokument, in das Einsicht gewährt wurde, als verbreitet gilt; vgl. auch EuG 18.09.2014, Rs. T-447/11, *Lian Catinis/Kommission*, EU:T:2014:267, N 47; siehe zum «erga omnes-Ansatz» oben § 10. 1.

1173 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3.

Personen Zugang unter entsprechenden Auflagen gewähren.¹¹⁷⁴ Wird ein solcher Zugang gewährt, handelt es sich, genau betrachtet, nicht um einen Zugang nach dem BGÖ, sondern um eine unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Akteneinsicht, die den Gegenstand des nachfolgenden Kapitels darstellt.¹¹⁷⁵

2. Das amtliche Dokument

I. Begriff des amtlichen Dokuments (Art. 5 Abs. 1 BGÖ)

Laut BGÖ gilt eine Information als amtliches Dokument, wenn sie

- auf einem Informationsträger gespeichert ist (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ),
- sich im Besitz derjenigen Behörde befindet, durch die sie hergestellt wurde oder die sie erhalten hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ) und
- der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient (Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ).

Aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a BGÖ ergibt sich, dass die Information bereits auf einem Informationsträger gespeichert sein muss – es sie also bereits gibt. Das Öffentlichkeitsprinzip verpflichtet die Behörde somit nicht, Informationen zu sammeln, sondern nur, bereits im Behördenbesitz befindliche Informationen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.¹¹⁷⁶ Demzufolge ist das BGÖ für Geschädigte kein Instrument, um die Wettbewerbsbehörden zur Beweismittelbeschaffung zu veranlassen. Immerhin sind nach Art. 5 Abs. 2 BGÖ Dokumente, die sich nicht im Behördenbesitz befinden, aber durch einen einfachen elektronischen Vorgang erstellt werden können, von der Behörde zu erstellen und zugänglich zu machen.¹¹⁷⁷

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ muss sich eine Information im Besitz der Behörde befinden, von der sie stammt oder der sie mitgeteilt wurde. Somit sind vom BGÖ nicht nur Informationen erfasst, die von der Behörde erstellt wurden, sondern auch solche, die der Behörde von Dritten mitgeteilt wurden.¹¹⁷⁸ Somit müssen Dritte grundsätzlich bereits seit dem

1174 Botschaft BGÖ, S. 2005, siehe auch S. 2001.

1175 Siehe dazu *unten* § 18; vgl. BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 3.

1176 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 1992; BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 N 10.

1177 Vgl. BGER 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 7.3; BGER 18.05.2016, 1C_122/2015, E. 3.5.2; bezeichnenderweise spricht BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 Überschrift VI zu N 17 ff., vom «virtuellen Dokument».

1178 Vgl. BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 27; HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II, S. 292; BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 773.

Inkrafttreten des BGÖ in Kauf nehmen, dass Informationen, die sie der Weko mitteilen, dem BGÖ unterliegen und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können.¹¹⁷⁹

Ferner muss eine Information nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ in Bezug zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen. Dies trifft zu, sobald die Information dem Vollzug einer Bundeskompetenz dient¹¹⁸⁰ – nicht hingegen, wenn sie zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist.¹¹⁸¹ Eine Information ist nach Art. 1 Abs. 3 VBGO zum persönlichen Gebrauch bestimmt und somit kein amtliches Dokument nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ, wenn sie zwar dienstlichen Zwecken dient, ihre Benutzung aber ausschliesslich dem Ersteller oder einem eng begrenzten Personenkreis als Arbeitshilfsmittel vorbehalten ist, wie Notizen oder Arbeitskopien von Dokumenten.¹¹⁸² Ob eine Information für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bestimmt ist oder unter die Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ fällt, ist häufig schwierig zu beantworten, was nachfolgend anhand des *«fil rouge»* aufgezeigt wird.

II. «Fil rouge»

Das Sekretariat amtet in Kartellverwaltungsverfahren als Untersuchungsbehörde und informiert die Weko über die Entscheidungsgrundlage. Dies erfolgt insbesondere mittels des vom Sekretariat zu erstellenden *«fil rouge»*¹¹⁸³ – eine Art Zusammenfassung des Entscheidungsantrags an die Weko.¹¹⁸⁴ Dieses Dokument verschafft einen summarischen Überblick über die Untersuchungsergebnisse und dient der ersten Orientierung über den Verfahrens-

1179 Siehe zur Ausnahme nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ auch *unten* § 17. 6. II. d.

1180 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 1994, der von einer «Aufgabe des Bundes» spricht; vgl. auch BGE 142 II 324, E. 2.4.

1181 Vgl. Botschaft BGÖ, S. 2000; die zuletzt genannte Kategorie konkretisierend, BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.1.4.

1182 Vgl. BGE 142 II 324, E. 2.5.2; Botschaft BGÖ, S. 2000.

1183 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 176.

1184 BVGer 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 177: «Er erwähnt tabellarisch die involvierten Parteien, den Verfahrensverlauf, die geprüften Tatbestände, das Dispositiv sowie die Fallverantwortlichen. Zudem enthält er insbesondere eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts, Ausführungen zu technischen Aspekten sowie Erwägungen bzw. zu erörternde Sachfragen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung durch die Wettbewerbskommission».

gegenstand, um den Mitgliedern der Weko den Zugang zum Antrag zu erleichtern.¹¹⁸⁵

Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Akteneinsicht nach Art. 26 ff. VwVG der Zugang zum «*fil rouge*» ausgeschlossen – es fehle ihm als internem Dokument am Beweischarakter.¹¹⁸⁶ Diese Wertung kann hingegen nicht für den Zugang nach dem BGÖ übernommen werden, denn die Ziele des VwVG und des BGÖ sind grundverschieden.¹¹⁸⁷ Der Umstand, dass ein Dokument nicht veröffentlicht wird und lediglich eine Art Nebenprodukt der Sanktionsverfügung darstellt, ist für den Öffentlichkeitszugang unerheblich.¹¹⁸⁸ Fraglich ist somit, ob der «*fil rouge*» zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder als ein für den persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument qualifiziert wird. Im zweiten Fall wäre es kein amtliches Dokument nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ und unterläge folglich nicht dem Öffentlichkeitszugang.

a. Eng begrenzter Personenkreis

Ein Dokument gilt als zum persönlichen Gebrauch bestimmt und somit nicht als amtliches Dokument, wenn es einen gewissen Ausschliesslichkeitscharakter aufweist, weil es nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich ist.¹¹⁸⁹ Von welcher Zahl von Personen an, die Zugang zu einem Dokument haben, das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises überschritten ist, lässt sich weder dem Gesetz noch der Verordnung oder den Gesetzesmaterialien entnehmen.¹¹⁹⁰ Bei der Beantwortung dieser Frage ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Norm im Sinne des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verwaltung restriktiv auszulegen ist.¹¹⁹¹

1185 BVerG 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 178.

1186 BVerG 18.12.2018, B-831/2011, E. 3b) N 180; siehe *oben* § 14. 1. II.

1187 Das BGÖ bezweckt nach Art. 1 BGÖ die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern sowie zur Information der Öffentlichkeit beizutragen, indem der Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet werden soll. Das VwVG hingegen bezweckt u. a. die Gewährung des rechtlichen Gehörs während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.

1188 Zu berücksichtigen ist dann ebenfalls, dass die Kategorie «interne Dokumente» dem BGÖ fremd ist, BVerG 18.05.2016, 1C_122/2015, E. 2.3; BJ, Umsetzung, S. 22 f.

1189 Art. 1 Abs. 3 VBGG.

1190 BVerG 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1191 BVerG 23.11.2015, A-7405/2014, E. 3, 5.2.2.2.

Auf den ersten Blick mag das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der Weko als Austausch zwischen einem rangniedrigeren Mitarbeiter und seinem Vorgesetzten erscheinen. Das Sekretariat stellt als Untersuchungsbehörde der Weko als Entscheidbehörde die notwendigen Informationen zur Verfügung und gibt in Form einer Verfügung seine rechtliche Einschätzung ab.¹¹⁹² Bezeichnenderweise wird die Funktion des Sekretariats im Entscheidstadium mit der eines Gerichtsschreibers verglichen.¹¹⁹³ Trotz dieses offensichtlichen Subordinationselements verdeutlicht ein zweiter Blick, dass es dem *«fil rouge»* am Ausschliesslichkeitscharakter fehlt. Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist keine Ausschliesslichkeit gegeben, wenn ein Dokument von 20 Personen benutzt wird.¹¹⁹⁴ Von einem eng begrenzten Personenkreis ist ebenfalls nicht auszugehen, wenn nur ein kleiner, ausschliesslich aus Kadermitarbeitern bestehender Kreis Kenntnis eines Dokuments hat.¹¹⁹⁵ Auch ein Outlook®-Kalender weist einen interaktiven Charakter auf, unterstützt die Zusammenarbeit der Benutzer auf verschiedene Weise und erfüllt somit nicht per se das Ausschliesslichkeitskriterium.¹¹⁹⁶

Die Weko besteht derzeit aus zwölf Mitgliedern (Stand 19. Februar 2020).¹¹⁹⁷ Der *«fil rouge»* ist nicht nur diesen Personen vorbehalten, sondern steht notwendigerweise auch den Mitarbeitern des Sekretariats zur Einsicht offen, die das Dokument schliesslich erstellt haben. Auch das Sekretariat untergliedert sich wiederum in die Geschäftsleitung und die jeweiligen Dienste,¹¹⁹⁸ was weiter dafür spricht, dass der *«fil rouge»* durch «mehrere Hände» wandert, bevor er der Weko zukommt. Folglich erfüllt der *«fil rouge»* nicht das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises.¹¹⁹⁹ Sollte dieses Kriterium entgegen der vorliegend vertrete-

1192 DIKE KG-BRUCH/MEIER, Art. 23 N 63 ff.

1193 BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 24.

1194 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 5.2.2; BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1195 BVGer 28.10.2014, A-6291/2013, E. 6.5.2; BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1196 BVGer 23.11.2015, A-7405/2014, E. 5.2.2.2.

1197 Siehe Website der Weko (www.admin.weko.ch); vgl. auch Botschaft KG 1994, S. 599, nach der von einer gewünschten Anzahl von 11 bis 15 Mitgliedern der Weko auszugehen ist.

1198 BRUCH/MEIER sprechen bezeichnenderweise von Kommandobrücke und Maschinenraum, DIKE KG-BRUCH/MEIER, Art. 23 N 17, 20.

1199 Gegen eine Qualifikation einer Aktennotiz/Aide-mémoire als amtliches Dokument, siehe Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. 4.

nen Ansicht dennoch bejaht werden, wäre ausserdem fraglich, ob der «*fil rouge*» als Arbeitshilfsmittel nach Art. 1 Abs. 3 VBGÖ qualifiziert wird.

b. Arbeitshilfsmittel

Die Bezeichnung eines Dokuments als «*fil rouge*» weist auf dessen Natur als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel hin. Die innerhalb der Verwaltung verwendete Bezeichnung eines Dokuments, hier «*fil rouge*», ist allerdings nicht ausschlaggebend für die nach Art. 5 Abs. 1 BGÖ vorzunehmende Qualifikation.¹²⁰⁰ Der «*fil rouge*» enthält insbesondere die geprüften Tatbestände, das (vorläufige) Dispositiv, eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts und Ausführungen zu den technischen Aspekten. Somit handelt es sich um mehr als nur um eine Gedankenstütze oder ein Arbeitshilfsmittel. Der «*fil rouge*» enthält eine systematische Zusammenstellung des von der Untersuchung erfassten Sachverhalts sowie eine Erörterung der möglichen Tatbestände und ist die Grundlage der von der Weko zu erlassenden Verfügung. Dementsprechend handelt es sich um ein gedanklich weiterentwickeltes und inhaltlich ausgereiftes Dokument¹²⁰¹, das nicht als lediglich behelfsmässig erstellt betrachtet werden kann.¹²⁰²

Bei der vorliegenden Qualifikationsfrage ist ferner das Transparenzziel nicht aus den Augen zu verlieren. Die Transparenz soll es der Öffentlichkeit ermöglichen, die Verwaltungstätigkeit zu kontrollieren. Insofern liegt eine Qualifikation des «*fil rouge*» als amtliches Dokument nahe, weil das Dokument Ausführungen zu den geprüften Tatbeständen enthält, die sich nicht zwingend in der Sanktionsverfügung wiederfinden.¹²⁰³ Herauszufinden, ob und inwiefern ein Tatbestand von der Weko geprüft oder auch nicht eingehend geprüft wurde, ist ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit und führt zu einer wirksamen Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Dies ist gerade in einer Ausgangslage, in der nicht mit einer Inanspruchnahme des Instanzenzugs zu rechnen ist, von besonderer Bedeutung.

Somit konnte festgestellt werden, dass der «*fil rouge*» nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ grundsätzlich nicht vom Öffentlichkeitszugang auszunehmen

1200 BVGer 28.10.2014, A-6291/2013, E. 6.5.2.

1201 Vgl. Empfehlung des EDÖB 27.05.2015, N 19.

1202 Vgl. BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 5.2.2.

1203 Siehe hierzu exemplarisch Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 N 39.

ist. Das Dokument erfüllt das Kriterium des eng begrenzten Personenkreises nicht und ist ebenfalls kein reines Arbeitshilfsmittel.

3. Geltungsbereich des BGÖ

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Das BGÖ erfasst nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ die gesamte Bundesverwaltung. Der Begriff der Bundesverwaltung deckt sich mit demjenigen in Art. 178 BV und in Art. 2 RVOG.¹²⁰⁴ Demnach zählen auch die dezentralen Bundesverwaltungseinheiten zur Bundesverwaltung.¹²⁰⁵ Die Weko ist eine Behördenkommission, die administrativ dem WBF unterstellt und Teil der dezentralen Bundesverwaltung ist.¹²⁰⁶ Der persönliche Geltungsbereich des BGÖ umfasst demzufolge die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden.¹²⁰⁷

II. Sachlicher Geltungsbereich

Vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ sind nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 1–6 BGÖ im Wesentlichen sämtliche Dokumente ausgenommen, die Justizverfahren betreffen.¹²⁰⁸ So sind Dokumente aus Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege ebenso wie aus Zivil- und Strafverfahren, zu denen auch das Verwaltungsstrafrecht zählt, vom Zugang der Öffentlichkeit ausgeschlossen.¹²⁰⁹ Die Ausnahmen erfassen rechtshängige und rechtskräftige Justizverfahren.¹²¹⁰ Das erstinstanzliche (Kartell-)Verwaltungsverfahren zählt nicht zu den Justizverfahren und ist

1204 Botschaft BGÖ, S. 1985; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 1.

1205 SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 21 ff.

1206 BGE 139 I 72, E. 4.3; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; Botschaft BGÖ, S. 1986; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 4; SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 23; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 12 N 13 f. mit Fn. 52.

1207 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; vgl. auch BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 21; Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115.

1208 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1.

1209 Botschaft BGÖ, S. 1989.

1210 BGE 133 II 209, E. 2 f.; BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.1.1; Botschaft BGÖ, S. 1989; BSK DSG/BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N 5; a. A. SHK BGÖ-SCHWEI-

folglich nicht vom sachlichen Geltungsbereich ausgeschlossen. Diese Erkenntnis wird durch Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ bestätigt, der die Akteneinsichtnahme durch die Verfahrenspartei des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausschliesst. Der Geltungsbereich wird somit durch Art. 3 Abs. 1 Bst. a und Bst. b BGÖ negativ definiert.¹²¹¹ Im Umkehrschluss ergibt sich, dass amtliche Dokumente aus erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst sind.¹²¹²

Nicht unerwähnt bleiben darf die in der Schweizer Literatur geführte Diskussion über die rechtliche Qualifikation von Sanktionsverfügungen nach Art. 49a Abs. 1 KG. Im Kern dreht sich diese Diskussion um die Frage, ob es sich bei einem Kartellverwaltungsverfahren um ein verwaltungsrechtliches oder um ein strafrechtliches Verfahren handelt. Würde das Kartellverwaltungsverfahren als straf- oder verwaltungsstrafrechtliches Verfahren qualifiziert,¹²¹³ wäre die Informationsbeschaffung nach dem BGÖ in den hier interessierenden Konstellationen ausgeschlossen, da das BGÖ auf Strafverfahren keine Anwendung findet.¹²¹⁴ Die Frage ist demnach für die vorliegende Arbeit von praktischer Relevanz, wird aber angesichts der höchstrichterlichen Klärung nur grob dargestellt. Der Übersicht

ZER/WIDMER, Art. 3 N 10; offen gelassen von BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte, S. 773.

1211 Botschaft BGÖ, S. 1989; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1.

1212 Botschaft BGÖ, S. 1989; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1213 Das KG sieht neben dem Untersuchungsverfahren zahlreiche andere Aufgaben und Verwaltungsverfahren vor. Diese sind der Erlass von allgemeinen Bekanntmachungen nach Art. 6 KG, die ausnahmsweise Zulassung vor dem Bundesrat nach Art. 31 KG, die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32 ff. KG, die Marktbeobachtung und Empfehlungen an Behörden nach Art. 45 KG, das Ausfällen von Verwaltungssanktionen nach Art. 50 ff. KG, die Ausfällung von Strafsanktionen nach Art. 54 ff. KG, die Ausführung internationaler Abkommen nach Art. 58 f. KG, die Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren nach Art. 46 KG; die Gutachten nach Art. 15 und Art. 47 KG, sowie das nicht ausdrücklich im Kartellgesetz geregelte Verfahren der Nachkontrolle der angeordneten Massnahmen der Weko.

1214 Bezeichnenderweise hielt die Weko in einer Verfügung aus dem Jahr 2014 fest, dass das BGÖ nicht zur Anwendung kommt, Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten, S. 150 ff., N 14; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 22, siehe aber auch N 13; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 19, siehe aber auch N 10; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 14.

halber ist zwischen der Qualifikation der Sanktionen nach Art. 49a KG als Strafe nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II (1) und der Qualifikation der Sanktionen nach Art. 49a KG als Strafverfahren nach innerstaatlichem Recht (2) zu unterscheiden.

- (1) Einstimmigkeit herrscht darüber, dass es sich bei den Sanktionen, die in Kartellverwaltungsverfahren verhängt werden, um Strafen nach Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II handelt und die strafrechtlichen Minimalgarantien auch in Kartellverwaltungsverfahren zu berücksichtigen sind.¹²¹⁵
- (2) Der im BGÖ verwendete Begriff des Strafverfahrens richtet sich hingegen nach innerstaatlichem Recht und ist dementsprechend zu qualifizieren. Die Lehrmeinungen zu dieser Qualifikationsfrage lassen sich in vier Kategorien aufteilen, die die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG als
 - genuin strafrechtliche Sanktionen¹²¹⁶,
 - quasistrafrechtliche Sanktionen¹²¹⁷,
 - verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen¹²¹⁸ oder
 - (Kartell-)Verwaltungssanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter

1215 BGE 139 I 72, E. 2.2.2; BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 8.5.3; CR Concurrence-ROTH, Rem. Art. 49a-53 LCart N 19 ff.; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a KG N 43; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1105; ZÄCH, Vorgabe, S. 54 f.; BORER, Kartellgesetz, Art. 49a KG N 2; JAAG, Sanktionen II, S. 17 f.; KUBLI, Sanktionssubjekt, S. 144 f.; SEITZ, SWISSCOM, S. 653; BREITENMOSER/WALDER, Verfahrensrechtliche Fragen, S. 31 f.; CR Concurrence-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 20 ff.; HANGERTER, Aspekte, S. 269; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.205; TAGMANN, Sanktionen, S. 92 f.; SHK KG-REINERT, Art. 49a N 4; ZIMMERLI, Dogmatik, S. 452 ff.; KOBEL, Sanctions, S. 1153 f.; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 184, 188; vgl. auch Botschaft KG 2001, S. 2033 f.; allgemein HÄNER, Mindestgarantien, *passim*; REIMANN, Strafrechtsähnliche Rechtsnatur, N 43.

1216 RIEDO/NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht I, S. 48 ff.; NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht, S. 52 ff.; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a KG N 43 f.; NIGGLI/RIEDO, Kartellstrafrecht, S. 647, 657; NIGGLI/MAEDER, Verwaltungsstrafrecht, S. 29; NACHT/WOHLMANN, Kartellsanktionen, *passim*; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit, S. 206; LANG, Untersuchungsmaßnahmen, N 9; wohl auch HIRSBRUNNER/WERNER, Überholt, N 9.

1217 HEINE/ROTH, Kartellrechtsrevision, S. 10 f.; HEINE, Quasi-Strafrecht, S. 112 ff.; diesem Ansatz gegenüber kritisch NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, S. 113 f.; für eine Qualifikation der Strafsanktionen nach Art. 49a KG als «neue Art der Sanktion» siehe auch, SPITZ, Problemstellungen, S. 555; wohl implizit auch REINERT P., Sanktionsregelung, S. 149.

1218 ZIMMERLI, Dogmatik, S. 455 ff.; wohl auch BORER, Kartellgesetz, Art. 39 N 20.

qualifizieren.¹²¹⁹

Nach den ersten drei Lemmata lässt sich vertreten, dass das Straf- oder Verwaltungsstrafrecht auf Kartellverwaltungsverfahren Anwendung finden sollte. Dies würde nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 2 BGÖ zum Ausschluss des BGÖ in Kartellverwaltungsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG führen. Allerdings qualifizierte das Bundesgericht in Kartellverwaltungsverfahren verhängte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG nach dem vierten Lemma als Verwaltungsanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter.¹²²⁰

Wohl nicht völlig unberechtigt wird von Teilen der Literatur geltend gemacht, dass angesichts der strafrechtsähnlichen Natur sanktionsbewehrter Kartellverwaltungsverfahren ein vergleichbares Interesse am Schutz der Informationen bestehe wie in strafrechtlichen Verfahren, weshalb die Verfahrensakten nicht vom Öffentlichkeitsprinzip erfasst seien.¹²²¹ Entgegen diesem Einwand hat das Bundesgericht, wenn auch nur als Obiter Dictum, explizit festgehalten, dass das Verfahren auf Erlass einer Sanktionsverfügung nach Art. 49a KG kein Strafverfahren, sondern ein Verwaltungsverfahren darstelle und das BGÖ grundsätzlich anwendbar sei.¹²²² In Übereinstimmung hiermit hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass das Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG als Verwal-

1219 DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 4; DIKE KG-KRAUSKOPF, Art. 49a N 7; CR CONCURRENCE-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 4 ff.; SHK KG-COURVOISIER, Art. 39 N 4; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 86; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 29; TAGMANN, Sanktionen, S. 86; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53 N 43; CR CONCURRENCE-MOREILLON, Art. 53 N 5; DOSS, Vertikalabreden, S. 72, 77; HEINEMANN, Sanktionen, N 27 ff.; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 234 f.; HANGERTER, Verhältnis, S. 265 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1108; WASSER, Verfahrensrecht, S. 81; JAAG, Sanktionen I, S. 952; JAAG, Sanktionen II, S. 17; LOCHER, Sanktionen, S. 185 ff.; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 184, 188; VON BÜREN, Zulässigkeit, S. 197 f.; RAGETTLI, Garantien, N 58; REIMANN, Strafrechtsähnliche Rechtsnatur, N 100 m. w. N.

1220 BGE 139 I 72, E. 2.2.2, 4.3; BGE 142 II 243, E. 3.4; BGer 26.05.2016, 2C_1065/2014, E. 8.1 f., nicht publiziert in BGE 142 II 268; BGE 143 II 297, E. 9.1; BGE 144 II 194, E. 5.1; BGE 145 II 259, E. 2.6.2; BGer 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 8.1; BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2; BVGer 25.06.2018, B-880/2012, E. 5.2; BVGer 14.09.2015, B-7633/2009, N 60, S. 643 f.; BVGer 23.09.2014, 8399/2010, E. 6.4.1; BVGer 23.09.2014, B-8430/2010, E. 7.4.1, 8.12; BVGer 13.11.2015, B-3332/2012, E. 3.11.3; BVGer 15.11.2012, B-851/2012, E. 5.1.

1221 BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 70; BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 348 Fn. 26; a. A. DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1222 BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2; in BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.1 wird ebenfalls auf einen möglichen Zugang nach Art. 6 BGÖ verwiesen.

tungsverfahren grundsätzlich in den Geltungsbereich des BGÖ falle.¹²²³ Auch der EDÖB hat in seinem 19. Tätigkeitsbericht deutlich festgehalten, dass anlässlich der letzten, gescheiterten KG-Revision kein Anlass bestehe, das Kartellverwaltungsverfahren auch nur teilweise vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ auszunehmen.¹²²⁴ Somit finden die strafrechtlichen Erlasse wie die StPO keine Anwendung, sondern – wegen der Natur als erstinstanzliches Verwaltungsverfahren – das VwVG.¹²²⁵ Die Vorabklärung und das Untersuchungsverfahren der Weko sind folglich vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst.¹²²⁶

Ausser Zweifel steht zudem, dass amtliche Dokumente, die die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden betreffen, wie etwa Mitarbeiterlisten der Weko für bestimmte Zusammenschlussvorhaben¹²²⁷ oder Marktbeobachtungsstudien¹²²⁸, unter dem Vorbehalt allfälliger Ausnahmen dem Öffentlichkeitsprinzip unterliegen.¹²²⁹

1223 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, A-6315/2014, A-6334/2014, E. 4.2; BVGer 23.10.2018, A-592/2018, E. 12; BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 13; BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1, hingegen nicht in Bezug auf amtliche Dokumente aus einem Untersuchungsverfahren; offengelassen in BVGer 30.10.2017, B-5943/2014, E. 3.1.2.

1224 Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115.

1225 BGer 08.05.2019, 2C_524/2018, E. 2.6.2; DIKE KG-HÄNER, Art. 39 N 4; BSK KG-BILGER, Art. 39 N 29; CR CONCURRENCE-MARTENET, Rem. Art. 39-43 LCart N 4; siehe auch als kritischen Rundumschlag die Würdigung von REINERT M., Flickwerk, *passim*.

1226 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 52; CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 21 N 24, Art. 25 N 37; Art. 39 N 46; implizit wohl auch DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 23; Empfehlung des EDÖB, 19. Tätigkeitsbericht (2011/2012), S. 115; für eine a. A. jedoch noch vor der neuen Rechtsprechung BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 70; nach BREMER/STEBLER, Verfügungsantrag, S. 348 Fn. 26, besteht die Gefahr, dass das Bekenntnis des BGer zur strafrechtsähnlichen Natur der Sanktionen nach Art. 49a KG durch die Anwendbarkeit des BGÖ riskiere, zu einem «Lippenbekenntnis» zu verkommen; nach DENOTh, Kronzeugenregelung, S. 297 f., besteht in der Schweiz kein allgemeiner Zugang zu Dokumenten der Weko. Daher unterstehe die Weko der Öffentlichkeit gegenüber lediglich einer gewissen Informationspflicht; anscheinend geht auch ZIMMERLI nicht von einer Anwendbarkeit des BGÖ auf das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren aus, da er es im § 15 seiner monografischen Abhandlung, wo er sich mit der «Diskretionsproblematik» auseinandersetzt, nicht abhandelt, ZIMMERLI, Dogmatik, S. 721 ff.; RAGETTLI, Garantien, N 165.

1227 Empfehlung des EDÖB 03.09.2013.

1228 Empfehlung des EDÖB 27.05.2015.

1229 Zu den Ausnahmen nach Art. 7 BGÖ siehe unten § 17. 6. II.

Vom sachlichen Anwendungsbereich ausgenommen sind allerdings Dokumente, die im Rahmen verwaltungsstrafrechtlicher Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbsbehörden in Behördenbesitz gelangt sind¹²³⁰ – wie etwa im Rahmen von Hausdurchsuchungen beschlagnahmte Dokumente.¹²³¹ Auf das Verfahren einschliesslich der Entsiegelung der beschlagnahmten Dokumente finden die Bestimmungen des VStrR Anwendung.¹²³² Der sachliche Geltungsbereich des BGÖ ist dann nicht eröffnet.¹²³³

Anzufügen bleibt, dass das BGÖ ebenfalls auf die Vorabklärung der Weko Anwendung findet, obwohl nach Art. 26 Abs. 3 KG im Verfahren der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht besteht (zur Frage, ab welchem Zeitpunkt der Zugang nach BGÖ zu gewähren ist, siehe den folgenden Abschnitt).¹²³⁴ Führt eine Vorabklärung nicht zur Eröffnung einer Untersuchung durch die Weko, drängt sich eine Einsicht durch die Öffentlichkeit auf. Denn dann muss kontrolliert werden können, weshalb die in der Vorabklärung gegenständliche Verhaltensweise, die häufig von in ihren Rechten beeinträchtigten Dritten gemeldet wird, keinen Anlass zur Verfahrenseröffnung gegeben hat.

III. Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit

Der Zugang nach dem BGÖ und die Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren verfolgen funktional dasselbe Ziel – den Zugang zu amtlichen Dokumenten bzw. die Akteneinsicht in Verfahrensdokumente. Dennoch unterscheiden sich die Anspruchsvoraussetzungen deutlich. Die Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren hängt grundsätzlich von der Parteistellung ab; verfahrensbeteiligte Dritte ohne Parteistellung verfügen über stark eingeschränkte Akteneinsichtsmöglichkeiten. Dem steht quasi diametral der Öffentlichkeitszugang entgegen, nach dem Dritte nahezu voraussetzungslos Einsicht in amtliche Dokumente nehmen können.

Die parallele Anwendbarkeit der beiden Regularien birgt die Gefahr von Wertungswidersprüchen und vermag den reibungslosen Ablauf des

1230 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 31.

1231 Art. 42 Abs. 2 KG.

1232 BANGERTER, Hausdurchsuchungen, S. 39 ff.

1233 Art. 3 Abs. 1 Bst. a Nr. 2 BGÖ; BVGer 28.01.2016, A-4186/2015, E. 6.1, 7.2.2.4 m. w. N.; Botschaft BGÖ, S. 1989.

1234 DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 49 f.; a. A. BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 72.

Verwaltungsverfahren zu stören, weshalb es einer klaren Regelung des Zusammenspiels dieser Regularien bedarf. Wer entsprechende Regelungen in den einschlägigen Gesetzen sucht, der sucht allerdings vergeblich. Das KG, das VwVG oder das BGÖ enthalten keine expliziten Vorschriften, die etwa rechtshängige Kartellverwaltungsverfahren vom Geltungsbereich des BGÖ ausnehmen.

Somit stellt sich die Frage, ob der Öffentlichkeit bereits während eines rechtshängigen Verfahrens, nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens oder sogar erst ab dessen Rechtskraft der Zugang gewährt wird. Der Beantwortung dieser Frage ist voranzustellen, dass sich an ein erstinstanzliches Kartellverwaltungsverfahren häufig ein über Jahre andauernder Instanzenzug anschliesst. Der Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung und deren Rechtskraft liegen somit häufig deutlich auseinander. Dies unterstreicht die Relevanz der Frage, wann Kartellopferten der Zugang zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden gewährt wird. Wird berücksichtigt, dass die Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche während eines Verwaltungsverfahrens nicht stillsteht, wird die Frage zusätzlich relevant.

In der Verwaltungsrechtspraxis herrscht Uneinigkeit über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Zugangs der Öffentlichkeit. Dem EDÖB zufolge ist das BGÖ erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss auf Zugangsgesuche von Parteien oder Dritten anzuwenden.¹²³⁵ Im Gegensatz zum Bundesgericht¹²³⁶ hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits zum Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs der Öffentlichkeit geäußert: Ein auf das BGÖ gestützter Zugang zu Dokumenten eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sei erst nach Rechtskraft zu gewähren.¹²³⁷ Die Erläuterungen des BJ lassen allerdings auf ein abweichendes Verständnis schliessen, nach dem das BGÖ bereits auf rechtshängige Verfahren Anwendung

1235 Empfehlung des EDÖB 12.05.2015, N 36 Fn. 8; Empfehlung des EDÖB 20.12.2016, N 24; Empfehlung des EDÖB 19.12.2016, N 21; so auch BJ, Umsetzung, S. 12. Im gleichen Dokument wird weiter festgehalten, dass auf Zugangsgesuche, die während eines hängigen Verfahrens an die erstinstanzliche Behörde oder an die Beschwerdeinstanz gerichtet werden, nicht eingetreten wird, BJ, Umsetzung, S. 10. Dass die Aussage des BJ im Widerspruch zu den ebenfalls vom Bundesamt für Justiz stammenden Erläuterungen zum VBGÖ steht, nach denen der Zugang bereits nach dem Entscheidungszeitpunkt gewährt werden soll, sei hier nur am Rande erwähnt.

1236 Vgl. allerdings BGE 142 II 268, E. 4.2.5.2.

1237 BVGer 18.05.2015, A-6054/2013, E. 4.1; BVGer 12.04.2017, A-1675/2016, A-1681/2016, E. 4.3; BVGer 13.07.2016, A-8073/2015, E. 5.2.1.

finde – jedoch unter dem Vorbehalt, dass die entsprechenden Dokumente nicht die Grundlage des verfahrensabschliessenden Entscheids seien und keine der in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen greife.¹²³⁸

Ein ähnlich heterogenes Bild zeigt sich in der Lehre. Auch hier herrscht keine Einigkeit über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Zugangs zu amtlichen Dokumenten aus einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren. Die Meinungen reichen vom Zugang erst ab Rechtskraft,¹²³⁹ über den Zugang vom Entscheidzeitpunkt an¹²⁴⁰ bis hin zum Zugang bereits während der Rechtshängigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens bei einer weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ¹²⁴¹.

In der vorliegenden Arbeit orientiert sich die Beantwortung der Frage des frühestmöglichen Zugangs an dem folgenden Leitgedanken. Nahezu die gesamte Verwaltungstätigkeit wurde durch das BGÖ dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt, um das Vertrauen der Bürger in den Staat zu stärken. Dieser Gedanke bestimmt den Zweck von Art. 1 BGÖ. Zudem ver-

1238 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 2 f.

1239 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre BSK DSG/BGÖ-STAMM-PEIFSTER, Art. 3 BGÖ N 26; ebenso BRUNNER, Öffentlichkeit, S. 141; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 523; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 26 N 20; zur ähnlichen Ausgangslage im Kanton Zürich siehe RUDIN, in: Baeriswyl/Rudin, IDG ZH, § 20 N 39 f.; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 12; aus der Kartellrechtslehre CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 21 N 24, Art. 25 N 37; anders dann jedoch CR CONCURRENCE-MARTENET, Art. 25 N 55. Kritisch bleibt anzumerken, dass dieses Verständnis von Art. 8 Abs. 2 BGÖ zugleich dessen Existenzgrundlage entzieht. Findet das BGÖ erst mit Rechtskraft eines Entscheids Anwendung, ist ein Aufschieben des Zugangs zu amtlichen Dokumenten, die die Grundlage eines Verwaltungsentscheids bilden, überhaupt nicht möglich; der Zugang wird ja in jedem Fall erst mit Rechtskraft des Entscheids gewährt. Art. 8 Abs. 2 BGÖ gibt demzufolge für das Abwarten der Rechtskraft keinen Anhaltspunkt und spricht aus systematischer Betrachtung gegen dieses Verständnis.

1240 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre SHK BGÖ-MAHON/GONIN, Art. 8 N 30 ff.

1241 Aus der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 910; vgl. auch BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 8 N 8, wonach die Einsichtnahme in entscheidungsrelevante Dokumente des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens i. d. R. bis zur Rechtskraft aufzuschieben ist; aus der Kartellrechtslehre BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 74, wobei seine Ausführungen unter dem Vorbehalt stehen, dass das BGÖ auf das Kartellverwaltungsverfahren keine Anwendung finden soll; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 51; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 32, weist explizit darauf hin, dass sich für ein Abwarten der Rechtskraft der Verfügung keine Stütze im Zweck wie im Wortlaut des Gesetzes finde.

leiht das BGÖ den einzelnen Bürgern zur Verfolgung dieses Zwecks einen individuellen und subjektiven Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten der Verwaltung. Bei der Klärung des frühestmöglichen Zugangs nach dem BGÖ sind dieses legislatorische Grundanliegen und der durch das BGÖ angestrebte Paradigmenwechsel stets zu berücksichtigen.¹²⁴²

Auch wenn das BGÖ den frühestmöglichen Zeitpunkt nicht definiert, finden sich einige Anhaltspunkte im Gesetzestext. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ richtet sich das Akteneinsichtsrecht der Verfahrenspartei während des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens nach dem VwVG, was angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen des BGÖ und des VwVG gerechtfertigt ist. Häufig wird die Akteneinsicht der Verfahrenspartei im Vergleich zum Zugang der Öffentlichkeit weitreichender sein, um den Anspruch auf rechtliches Gehör wirksam zu gewährleisten.¹²⁴³ Genannt wird in Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ hingegen ausschliesslich die Akteneinsicht der Verfahrensparteien. Dem Gesetzestext ist keine weitere Einschränkung des sachlichen Geltungsbereichs zu entnehmen.¹²⁴⁴ Aus dem Umstand, dass die Akteneinsicht durch das BGÖ nicht berührt wird, kann im Umkehrschluss nicht gefolgert werden, dass das BGÖ nicht auf rechtshängige Verwaltungsverfahren anwendbar ist, sondern nur, dass sich die Akteneinsicht der jeweiligen Verfahrensparteien nach dem VwVG richtet und nicht nach dem BGÖ.

Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ unterliegt ein amtliches Dokument vom Zeitpunkt seiner Fertigstellung an dem Öffentlichkeitsprinzip. Die Fertigstellung eines amtlichen Dokuments erfolgt häufig bereits vor Verfahrensabschluss. Dementsprechend hält Art. 1 Abs. 2 Bst. b VBGÖ fest, dass ein Dokument bereits fertiggestellt ist, wenn es vom Ersteller an den Adressaten definitiv übergeben wurde, etwa als Entscheidungsgrundlage. Nicht notwendig ist somit, dass der entsprechende Entscheid bereits getroffen wurde oder – *de maiore ad minus* – rechtskräftig ist. Ein vorbereitendes amtliches Dokument kann als fertiggestellt gelten, noch bevor das Gesamtprojekt fertiggestellt ist.¹²⁴⁵ Vorbereitende Dokumente gelten folglich als fertiggestellt, sobald sie – im Gegensatz zum eigentlichen Verfahren – selbst definitiven Charakter haben.¹²⁴⁶ Die Qualifikation des für den Öff-

1242 Exemplarisch BGE 136 II 399, E. 2.1.

1243 Vgl. SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 51; siehe zur «Weite» des Akteneinsichtsrecht *oben* § 14. 1. II.

1244 A. A. BVGer 28.01.2016, A-4186/2015, E. 7.3.2.

1245 BSK DSG/BGÖ-BÜHLER, Art. 5 N 24.

1246 SHK BGÖ-NUSPLIGER, Art. 5 N 36.

fentlichkeitszugang ausschlaggebenden «Grades der Fertigstellung» eines amtlichen Dokuments erfolgt demnach unabhängig vom Stand des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens.

Dieser Eindruck wird durch die Gesetzesmaterialien gestützt. Während der Debatte im Nationalrat hielt das Nationalratsmitglied Gerhard Pfister fest, dass gewisse Bereiche der Verwaltung die Gewähr haben müssten, dass nicht jedes Dokument öffentlich zugänglich ist.¹²⁴⁷ Im Umkehrschluss bedeutet dies wiederum, dass das Öffentlichkeitsprinzip auch während eines hängigen Verwaltungsverfahrens bereits anwendbar ist, jedoch nicht sämtliche Verfahrensdokumente erfasst.

Der Gesetzestext und die Gesetzesmaterialien lassen somit keine Einschränkung des Öffentlichkeitsprinzips erkennen, die den Öffentlichkeitszugang während eines rechtshängigen Verfahrens ausschliessen. Demzufolge wird vorliegend vertreten, dass amtliche Dokumente grundsätzlich bereits während rechtshängiger erstinstanzlicher Verfahren nach dem BGÖ zugänglich sind.

Dies bedeutet hingegen nicht, dass die parallele Anwendung der Akteneinsichtsrechte nach dem VwVG einerseits und der Zugangsrechte nach dem BGÖ andererseits zu einer Aushöhlung des verwaltungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts führt. Die Gefahr einer Aushöhlung wird durch Art. 8 Abs. 2 BGÖ gemindert. Laut dieser Bestimmung ist der Zugang bis zum abschliessenden Entscheid bzw. Erlass der Sanktionsverfügung aufzuschieben, wenn zwischen dem Dokument und dem Entscheid ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Zudem muss das Dokument für den betreffenden Entscheid von beträchtlichem materiellem Wert sein.¹²⁴⁸ Im Zusammenhang mit kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren ist diese Bestimmung weit auszulegen. Sämtliche Verfahrensdokumente eines Kartellverwaltungsverfahrens können in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang zur untersuchten Verhaltensweise und somit zum Entscheid stehen. Wie aufgezeigt wurde, zeichnen sich Kartellverwaltungsverfahren durch einen umfangreichen Aktenbestand aus, der mit dem Verfahrensverlauf zunimmt.¹²⁴⁹ Wie sich das Verfahren entwickelt und welchem Dokument welcher materielle Wert zukommt, lässt sich kaum während eines Kartellverwaltungsverfahrens feststellen. In der vorliegenden Untersuchung wird vertreten, dass ein verfrühter Zugang den Charakter des

1247 AB 2004 N 1253.

1248 BVGer 05.04.2017, A-1432/2016, E. 8.4; BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 3.5.1; BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 8 N 9.

1249 Siehe *oben* § 14. 1. I.

erstinstanzlichen Verfahrens verändern und dessen Ablauf beeinträchtigen kann. Dies würde zu Wertungswidersprüchen führen, sodass eine weite Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ angezeigt ist.¹²⁵⁰

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der sachliche Geltungsbereich des BGÖ auch rechtshängige erstinstanzliche Kartellverfahren umfasst. Hingegen ist der Öffentlichkeitszugang nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ i. d. R. bis zum Verfahrensabschluss aufzuschieben¹²⁵¹ – zuvor ist noch kaum absehbar, welche Dokumente schlussendlich die Grundlage des Entscheids bilden werden. Ähnliches gilt für allfällige Dokumente aus der Vorabklärung, in der gemäss Art. 26 Abs. 3 KG kein Recht auf Akteneinsicht besteht: Das BGÖ ist grundsätzlich auf die (auch bereits während einer) Vorabklärung anwendbar, wobei aufgrund der (vorliegend geforderten) weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ein Zugang während der Vorabklärung grundsätzlich auszuschliessen ist. Führt die Vorabklärung zur Eröffnung einer Untersuchung, bleibt der Zugang zu den Dokumenten der Vorabklärung bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ebenfalls aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BGÖ grundsätzlich ausgeschlossen. Führt die Vorabklärung zu keiner Untersuchung, ist der Zugang nach BGÖ nicht mehr nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ zu verwehren.

Einschränkend ist ferner zu betonen: Diese Verständnisweise bedeutet für die Kartellopfer nicht, dass sämtliche Verfahrensakten mit dem Verfahrensabschluss mit einem Schlag zugänglich werden. Gegen einen Öffentlichkeitszugang können weiterhin die in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ normierten Interessen sprechen.¹²⁵²

IV. Vorrang von Spezialbestimmungen

a. Geheimhaltungsnormen

Nach Art. 4 Bst. a BGÖ findet das Öffentlichkeitsprinzip keine Anwendung auf Informationen, die durch ein anderes Bundesgesetz als geheim bezeichnet werden. Zwar verpflichtet Art. 25 Abs. 1 KG die Weko, das Amtsgeheimnis zu wahren; allerdings ist diese Norm keine Geheimnisnorm nach Art. 4 Bst. a BGÖ. Aus Art. 25 Abs. 1 KG konnte lediglich bis

1250 Siehe zur Übereinstimmung dieses Verständnisses mit den in Fn. 1241 erwähnten Lehrmeinungen.

1251 Siehe Art. 8 Abs. 2 BGÖ; siehe auch BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 74.

1252 Siehe *unten* § 17. 6.

zum Inkrafttreten des BGÖ der allgemeine Geheimhaltungsgrundsatz der Verwaltung abgeleitet werden, der allerdings durch das BGÖ aufgehoben und durch den Grundsatz der Verwaltungstransparenz abgelöst wurde.¹²⁵³ Die Tragweite des Amtsgeheimnisses wurde durch die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips somit bedeutend eingeschränkt.¹²⁵⁴ Das Amtsgeheimnis schützt nur Informationen, die spezialgesetzlich als geheim gelten oder unter eine der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen fallen.¹²⁵⁵ Auch Art. 25 Abs. 4 KG, wonach Veröffentlichungen der Weko keine Geschäftsgeheimnisse enthalten dürfen, stellt keine allgemeine Regel auf, nach der Geschäftsgeheimnisse im gesamten Kartellverwaltungsverfahren als absolut geschützt gelten.¹²⁵⁶

Zu bedenken ist in diesem Kontext Folgendes: Nach Art. 25 Abs. 2 KG stellen die Behörden sicher, dass Informationen, die sich im Behördenbesitz befinden, ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Ein erfolgreicher Zugang nach dem BGÖ bewirkt, dass ein Dokument der Allgemeinheit zugänglich ist – eine Beschränkung der Verwertung der Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken ist nach der Konzeption des BGÖ nicht möglich. Somit liesse sich vertreten, dass Art. 25 Abs. 2 KG eine Spezialnorm nach Art. 4 Bst. a BGÖ darstellt und die Anwendung des BGÖ ausschliesst. Dem wäre zu entgegnen, dass bei dieser Auslegung der Grundsatz der Verwaltungstransparenz vernachlässigt wird, zumal es das Anliegen des Gesetzgebers ist, allfällige «Dunkelkammern» der Verwaltung zu verhindern. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist dies besonders dort angezeigt, wo Kartellbeteiligte mit der Behörde kooperieren und als Gegenleistung eine Sanktionserleichterung erhalten.¹²⁵⁷ Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörden mit Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens dem BGÖ unterliegen. Das strenge Verfahrensrecht des KG und des VwVG ist bei der Anwendung des BGÖ

1253 So auch überzeugend KÄMPFER, Öffentlichkeitsprinzip, bei Fn. 8 ff. m. w. N. betreffend ähnliche Vorschriften in weiteren Bundesgesetzen; siehe hierzu auch *oben* § 17. 1.

1254 Botschaft BGÖ, S. 1978; DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 23; DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 30 ff.; vgl. BSK KG-BANGERTER, Art. 25 N 69; siehe hierzu auch die Ausführungen *oben* § 15. 1.

1255 AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912; KÄMPFER, Öffentlichkeitsprinzip, bei Fn. 8 ff.

1256 Siehe zur Veröffentlichung der Sanktionsverfügung *oben* § 16.

1257 Siehe zum Zweck des BGÖ, das solche Geheimbereiche innerhalb der Verwaltung grundsätzlich verhindern soll *oben* § 17. 1.

zu berücksichtigen, indem bei der Anwendung der Ausnahmeregelungen nach Art. 7 BGÖ die im Kartellverwaltungsverfahren aufgestellten Grundsätze berücksichtigt werden.¹²⁵⁸ Das Gleiche gilt zudem auch für den Zeitpunkt des frühestmöglichen Zugangs, der – wie bereits dargestellt – erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gewährt werden kann, indem Art. 8 Abs. 2 BGÖ entsprechend weit auszulegen ist.¹²⁵⁹

b. Spezialgesetzliche Zugangsnormen

Ein auf das BGÖ gestützter Zugang ist nach Art. 4 Bst. b BGÖ nur unter dem Vorbehalt möglich, dass keine spezialgesetzlichen Zugangsnormen abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen. Der Öffentlichkeitszugang wird verdrängt, wenn andere Normen den Zugang zu amtlichen Dokumenten regeln. Diese Bestimmung ist von besonderer Relevanz, wenn ein auf Gemeinde-, Kantons- oder Bundesebene angesiedeltes Gemeinwesen kartellrechtliche Ansprüche im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren geltend macht.¹²⁶⁰ Nach dem Bundesgericht, und im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht, ist Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG in dieser Konstellation keine spezialgesetzliche Zugangsnorm, die den Zugang nach BGÖ verdrängt.¹²⁶¹ Zudem ist auch in Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG keine spezialgesetzliche Zugangsregelung zu erblicken – die Bestimmung wird an späterer Stelle vertieft analysiert.¹²⁶²

4. Unterstützung des Gesuchstellers durch die Behörde

Das BGÖ verschafft keinen Zugang zu einer nicht näher eingrenzbaaren Menge von Informationen,¹²⁶³ sondern einen Anspruch auf Zugang zu bestimmten Dokumenten. Das Zugangsgesuch ist folglich hinreichend

1258 Im Ergebnis ähnelt dieses Verständnis der europäischen Ausgangslage, siehe *oben* § 10. 2; zu den Ausnahmen des Öffentlichkeitszugangs siehe *unten* § 17. 6. II.

1259 Siehe zur hier vorgeschlagenen weiten Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BGÖ *oben* § 17. 3. III.

1260 DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 33 Fn. 51.

1261 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 4.1; a. A. BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.8.3, siehe auch E. 4.3.

1262 Siehe *unten* § 18. 3.

1263 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 6 N 16.

genau zu formulieren.¹²⁶⁴ Es bedarf somit genügender Angaben, damit die Behörde das entsprechende Dokument identifizieren kann, etwa mittels der Angabe von Erstelldatum, Titel, Referenz, Zeitspanne, Ersteller oder Sachbereich.¹²⁶⁵ Sind die Angaben nicht genügend oder bezieht sich das Zugangsgesuch auf einen nicht näher definierten Umfang von Dokumenten, kann die Behörde den Gesuchsteller auffordern, sein Gesuch zu präzisieren.¹²⁶⁶ An das Erfordernis eines hinreichend genau formulierten Gesuchs sind – auch bei umfangreichen Gesuchen – keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.¹²⁶⁷ Es genügt grundsätzlich, wenn die Behörde das entsprechende Dokument ohne grössere Schwierigkeiten identifizieren kann.¹²⁶⁸

Im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren findet ein Gesuchsteller häufig erste Hinweise auf die Verfahrensdokumente in der veröffentlichten Sanktionsverfügung – eine wichtige Stütze im Hinblick auf die Formulierung des Gesuchs. Die Sanktionsverfügungen enthalten i. d. R. eine beträchtliche Zahl von Verweisen auf die entsprechenden Verfahrensdokumente. Beziehen sich die Wettbewerbsbehörden in einer Verfügung etwa auch auf eine protokollierte Zeugenaussage, findet sich i. d. R. an entsprechender Stelle ein numerischer Aktenverweis. Wurde der Aktenverweis in der entsprechenden Fussnote geschwärzt, ist eine genügende Präzisierung nach wie vor möglich, indem der Gesuchsteller in seinem Gesuch auf die entsprechende Fussnote in der veröffentlichten Sanktionsverfügung verweist, wodurch die Wettbewerbsbehörden das entsprechende Dokument ohne grössere Schwierigkeiten identifizieren können. Doch wie verhält es sich mit Verfahrensdokumenten, auf die in einer Verfügung nicht explizit Bezug genommen wird? Etwa in Verfahren, in denen die Begründung der Sanktionsverfügung knapp ausfällt und entsprechend wenige Verweise enthält?

Kann ein Dritter diese Dokumente von sich aus nicht spezifischer bezeichnen, darf eine Behörde sein Gesuch nicht mangels hinreichender Präzisierung zurückweisen.¹²⁶⁹ Im Gegenteil: Die Behörde trifft dann die

1264 Art. 10 Abs. 3 BGÖ.

1265 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 9; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912.

1266 Art. 7 Abs. 3 VBGÖ; BGE 142 II 324, E. 3.5; BVerfGE 18.04.2019, A-199/2018, E. 3.2.3; siehe exemplarisch auch Empfehlung des EDÖB 04.03.2020, N 3; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912.

1267 BVerfGE 17.07.2017, 1C_155/2017, E. 2.5; kritisch BOLLER/HUNKENMÖLLER, Zugangsrecht, S. 776.

1268 BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 9.

1269 Art. 10 Abs. 3 BGÖ; Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. I.

Pflicht, den Gesuchsteller zu unterstützen und ihm Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben.¹²⁷⁰ Diese Unterstützungspflicht gilt namentlich bei umfangreichen Verfahrensakten. Nach dem Bundesgericht hat die Behörde nach Art. 3 Abs. 1 VBGÖ Unterstützung zu leisten, indem sie etwa einen Auszug aus dem Dokumentenverwaltungssystem vorlegt.¹²⁷¹ Bezeichnenderweise hat auch das Bundesverwaltungsgericht bereits eine Verwaltungsstelle, die EStV, angewiesen, einem Gesuchsteller zwecks Präzisierung seines Zugangsgesuchs eine Auflistung der entsprechenden Dokumente zukommen zu lassen.¹²⁷²

Wie dargelegt wurde, erstellt die Weko angesichts der Aktenführungspflicht grundsätzlich in jedem Verfahren ein Verzeichnis sämtlicher Verfahrensdokumente.¹²⁷³ Somit verfügt die Weko i. d. R. über eine entsprechende Auflistung sämtlicher Verfahrensdokumente – namentlich auch derjenigen Dokumente, auf die in der veröffentlichten Sanktionsverfügung nicht verwiesen wird. Die Weko hat Dritten das Verfahrensverzeichnis auszuhändigen. Erst so werden Dritte häufig überhaupt erst in die Lage versetzt, hinreichend präzise Zugangsgesuche zu stellen. Der Zugang zum Aktenverzeichnis ist hingegen erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens in Erwägung zu ziehen. Zudem müssen die in Art. 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen auch für allfällige Verzeichnisse oder Auflistungen gelten.

5. Konkrete und individuelle Prüfung

Ein Zugangsgesuch kann sich auf ein einzelnes, auf mehrere oder auch auf eine Vielzahl von Dokumenten beziehen – unter der Voraussetzung, dass diese genügend präzise bezeichnet werden. Die Behörde muss grund-

1270 Empfehlung des EDÖB 11.12.2008, Nr. II. B. I; BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 9; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 43; Art. 3 Abs. 1 VBGÖ.

1271 BGE 142 II 324, E. 3.5; siehe auch EDÖB 16.07.2012, E. 35, nach dem die Behörde dem Antragsteller beispielsweise einen Auszug aus ihrem Dokumentenmanagementsystem oder eine Liste mit den vorhandenen Dokumenten zukommen lassen muss. Dies ermöglicht dem Antragsteller, sein Gesuch zu präzisieren und dessen Ausmass besser einzuschätzen; Empfehlung des EDÖB 08.07.2013, N 32; SHK BGÖ-HÄNER, Art. 10 N 34; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 43; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 912 f.

1272 BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 4; siehe auch Empfehlung des EDÖB 08.07.2013, N 32.

1273 Siehe *oben* § 14. 1. I.

sätzlich jedes einzelne Dokument einer konkreten und individuellen Prüfung unterziehen.¹²⁷⁴ Der Zweck des Öffentlichkeitsprinzips steht einer pauschalen – von der Zahl der betroffenen Dokumente unabhängigen – Behandlung von Gesuchen entgegen. Die Verwaltungstätigkeit soll der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Könnten umfassende Zugangsge-
suche pauschal abgelehnt werden, würde dies das Öffentlichkeitsprinzip aushöhlen. Dem Vorangegangenen entsprechend, wird vertreten, dass die Interessenabwägung im Einzelfall die Essenz des BGÖ darstellt.¹²⁷⁵ Das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht und der EDÖB verlangen ebenfalls eine Einzelfallabwägung.¹²⁷⁶ Nur eine konkrete und individuelle Prüfung jedes Dokuments entspricht dem Gesetzeszweck.¹²⁷⁷ Die Pflicht zu einer konkreten und individuellen Prüfung erklärt sich auch vor dem Hintergrund der in Art. 10 VBGÖ getroffenen Regelung:¹²⁷⁸ Besonders aufwendige Gesuche können innert einer angemessenen Frist behandelt werden.¹²⁷⁹ Die Bearbeitung eines Gesuchs ist besonders aufwendig, wenn die Behörde das Gesuch mit ihren verfügbaren Ressourcen nicht bearbeiten kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt wird.¹²⁸⁰ Allein der Umstand, dass den Mitarbeitern einer Behörde durch ein Gesuch ein höherer Arbeitsaufwand entsteht, ist jedoch

1274 Im Folgenden ist der Begriff «konkrete und individuelle Prüfung» von dem der «Einzelfallabwägung» zu trennen. Der Begriff «konkrete und individuelle Prüfung» bezieht sich auf das tatsächliche Untersuchen jedes um Zugang ersuchten Dokuments. Der Begriff «Einzelfallabwägung» bezieht sich auf die Verpflichtung der Behörde, soweit erforderlich, für jedes einzelne Dokument zwischen dem Interesse der Öffentlichkeit und anderen öffentlichen oder privaten Interessen abzuwägen. In der Lehre scheint diese Differenzierung nicht vorgenommen zu werden. Wird in diesem Abschnitt von einer Einzelfallabwägung mit Verweis auf eine Lehrmeinung gesprochen, ist damit grundsätzlich die Pflicht zur konkreten und individuellen Prüfung gemeint.

1275 MADER, Öffentlichkeitsgesetz, S. 25; SHK BGÖ- COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 79; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 8; BRUNNER, Öffentlichkeitsprinzip, S. 82.

1276 BGE 142 II 324, E. 3.5; BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BVGer 18.04.2019, A-199/2018, E. 3.2.3; BVGer 15.09.2009, A-3631/2009, E. 4; Empfehlung des EDÖB 19.09.2014, N 24.

1277 Besonders konkret BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 26, nach dem die Summe aller Dokumente jedoch kein Ausnahmegrund nach dem BGÖ ist. Wird eine Ausnahme geltend gemacht, ist dies nachvollziehbar darzulegen. Hierzu bedarf es der Kontrolle jedes Dokuments.

1278 BGE 142 II 324, E. 3.5.

1279 Art. 10 Abs. 2 VGBÖ.

1280 Art. 10 Abs. 1 VGBÖ.

kein Grund zur Annahme einer besonders aufwendigen Bearbeitung. Erst wenn die Behörde durch die Bearbeitung des Gesuchs in der Erfüllung ihrer Kernaufgaben wesentlich beeinträchtigt bzw. ihr Geschäftsgang nahezu lahmgelegt wird, handelt es sich um ein besonders aufwendiges Gesuch.¹²⁸¹ Doch selbst dann kann die Behörde nicht von einer konkreten und individuellen Prüfung absehen – ein Verzicht auf eine Einzelfallprüfung ist im Gesetz nicht vorgesehen. In einer solchen Situation steht es der Behörde lediglich offen, das Gesuch «innert angemessener Frist» zu bearbeiten. Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich namentlich im Hinblick auf die Wahrung der ordnungsgemässen Verwaltungstätigkeit. Jedoch steht es der Behörde in einer derartigen Ausgangslage frei, Rücksprache mit dem Gesuchsteller zu halten, um sein Gesuch einzuschränken.¹²⁸² Das BGÖ zeichnet für solche Fälle eine Verhandlungslösung vor.

6. Beschränkungen des Zugangsanspruchs

Der subjektive und individuelle Zugangsanspruch wird in Art. 7 BGÖ mehrfach relativiert. Der Zugang kann eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn eines der in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ abschliessend aufgelisteten öffentlichen oder privaten Interessen gefährdet oder beeinträchtigt ist. Hierbei ist stets zu beachten, dass sich auch im Rahmen des BGÖ die gesamte Verwaltungstätigkeit am Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV auszurichten hat. Daher beschlägt eine der in Art. 7 BGÖ normierten Ausnahmen i. d. R. nicht das gesamte amtliche Dokument, sondern ausschliesslich die entsprechenden Passagen. Betroffenen und entsprechend zu schützen sind nur die jeweiligen schutzwürdigen Passagen eines Dokuments, weshalb i. d. R. ein eingeschränkter Zugang in Erwägung zu ziehen ist.¹²⁸³ Bevor die geschützten Interessen einzeln dargestellt werden, gilt es, vorab zu klären, ob bei der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung der involvierten Interessen vorzunehmen ist oder ob es zu einer Schadensrisikoprüfung kommt.

1281 BGE 142 II 324, E. 3.5; BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 12; BSK DSG/BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, Art. 10 N 67.

1282 Exemplarisch hierfür Empfehlung des EDÖB 04.03.2020, N 3.

1283 BGE 142 II 324, E. 3.3.

I. Schadensrisikoprüfung oder Einzelfallabwägung?

Konsultiert man die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹²⁸⁴, die Empfehlungen des EDÖB¹²⁸⁵, die Mehrheit der Literatur¹²⁸⁶ und die Botschaft¹²⁸⁷, zeichnet sich ein einheitliches Bild ab. Wird eines der durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen durch einen Zugang beeinträchtigt oder gefährdet, kommt es nicht zu einer Abwägung zwischen dem Öffentlichkeitsinteresse und den in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten privaten oder öffentlichen Interessen. Eine Interessenabwägung wurde vom Gesetzgeber bereits vorweggenommen, indem Art. 7 Abs. 1 BGÖ abschliessend die Interessen aufzählt, bei denen das Geheimhaltungsinteresse das Transparenzinteresse überwiegt. Wird den Ausnahmen dieses Verständnis zugrunde gelegt, sind – bis auf die in Art. 7 Abs. 2 BGÖ enthaltene Ausnahme – sämtliche Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip absolut. Eine Interessenabwägung im Einzelfall ist dann nicht möglich.

Nach diesem Verständnis wird die individuelle und konkrete Prüfung des jeweiligen amtlichen Dokuments auf eine Schadensrisikoprüfung reduziert.¹²⁸⁸ Diese Prüfung führt jedoch nicht zu einem Automatismus, der den Zugang ausschliesst, sobald ein durch Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ geschütztes Interesse betroffen ist.¹²⁸⁹ Soll der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, müssen nach Massgabe der Schadensrisikoanalyse im Einzelfall zwei Kriterien erfüllt sein:

1284 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.1; BVerfG 23.10.2017, A-6755/2016, E. 6.4.1; BVerfG 26.05.2015, A-700/2015, E. 4.2; BVerfG 30.04.2015, A-1784/2014, E. 6.2.1; BVerfG 02.09.2015, A-3621/2014, E. 4.2.1, 5.2.2; BVerfG 15.09.2009, A-3631/2009, E. 2.2.

1285 Empfehlung des EDÖB 27.06.2013, N 22; Empfehlung des EDÖB 19.10.2012, N 18.

1286 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 101 f.; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 3; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 3, 5; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 915.

1287 Botschaft BGÖ, S. 2006.

1288 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 8.3.3 m. w. N.; Empfehlung des EDÖB 27.06.2013, N 22; AMMANN/LANG, Öffentlichkeit, S. 915.

1289 BVerfG 11.12.2019, A-2352/2017, E. 8.3.3.

- Die potenzielle Verletzung muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen.¹²⁹⁰
- Eine Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen muss ernstlich drohen.¹²⁹¹ Die Gefährdung darf nicht nur denkbar oder lediglich entfernt möglich erscheinen; nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz ist auch eine Beeinträchtigung.¹²⁹²

Auch wenn diese Interpretation in der Botschaft eine Stütze findet¹²⁹³, sind an der Schadensrisikoanalyse Zweifel anzubringen. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ haben gemeinsam, dass sie gewisse Interessen vor dem Öffentlichkeitszugang schützen. Gefährdet ein Zugang eines der geschützten Interessen, ist der Zugang einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern. Im Gegensatz zu Abs. 1 wird Abs. 2 der Bestimmung in Bezug auf die Interessenabwägung konkreter: Ausnahmsweise kann Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt werden, wenn das öffentliche Interesse überwiegt. Die Gesetzssystematik lässt zwei Sichtweisen zu:

- Nach dem einen Verständnis, auf die sich wohl die eingangs erwähnte Praxis bezieht, bedeutet die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ, dass der Schutz der Privatsphäre im Gegensatz zu den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen kein absolutes Schutzniveau genießt. Daher kommt es im Rahmen der individuellen und konkreten Prüfung nicht zu einer Interessenabwägung.
- Nach dem anderen und vorliegend vertretenen Verständnis ist die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ dahin gehend zu verstehen, dass das Transparenzinteresse das Interesse am Schutz der Persönlichkeit nur ausnahmsweise überwiegt. Somit würde die Ergänzung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ der Privatsphäre Dritter einen höheren Schutzstatus zuerkennen als den in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten öffentlichen und privaten Interessen. Dass dieses Verständnis nicht als «abwegig» abgetan werden kann, zeigt insbesondere der Blick auf die Rechtslage in der EU. Die TransparenzVO schützt die Privatsphäre und die Integrität des Einzelnen in Art. 4 Abs. 1 Bst. b VO 1049/2001 absolut. Nicht absolut geschützt sind hingegen Geschäftsgeheimnisse, bei denen im Einzelfall

1290 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 101 f.; BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 4.

1291 BGE 144 II 77, E. 3.3; BGER 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 4.2; BVGer 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.2 m. w. N.

1292 BGE 144 II 77, E. 3.3; BGER 18.05.2016, 1C_296/2015, E. 4.2; BVGer 11.12.2019, A-2352/2017, E. 4.4.2 m. w. N.

1293 KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017, S. 102.

das Transparenzinteresse gegen das private Schutzinteresse abzuwägen ist.¹²⁹⁴

Beide Sichtweisen sind vertretbar, führen jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen. Das Bundesgericht tendierte in seiner älteren Rechtsprechung dazu, im Einzelfall eine Interessenabwägung und keine Schadensrisikoanalyse vorzunehmen.¹²⁹⁵ Von diesem Verständnis ist das Bundesgericht in BGE 144 II 77 abgewichen. Der Gesetzgeber habe die Güterabwägung bereits vorweggenommen, indem in Art. 7 Abs. 1 BGÖ die Gründe abschliessend aufgezählt werden, bei denen das Geheimhaltungsinteresse das Transparenzinteresse überwiegt.¹²⁹⁶ Eine Abwägung im Einzelfall sei dann ausgeschlossen. Die Aufnahme der entsprechenden Erwägung in ein amtlich publiziertes Urteil und die fast wortgleiche Wiederholung der relevanten Passagen in späteren Urteilen verdeutlichen, dass das Bundesgericht von seiner früheren Rechtsprechung abgerückt ist und die Schadensrisikoanalyse in den Vordergrund gestellt hat. Erstaunlich ist jedoch der Umstand, dass dieselbe Abteilung des Bundesgerichts zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu der im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung zurückkehrte.¹²⁹⁷

Diese inkonsistente Rechtsprechung ist zu bedauern und schafft Rechtsunsicherheit. Nach dem vorliegenden Verständnis steht die in BGE 144 II 77 begründete Rechtsprechung im Widerspruch zum vorliegend vertretenen Gesetzeszweck, die Verwaltungstätigkeit transparent zu machen. Dem entspricht es nicht, einen langen Katalog absolut geschützter Interessen in das Gesetz aufzunehmen. Wird lediglich eine Schadensrisikoprüfung vorgenommen, besteht die Gefahr, dass in einer Vielzahl der Fälle das Interesse der Öffentlichkeit vernachlässigt wird, weil es überhaupt nicht berücksichtigt werden kann. Ein Paradigmenwechsel hin zu einer transparenten Verwaltung scheint so als Ziel aus den Augen verloren zu werden.¹²⁹⁸ Bei der konkreten und individuellen Prüfung eines amtlichen Dokuments sollte deshalb immer eine Interessenabwägung zwischen den in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten Interessen und

1294 Siehe *oben* § 10. 2. I.

1295 BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BGE 142 II 313, E. 3.6; BGE 142 II 324, E. 3.3; ähnlich auch in BGer 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 2.3 f.

1296 BGE 144 II 77, E. 3; BGer 10.08.2016, 1C_428/2016, E. 3; BGer 21.03.2019, 1C_222/2018, E. 3.3.

1297 BGer 17.04.2019, 1C_462/2018, E. 5.1; kritisch hierzu KÄMPFER/KELLER, Öffentlichkeitsprinzip 2020, N 31.

1298 Siehe zum hier angesprochenen Paradigmenwechsel *oben* § 17. 1.

dem Transparenzinteresse vorgenommen werden.¹²⁹⁹ Dieses Verständnis entspricht mehr dem Gesetzeszweck und spiegelt das dem BGÖ inhärente politische Anliegen wider. Der verfassungsrechtlichen Dimension des Öffentlichkeitsanspruchs wird so ebenfalls gerecht.¹³⁰⁰ Die unterschiedlichen verfassungsmässigen Interessen sind grundsätzlich gleichrangig. Durch absolute Ausnahmen werden sie in ein allzu starres Rangverhältnis zueinander versetzt.¹³⁰¹

II. Geschützte Interessen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ

Art. 7 Abs. 1 BGÖ normiert insgesamt sieben öffentliche und private Interessen, die im Einzelfall gegen einen Öffentlichkeitszugang sprechen. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die vier für relevant befundenen Interessen. Bei der Untersuchung der einzelnen Ausschlussgründe ist stets Folgendes zu bedenken:

- Im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung sind die für einen BGÖ-Zugang sprechenden Interessen gegen die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierten Interessen abzuwägen. Das persönliche Interesse des Gesuchstellers ist i. d. R. nicht zu berücksichtigen – unabhängig davon, ob es sich um ein schweizerisches KMU oder um ein durch einen US-Investor finanziertes Klagevehikel handelt. Allerdings ist im Rahmen dieser Abwägung zu berücksichtigen, dass der Kartellschadenersatz nicht nur private Interessen, sondern auch öffentliche Interessen verfolgt – die Interessenabwägung hat somit stets auch diese zu berücksichtigen.¹³⁰² Grundsätzlich sollte gelten: Je weniger Informationen den Kartellopfen zur Verfügung stehen, desto grösser ist das öffentliche Interesse an der erfolgreichen Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche und desto eher ist der Zugang zu den Verfahrensdokumenten zu gewähren.

1299 Grundsätzlich zurückhaltender, aber im Ergebnis ähnlich, FLÜCKIGER/JUNOD, *Reconnaissance*, N 108 f.; wohl auch MADER, *Öffentlichkeitsgesetz*, S. 25 f.; vgl. auch HÄNER, *Öffentlichkeitsprinzip II*, S. 288 f.

1300 Zur Grundrechtsrelevanz des Anspruchs auf Transparenz, BRUNNER/FLÜCKIGER, *Zugang*, N 5 m. w. N.

1301 Wie eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen kann, ist noch eingehend darzulegen, siehe *unten* § 17. 6. IV.

1302 Zur Zweckdualität des Kartellschadenersatzes siehe *oben* § 6; siehe zudem die Ausführungen *oben* § 2. 2, inwiefern der zweigledrige Zweck die Interessenabwägung der Behörde beeinflussen kann.

- Auch wenn die aufzuzählenden Interessen im Folgenden einzeln dargestellt werden, betreffen häufig mehrere Interessen gleichzeitig ein einzelnes Dokument. Die Abwägung ist dann grundsätzlich für das jeweilige Interesse vorzunehmen, obwohl es sich lediglich um ein einzelnes Dokument handelt.
- Ein Öffentlichkeitszugang nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ ist grundsätzlich erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens möglich.¹³⁰³

a. Freie Meinungs- und Willensbildung (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ)

Beeinträchtigt der öffentliche Zugang die freie Meinungs- und Willensbildung der Behörde, ist er zu verweigern, aufzuschieben oder einzuschränken. Ein verfrühter Zugang – so die Befürchtung – verhindere die Meinungs- und Willensbildung der Behörde. Bevor der Bestimmungsinhalt dieser Ausnahme dargelegt wird, bedarf es der Konturierung des Zusammenspiels von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ, die ähnliche Zwecke verfolgen.

(1) Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ

Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verfolgen ähnliche Zielrichtungen,¹³⁰⁴ unterscheiden sich jedoch insbesondere im Hinblick auf ihre Anwendungsdauer. Wie bereits dargelegt wurde, ist nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ der Zugang zu amtlichen Dokumenten in Kartellverfahren grundsätzlich bis zum Erlass der verfahrensabschließenden Verfügung, dem Entscheidungszeitpunkt, aufzuschieben.¹³⁰⁵ Derselbe Zeitraum ist grundsätzlich auch von Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ erfasst, erstreckt sich jedoch auch über den Entscheidungszeitpunkt hinaus.¹³⁰⁶

Diesen Bestimmungen liegt die folgende gesetzssystematische Konkordanz zugrunde: Der Öffentlichkeitszugang ist während eines rechtshängigen erstinstanzlichen Kartellverfahrens nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ

1303 Siehe hierzu *oben* § 17. 3. III.

1304 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 14; bezeichnenderweise wird ein Zugang in der Praxis auch häufig mit einem pauschalen Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ und Art. 8 Abs. 2 BGÖ verweigert; vgl. Empfehlung des EDÖB 01.10.2019, N 2, 4.

1305 Siehe *oben* § 17. 3. III.

1306 Botschaft BGÖ, S. 2008.

häufig auszuschliessen. Eine konkrete und individuelle Prüfung ist nicht vorzunehmen, da – wie in der vorliegenden Arbeit vertreten¹³⁰⁷ – grundsätzlich sämtliche Dokumente entscheidrelevant sind. Über den Entscheidzeitpunkt hinaus entfällt diese Möglichkeit. Allerdings kann der Zugang nach Verfahrensabschluss gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn dies das Ergebnis einer konkreten und individuellen Prüfung ist.¹³⁰⁸

(2) «When in the spotlight ...»

«Es ist schwieriger, seine Meinung im Scheinwerferlicht zu ändern»¹³⁰⁹, lautet die Botschaft. Eine sofortige Veröffentlichung bestimmter Dokumente nach Verfahrensabschluss kann zu einer Beeinträchtigung der freien Meinungs- und Willensbildung der Behörde führen, weshalb die Einsichtnahme aufgeschoben werden kann.¹³¹⁰ Dies trifft allerdings nicht auf sämtliche Verfahrensdokumente zu, weshalb vorliegend zwischen zwei Dokumentenkategorien unterschieden wird. Zur ersten Kategorie zählen die vom Sekretariat erstellten Verfahrensdokumente. Zur zweiten Kategorie zählen diejenigen Dokumente, die von der Weko erstellt werden, insbesondere Sitzungsprotokolle.

Nach Art. 14 Abs. 3 GR-Weko sind die Sitzungen der Weko nicht öffentlich – eine Teilnahme der Verfahrensbeteiligten ist somit ausgeschlossen. Ob hingegen auch die Sitzungsprotokolle¹³¹¹ von dieser Ausnahme erfasst und somit nicht zugänglich sind, ergibt sich nicht aus dem Reglement. Vorliegend wird vertreten, dass diese Dokumente von den Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ erfasst sind. Die einzelnen Mitglieder der Weko sind nicht zwingend derselben Ansicht über die rechtliche Qualifikation einer Verhaltensweise. Damit sämtliche Mitglieder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geschlossen nach aussen auftreten können, ist der Zugang aufzuschieben – vorliegend wird als relevanter Zeitpunkt die Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung vorgeschlagen. Die Protokolle, in denen die unterschiedlichen Ansichten vermerkt sind, ge-

1307 Siehe *oben* § 17. 3. III.

1308 Vgl. Empfehlung des EDÖB 20.12.2019, N 25; Botschaft BGÖ, S. 2007; für ein anderes Verständnis wohl DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 32.

1309 Botschaft BGÖ, S. 2007.

1310 Botschaft BGÖ, S. 2008.

1311 Vgl. Art. 7 und Art. 16 GR-Weko.

langen so nicht unmittelbar nach dem Entscheidungszeitpunkt nach aussen. Spätestens ab Rechtskraft der entsprechenden Verfügung ist der Zugang zu den Sitzungsprotokollen allerdings nicht mehr zu verweigern.

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Art der Protokollführung den Mehrwert für Kartellopfers massgeblich beeinflusst. Beschränkt sich das Protokoll auf die Namen der Sitzungsteilnehmer, die Traktanden, die gestellten Anträge und die gefassten Beschlüsse bzw. auf den nach GR-Weko zulässigen Mindestgehalt, verschafft das Dokument Kartellopfers wohl nur einen beschränkten Mehrwert. Eine solche Protokollführung, die zumindest nach GR-Weko zulässig sein soll, ist hingegen mit Blick auf die Transparenz des Verwaltungshandelns kritisch zu hinterfragen: Ein Protokoll muss die ausgetauschten Argumente enthalten, um den Inhalt der jeweiligen Sitzung sowie die eigentliche Meinungsbildung nachvollziehen zu können. Werden ausschliesslich die Ergebnisse der Verhandlungen festgehalten, ist das Handeln der staatlichen Behörde bzw. Weko für Dritte nicht nachvollziehbar. Eine solche Protokollführung verhindert eine wirksame Informationsbeschaffung, derer es wiederum zwingend bedarf, damit das Transparenzprinzip zum Durchbruch gelangt. Kurz um: Damit Dritte (bzw. die Öffentlichkeit) das Verwaltungshandeln überhaupt nachvollziehen können, braucht es einer entsprechenden Protokollführung, die den Inhalt der jeweiligen Sitzung abbildet und die Nachverfolgung der Meinungsbildung ermöglicht.

Diese Überlegungen lassen sich nicht auf die erste Kategorie von Dokumenten übertragen, nämlich die vom Sekretariat erstellten Dokumente und die übrigen Verfahrensdokumente. Grundsätzlich kommt dem Sekretariat in Kartellverwaltungsverfahren eine der Kommission zudienende Funktion zu.¹³¹² Seine Vorarbeiten wie etwa rechtliche Qualifikationen sind für die Wettbewerbsbehörden nicht bindend,¹³¹³ weshalb der Zugang zu diesen Dokumenten – im Gegensatz zu den Sitzungsprotokollen – i. d. R. nicht als «Gesichtswahrungsmassnahme» ausgeschlossen werden kann. Auch das Argument, dass eine Verfügung von den Beschwerdegerichten aufgehoben werden könne und somit mit einer allfälligen Neuurteilung zu rechnen sei, vermag keine Einschränkung des Öffentlichkeitszugangs zu rechtfertigen, und zwar vor dem Hintergrund, dass in Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich das Beweismass des strikten Beweises herrscht. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn von einer Tatsache mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgegangen

1312 Siehe *oben* § 17. 2. II. a.

1313 Exemplarisch dazu Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 ff., N 85.

werden kann.¹³¹⁴ Könnte sich eine Wettbewerbsbehörde auf das genannte Argument berufen, würde das bedeuten, dass sie nicht von ihrer eigenen Entscheidung überzeugt ist. Dies wäre widersprüchlich. Über den Entscheidungszeitpunkt hinaus können sich die Wettbewerbsbehörden daher nur in spezifischen Ausnahmefällen, wie etwa bei den Sitzungsprotokollen, auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ normierte Ausnahme berufen.

b. Zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ)

(1) Konkrete behördliche Massnahmen

Wird die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt, kann nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ der Zugang der Öffentlichkeit eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Was unter einer konkreten Massnahme zu verstehen ist, erschliesst sich nicht aus dem Gesetzestext. Auch die Botschaft äussert sich zu dieser Ausnahme kaum. Festgehalten wird zumindest, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung einer konkreten behördlichen Massnahme dienen.¹³¹⁵ Der EDÖB hat dies dahin gehend konkretisiert, dass die Beeinträchtigungsfahr nicht im konkreten Einzelfall vorliegen müsse. Durch die Bestimmungen werde der Untersuchungszweck der Verwaltungseinheit allgemein geschützt.¹³¹⁶ Eine Behörde könne den Zugang zu amtlichen Dokumenten ausschliessen, wenn dies zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit allgemeiner Vorgehensweisen oder Strategien diene.¹³¹⁷

Entgegen der Auffassung des EDÖB teilt das Bundesverwaltungsgericht dieses weite Verständnis von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht, sondern erblickt im Ausnahmetatbestand des Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ eine auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnittene Schutzbestimmung. Die Wirksamkeit der Aufgabenerfüllung der Behörde falle nicht als solche unter diese Bestimmung. Zum Zeitpunkt des Gesuchs müsse eine klar definierte behördliche Massnahme beeinträchtigt sein bzw. drohen,

1314 Vertieft zum Beweismass im Kartellverwaltungsverfahren mit entsprechenden Nachweisen, TSCHUDIN, Beweismass, S. 1335 ff. m. w. N.

1315 Botschaft BGÖ, S. 2009.

1316 Empfehlung des EDÖB 19.09.2011, II. B. 4.1; vgl. aber für ein weitaus restriktiveres Verständnis, Empfehlung des EDÖB 17.02.2016, N 17.

1317 BSK DSG/BGÖ-STEIMEN, Art. 7 N 20; so dem Anschein nach auch das BVGer 20.10.2016, A-683/2016, E. 5.1.

beeinträchtigt zu werden.¹³¹⁸ Das Bundesgericht stützte in der Folge die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich und präziserte, dass die drohende Verletzung von einem gewissen Gewicht sein müsse.¹³¹⁹

In grosser Mehrheit wird dann auch gefordert, Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ eng auszulegen. Dem ist zuzustimmen, weil eine weite Auslegung es ermöglicht, viele Zugangsgesuche pauschal abzuweisen. Die Geheimhaltung eines Dokuments muss für die wirksame Durchführung der betroffenen Massnahme absolut notwendig sein.¹³²⁰ Eine extensive Auslegung birgt die Gefahr, dass diese Ausnahme zu einer «*carte blanche*» der Behörden wird und dass somit unter Hinweis auf hypothetische Gefahren die Wirksamkeit des BGÖ ausgehöhlt wird.¹³²¹

(2) Bonusregelung als konkrete Massnahme

Die Bonusregelung ist eine allgemeine Behördenstrategie zur Bekämpfung von Wettbewerbsverstössen und schlussendlich mehr als nur eine konkrete Behördenmassnahme. Diesen Unterschied scheint die Weko zu ignorieren und legt die Bestimmung dahin gehend aus, dass sich der Begriff «konkrete Massnahme» nicht auf den Einzelfall beziehe. Es genüge, dass durch den Zugang der Öffentlichkeit allgemeine Vorgehensweisen bekannt würden.¹³²² Die Weko vertritt die Auffassung, dass die Offenlegung von Selbstanzeigeeinformationen eine solche Vorgehensweise sei. Der Erfolg der Bonusregelung sei dann gefährdet, weshalb Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gegen eine Offenlegung spreche.¹³²³

Die Weko hat sich allerdings nicht dazu geäussert, ob die Behörde im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung oder eine Schadensrisikoanalyse vornimmt. Vielmehr entsteht der

1318 BVGer 10.08.2016, A-4571/2015, E. 6.1; ähnlich restriktiv auch BVGer 18.10.2010, A-3443/2010, E. 5.2 f.

1319 BGE 144 II 77, E. 4.3.

1320 CANDRIAN, Öffentlichkeitsprinzip, S. 6; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 24, sprechen von der Gefahr, dass diese Bestimmung zum Blankocheck der Verwaltung wird, um Zugangsgesuche abzulehnen; BOLLER/HUNKENMÖLLER, Zugangsrecht, S. 779.

1321 SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 24.

1322 Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18.

1323 Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18.

Eindruck, dass bei Anträgen auf Zugang zu Dokumenten aus Selbstanzeigeverfahren überhaupt keine individuelle und konkrete Prüfung vorgenommen wird. Das Gesuch wird folglich pauschal abgewiesen. Auch wenn das Verständnis der Behörde nachvollziehbar ist, ist die strikte Handhabe zu kritisieren. Es bedarf einer differenzierten Behandlung der Selbstanzeiginformationen. Im Folgenden werden die im Rahmen einer Selbstanzeige erstellten Dokumente in drei Kategorien aufgeteilt.¹³²⁴

- Die erste Kategorie bildet die Selbstanzeige. Dieses Dokument ist für die Wirksamkeit der Bonusregelung bedeutend und der Öffentlichkeit bzw. Kartellopfen grundsätzlich vorzuenthalten. Aber auch in Bezug auf dieses Dokument kann nicht pauschal auf eine individuelle und konkrete Prüfung verzichtet werden, weil mit zunehmendem Professionalisierungsgrad einer Absprache meist auch der Umfang der Beweismittel abnimmt und sich diese häufig ausschliesslich im Besitz der Weko befinden. In einer derartigen Ausgangslage kontrolliert ein auf das BGÖ gestützter Zugang die Verwaltungstätigkeit. Aber auch der Umstand, dass die privatrechtliche Durchsetzung neben privaten auch öffentliche Interessen verfolgt, kann im Einzelfall für den Zugang sprechen,¹³²⁵ und zwar insbesondere dann, wenn die Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche mit den Informationen aus der Selbstanzeige steht und fällt – wann dies der Fall ist, wurde bereits an anderer Stelle aufgezeigt.¹³²⁶ Wird der Zugang verweigert und von der Durchsetzung abgesehen, beeinträchtigt die Verweigerung übermässig private und öffentliche Interessen.
- Die zweite Kategorie bilden Dokumente, die hinsichtlich oder während eines Selbstanzeigeverfahrens von der Behörde oder den Verfahrensparteien erstellt wurden. Sie geben Aufschluss darüber, wie die Behörde die Selbstanzeige behandelt hat, in welchem Umfang sie dem Antragsteller entgegengekommen ist und wie sie die anschließende Untersuchung durchgeführt hat. Das Interesse an der Transparenz dieser Dokumente ist besonders gross, weil dadurch die Verwaltungstätigkeit überprüft werden kann. Ein Zugang zu diesen Dokumenten ist während des erstinstanzlichen Verfahrens aufgrund von Art. 8 Abs. 2 BGÖ ausgeschlossen.¹³²⁷ Fraglich ist hingegen, ob die Dokumente der zweiten Kategorie vom Entscheidungszeitpunkt an oder

1324 Siehe *oben* § 15. 3.

1325 Siehe *oben* § 2. 2.

1326 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

1327 Siehe *oben* § 17. 3. III.

erst ab Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung der Öffentlichkeit zugänglich sein sollten. Vorliegend wird vertreten, dass die Schutzwürdigkeit dieser Dokumente ab Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens und nicht erst ab Rechtskraft der Verfügung hinter das Transparenzinteresse zurücktritt.

- Die dritte Kategorie besteht aus den Beilagen zur Selbstanzeige. Diesen Dokumenten ist grundsätzlich ein geringes Schutzbedürfnis zuzubilligen. Vorliegend wird vertreten, dass die Schutzwürdigkeit dieser Dokumente vom Entscheidzeitpunkt an hinter das Transparenzinteresse zurücktritt.

Weiter bleibt festzuhalten, dass, selbst wenn nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ ein Zugang zu Dokumenten der zweiten oder dritten Kategorie infrage kommt, weiterhin auch andere durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierte Interessen wie die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen eine Einschränkung, einen Aufschub oder eine Verweigerung des Öffentlichkeitszugangs rechtfertigen können.

c. Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ)

Laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sämtliche Informationen, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse besteht und die einen Einfluss auf den geschäftlichen Erfolg eines Unternehmens haben. Eine Offenlegung gegenüber einem Konkurrenten würde den Wettbewerb verfälschen.¹³²⁸ Die Rechtsprechung deckt sich mit den Ausführungen zum Begriff der Geschäftsgeheimnisse im Kartellrecht – die dort als Berufs- und Fabrikationsgeheimnisse umfassend verstanden werden. Die Ausführungen in § 14 sind auch im Rahmen des BGÖ zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf

- den Verfall des Werts wirtschaftlicher Informationen,
- den nicht absoluten Schutzzumfang von Geschäftsgeheimnissen und
- den Umstand, dass das Interesse, für Wettbewerbsverstöße nicht zivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, nicht schutzwürdig ist.

Entscheidend ist wiederum, ob eine Schadensrisikoanalyse oder eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen ist. Ist eine Schadensrisikoanalyse

1328 BGE 142 II 340, E. 3.2 m. w. N.; ähnlich auch BGer 16.01.2019, 1C_665/2017, E. 3.3 m. w. N.

vorzunehmen, wird die relevante Information bzw. Dokumentenpassage faktisch immer vom Öffentlichkeitsprinzip ausgeschlossen. Denn ein Geheimnis ist offenbart, wenn es Aussenstehenden zur Kenntnis gebracht oder zugänglich gemacht wird¹³²⁹ – die relevante Passage wird also nie zugänglich gemacht. Kommt es hingegen, wie in dieser Arbeit gefordert, zu einer Einzelfallanalyse, ist nicht auszuschliessen, dass in einer bestimmten Ausgangslage das öffentliche Interesse höher zu gewichten ist als das private Interesse am Schutz eines Geheimnisses.

d. Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde (Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ)

Teilen Dritte der Behörde Informationen freiwillig mit und sichert die Behörde deren Geheimhaltung zu, wird der Zugang nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert. Damit diese Ausnahme greift, muss

- die Freiwilligkeit der Übermittlung gegeben sein und
- die Behörde die Vertraulichkeit der Informationen zugesichert haben.

- (1) Zur Freiwilligkeit der Übermittlung: Die Übermittlung von Informationen an eine Behörde durch einen Dritten ist ausschliesslich dann freiwillig, wenn dies nicht aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht erfolgt.¹³³⁰ So erfüllen etwa während eines Verwaltungsverfahrens an eine Behörde übermittelte Informationen das erforderliche Freiwilligkeitskriterium nicht, weil die Parteien wie Dritte in Verwaltungsverfahren grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet sind.¹³³¹ Wird hingegen eine Selbstanzeige gestellt und führt diese zur Verfahrenseröffnung – die sog. Eröffnungskooperation –, kann die Freiwilligkeit der Übermittlung angenommen werden. Im Rahmen der Feststellungskooperation, also wenn das Verwaltungsverfahren bereits eröffnet wurde und die allgemeine Mitwirkungspflicht bereits greift, fehlt es an der Freiwilligkeit nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ.
- (2) Zur Zusicherung der Vertraulichkeit: Die Geheimhaltung der Information muss zudem von der Behörde zugesichert worden

1329 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 45.

1330 BVGer 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.3.

1331 Siehe Art. 40 KG.

sein.¹³³² Dies hat grundsätzlich in Schriftform zu erfolgen.¹³³³ Die Zusicherung muss von dem Dritten explizit verlangt und von der Behörde explizit abgegeben werden.¹³³⁴ Stillschweigende Begehren sind ebenso wie stillschweigende Zusicherungen mit grösster Zurückhaltung anzunehmen, weil sonst der Gesetzeszweck leicht unterlaufen werden könnte.¹³³⁵ Die Verwaltung darf den Privaten nicht von sich aus auf die Vertraulichkeit hinweisen.¹³³⁶ Auch darf die Geheimhaltung nicht gewohnheitsmässig erfolgen.¹³³⁷ Im Hinblick auf das Transparenzziel der Verwaltung ist dem Begehren nach Zusicherung der Vertraulichkeit demzufolge nicht leichthin stattzugeben.¹³³⁸

Sind diese beiden Kriterien erfüllt, wird in der Praxis der Öffentlichkeitszugang nicht nur einzuschränken oder aufzuschieben, sondern vollständig zu verweigern sein, was sich aus der Zusicherung der Vertraulichkeit durch die Behörde ergibt.¹³³⁹ Diese Ausführungen wecken hingegen Zweifel an der Rechtmässigkeit der aktuellen Praxis der Weko. Diese Praxis lässt sich anhand des folgenden Zitats veranschaulichen:

«Falls gewünscht, sollte das Unternehmen darauf hinweisen, dass es die Selbstanzeige freiwillig einreicht, und vom Sekretariat die Zusicherung der Geheimhaltung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ verlangen, damit die Selbstanzeigeakten nicht aufgrund des BGÖ zugänglich gemacht werden müssen.»¹³⁴⁰

Dieses Vorgehen ist vor dem Hintergrund der erforderlichen Zurückhaltung der Behörden äusserst fragwürdig. Ein der Öffentlichkeit zugängliches Merkblatt weist potenzielle Selbstanzeiger darauf hin, dass die Geheimhaltung sämtlicher übermittelten Informationen zu verlangen ist, um

1332 BVGer 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.3.

1333 Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25.

1334 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 6.3.3; Botschaft BGÖ, S. 2012.

1335 BVGer 07.12.2011, A-1135/2011, E. 6.3.3; Botschaft BGÖ, S. 2012.

1336 Empfehlung des EDÖB 19.09.2019, N 21; Empfehlung des EDÖB 12.08.2016, N 27; Empfehlung des EDÖB 15.10.2013, N 30; Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 47.

1337 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 48.

1338 Empfehlung des EDÖB 17.09.2013, N 25.

1339 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 49; SHK BGÖ-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 47 f.

1340 Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 55; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 20; vgl. Weko, Jahresbericht 2019, S. 28.

die Dokumente dem Öffentlichkeitszugang zu entziehen. Die Behörde weist somit von sich aus auf die Vertraulichkeit hin. Diese Praxis steht in deutlichem Widerspruch zur erforderlichen Zurückhaltung der Behörden bei der Zusicherung der Geheimhaltung und ist somit nicht mit dem BGÖ vereinbar. Es sollte grundsätzlich nicht im Ermessen der Wettbewerbsbehörden stehen, ob gewisse Informationen unter das BGÖ fallen. Eine Anpassung bzw. Streichung der zitierten Passage aus dem Merkblatt Selbstanzeige ist folglich angezeigt.

Zu bedenken ist hierbei: Wird die Geheimhaltung nicht BGÖ-konform zugesichert, ist der Öffentlichkeitszugang auch zu bereits eingereichten Dokumenten nicht unter Berufung auf Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ zu verweigern – die Geheimhaltung kann dann auch unter Berufung auf den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV nicht geltend gemacht werden. Laut Bundesverwaltungsgericht kann beim Fehlen einer Voraussetzung, die für die Geheimhaltung notwendig ist, kein Vertraulichkeitsschutz erzwungen werden. Im gegenteiligen Fall wäre Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ obsolet.¹³⁴¹ Auch entfalteten unrichtige Behördenauskünfte, wie etwa eine fälschlicherweise zugesicherte Vertraulichkeit, keine Rechtswirkungen, wenn das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz überwiegt.¹³⁴² Dabei ist allerdings zu bedenken, dass der Zugang zu den unterschiedlichen Kategorien von Selbstanzeigedokumenten, nach wie vor auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ gestützt, eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann.

III. Schutz der Privatsphäre Dritter (Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1bis DSG)

a. Schutz der Privatsphäre Dritter de lege lata

Gleich mehrere Bestimmungen des BGÖ regeln den Schutz der Persönlichkeit, was den bedeutenden Stellenwert dieses Schutzguts unterstreicht.¹³⁴³ Die Mehrzahl der amtlichen Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren enthält Daten von Privatpersonen,¹³⁴⁴ sodass der Persön-

1341 BVerfGE 23.10.2017, A-6755/2016, E. 7.4.

1342 BGE 137 II 182, E. 3.6.2.

1343 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1344 DIKE KG-ODERMATT/HOLZMÜLLER, Art. 48 N 22; in diesem Sinne auch BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

lichkeitsschutz auch in den vorliegend relevanten Konstellationen entsprechend zu berücksichtigen ist. Nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ sind in amtlichen Dokumenten enthaltene Personendaten nach Möglichkeit zu anonymisieren. Bei dieser Bestimmung handelt es sich jedoch nicht um eine Behördenpflicht, sämtliche personenbezogenen Daten zu anonymisieren,¹³⁴⁵ weil sich dadurch Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 7 Abs. 2 BGÖ erübrigen würden.¹³⁴⁶ Nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ richtet sich der Zugang zu Personendaten nach dem DSGVO; Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO wiederum verweist auf das BGÖ.¹³⁴⁷ Das Zusammenspiel von Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO ist äusserst komplex und bietet Raum für unterschiedliche Auffassungen.¹³⁴⁸ Im Hinblick auf die in Art. 7 Abs. 2 BGÖ enthaltene Ausnahme gewinnt das Zusammenspiel zusätzlich an Komplexität. Nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt werden, wenn die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt ist. Welche Informationen allerdings zur Privatsphäre zählen, ist nicht abschliessend geklärt.¹³⁴⁹ Dies erschwert eine Abgrenzung zwischen den Personendaten und der Privatsphäre. Diese Gemengelage kann in der Praxis zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Zum einen: Der Zugang nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird nur ausnahmsweise gewährt – wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt wurde, ist der Schutz der Persönlichkeit im Vergleich zu den übrigen in Art. 7 Abs. 1 BGÖ normierten Interessen grundsätzlich höher zu gewichten.¹³⁵⁰ Es bedarf nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ «gewichtiger öffentlicher Interessen». Zum anderen: Sind von einem Zugang Personendaten nach Art. 9 Abs. 2 BGÖ betroffen, ist nach Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei bedarf es – im Gegensatz zur oben genannten Abwägung nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ – nicht zwingend «gewichtiger öffentlicher Interessen», um den Zugang zu rechtfertigen. Vielmehr wird «lediglich» eine Interessenabwägung vorgenommen. Der Zugang wird also nicht nur ausnahmsweise gewährt.

Das Bundesgericht hat dieses rechtliche Problem mit einem äusserst pragmatischen Ansatz gelöst. Nach seiner Lesart weisen die Bestimmungen – Art. 7 Abs. 2 BGÖ, Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO

1345 SHK BGÖ-FLÜCKIGER, Art. 9 N 20 f.; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1346 Vgl. BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 9 N 4.

1347 BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1348 BELSER/NOURREDDINE, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 8 N 111; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 50.

1349 Für eine übersichtliche Darstellung verschiedener Umschreibungen der Privatsphäre, siehe BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 51.

1350 Siehe *oben* § 17. 6. I.

– einen hohen Überschneidungsgrad auf, weil im Rahmen von Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ebenso wie der Schutz der Privatsphäre zu berücksichtigen sei.¹³⁵¹ Ohne das Zusammenspiel der genannten Normen en détail zu untersuchen, befand das Bundesgericht, dass das Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 2 BGÖ und Art. 9 Abs. 2 BGÖ i. V. m. Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO komplex sei. Schlussendlich sei allerdings massgeblich, dass jeweils zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung der entsprechenden Personen abgewogen werde.¹³⁵² Im Rahmen des BGÖ hat das Bundesgericht somit den Persönlichkeitsschutz und den Schutz personenbezogener Daten inhaltlich nivelliert. Demzufolge unterscheidet das Bundesgericht auch im Rahmen der Güterabwägung nicht zwischen dem Interesse des Dritten am Schutz seiner Privatsphäre und seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹³⁵³

b. Schutz der Privatsphäre Dritter de lege ferenda – alter Wein in neuen Schläuchen?

Das DSGVO befindet sich derzeit in Revision. Beabsichtigt ist, den Schutz von Daten juristischer Personen aus dem Schutzbereich des DSGVO herauszunehmen. Eine entsprechende Änderung würde auch Art. 9 Abs. 2 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO betreffen. Die im vorherigen Abschnitt erwähnte Nivellierung wäre dann grundsätzlich nicht mehr vertretbar, weil sich Art. 9 BGÖ und Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO dann ausschliesslich auf Daten natürlicher Personen und nicht mehr auf unternehmensbezogene Daten bezögen.

Der Schutz von Daten juristischer Personen soll neu in Art. 57r E-RVOG und Art. 57s E-RVOG geregelt werden. In Art. 57r Abs. 2 E-RVOG soll festgelegt werden, welche Daten juristischer Personen besonders schützenswert sind. Hierzu sollen namentlich Daten über «verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen» zählen.¹³⁵⁴ Dies würde bedeuten, dass grundsätzlich sämtliche in den Verfahrensdokumenten enthaltenen Unternehmensdaten als schützenswerte Daten nach Art. 57r Abs. 2 E-RVOG qualifiziert würden. Art. 57s Abs. 1 E-RVOG soll darüber

1351 BGE 142 II 340, E. 4.2.

1352 BGE 142 II 340, E. 4.3.

1353 Siehe zur Abwägung der relevanten Interessen, BGE 142 II 340, E. 4.4.

1354 Botschaft DSGVO (2017), S. 7117 ff.

hinaus festhalten, dass Bundesorgane Daten juristischer Personen bekannt geben dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht.¹³⁵⁵ Die entsprechende gesetzliche Grundlage ist das BGÖ. Hingegen sieht Art. 57s Abs. 2 E-RVOG vor, dass besonders schützenswerte Daten juristischer Personen nur bekannt gegeben werden dürfen, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht. Da das BGÖ ein Gesetz im formellen Sinn ist, wäre ein auf das BGÖ gestützter Zugang zu Verfahrensdokumenten, die Daten juristischer Personen enthalten, weiterhin nach dem BGÖ zu beurteilen. Diese Änderung wird die praktische Relevanz der Ausnahme nach Art. 7 Abs. 2 BGÖ allerdings bedeutend erhöhen. Da aber, wie aufgezeigt wurde,¹³⁵⁶ das Bundesgericht Art. 7 Abs. 2 BGÖ einerseits und Art. 9 BGÖ sowie Art. 19 Abs. 1^{bis} DSGVO andererseits materiell einen ähnlichen Inhalt zuweist, wird die bestehende Rechtsprechung wohl sinngemäss weiterhin auf Art. 7 Abs. 2 BGÖ Anwendung finden, und zwar auch vor dem Hintergrund, dass der in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Persönlichkeitsschutz ebenso auf juristische Personen Anwendung findet, soweit dieser Schutz nicht an spezifische Eigenschaften von Menschen anknüpft.¹³⁵⁷

IV. Verfahren

Wird Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt, die Personendaten enthalten, ist vorab ein mehrstufiges Verfahren zu durchlaufen.¹³⁵⁸ Zuerst ist zu überprüfen, ob der Zugang aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen von vornherein ausgeschlossen ist.¹³⁵⁹ Wird der Zugang in Erwägung gezogen, ist den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit einzuräumen, gegen den Zugang sprechende Interessen geltend zu machen. Erst im Anschluss daran ist die definitive Interessenabwägung vorzunehmen und über den Zugang zu entscheiden. Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Einzelfallabwägung, ob der Zugang gewährt wird, ein beträchtlicher Ermessensspielraum zu. Bei der vorzunehmenden Abwägung sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:¹³⁶⁰

1355 Botschaft DSGVO (2017), S. 7117 ff.

1356 Siehe hierzu *oben* § 17. 6 III. a.

1357 BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 8, 33; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 13 N 75.

1358 BGE 142 II 340, E. 4.6.

1359 BGE 142 II 340, E. 4.6; BGer 02.12.2015, 1C_50/2015, E. 6.3.

1360 Siehe allgemein BJ, Erläuterungen VBGÖ, S. 7 f.; BSK DSGVO/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 56 ff.

- Art. 6 Abs. 2 Bst. b VBGÖ bestimmt, dass das Interesse am Zugang das Interesse am Schutz der Privatsphäre auch überwiegen kann, wenn die Zugänglichmachung dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen dient. Wie aufgezeigt wurde, verfolgt der Kartellschadenersatz nicht nur private, sondern auch öffentliche Interessen. Somit kann das Gesuch eines Kartellopfers nicht pauschal abgewiesen werden, weil es an einem öffentlichen Interesse fehle.¹³⁶¹
- Führt der Zugang zu einem wesentlichen Wettbewerbsnachteil des betroffenen Unternehmens? Ein Wettbewerbsnachteil ist zu verneinen, wenn das Unternehmen nur «unangenehme Konsequenzen» des eigenen Verhaltens trägt.¹³⁶² Keinen Schutz verdient das Interesse, nicht zivilrechtlich für ein bereits verwaltungsrechtlich sanktioniertes Verhalten in Anspruch genommen zu werden.¹³⁶³ Der Zugang Dritter zu diesen Informationen ist kein Wettbewerbsnachteil.
- In sämtlichen Verfahren, in denen die Wettbewerbsbehörden mit den Kartellanten kooperieren, ist das Interesse an der Verwaltungstransparenz gross, wie etwa bei einvernehmlichen Regelungen oder bei Selbstanzeigen. Die Kontrolle der Öffentlichkeit garantiert hierbei, dass niemand über Gebühr benachteiligt oder privilegiert wird.¹³⁶⁴

Somit können Kartelltäter nur begrenzt von dem in Art. 7 Abs. 2 BGÖ statuierten Persönlichkeitsschutz profitieren. Allerdings ist der «*caveat*» anzubringen, dass, auch wenn eine Unternehmensinformation im konkreten Fall nicht durch Art. 7 Abs. 2 BGÖ geschützt wird, dieselbe Information bzw. dasselbe Verfahrensdokument durch andere Ausnahmen vom Öffentlichkeitszugang geschützt sein kann. Das Vorgehen in Bezug auf die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ ähnelt dann jedoch der soeben beschriebenen Abwägung. Auch hierbei ist im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem durch Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interesse und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu dem Dokument vorzunehmen. Die hier vertretene Ansicht ist allerdings eine Mindermeinung und spiegelt nicht die bereits erwähnte Praxis wider, im Rahmen der individuellen Prüfung eine Schadensrisikoanalyse vorzunehmen.¹³⁶⁵

1361 Siehe dazu *oben* § 10. IV. b. und *oben* § 2. 2.

1362 Vgl. BGer 27.09.2017, 1C_394/2016, E. 4.8; BGE 133 II 209, E. 2.3.3; BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 60.

1363 Siehe *oben* § 14. 1. III. b. (1); siehe zur europäischen Ausgangslage *oben* § 8. 1. II. a. (2).

1364 BSK DSG/BGÖ-HÄNER, Art. 7 N 63.

1365 Siehe zu dieser Praxis *oben* § 17. 6. I.

7. Wertende Zusammenfassung

Der durch das BGÖ angestrebte Paradigmenwechsel ermöglicht es grundsätzlich, zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche Informationen zu erlangen und zu verwerten. Dies wird dadurch begünstigt, dass der Begriff des amtlichen Dokuments weit ausfällt. Zudem ist die Verwaltungstätigkeit der Wettbewerbsbehörden vom sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BGÖ erfasst, sodass ein Grossteil der im Besitz der Behörden befindlichen Verfahrensdokumente dem Öffentlichkeitsprinzip unterliegt. Die Weko ist verpflichtet, Gesuchsteller bei der Präzisierung ihres Gesuchs zu unterstützen, etwa durch entsprechende Auszüge aus den Dokumentenmanagementsystemen. Ist das Gesuch ausreichend präzisiert, ist grundsätzlich jedes einzelne Dokument einer konkreten und individuellen Prüfung zu unterziehen. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der Zugang zu den Verfahrensdokumenten während des erstinstanzlichen Verfahrens grundsätzlich ausgeschlossen ist. Im gegenteiligen Fall würde das verwaltungsrechtliche Akteneinsichtsrecht ausgehöhlt, sodass der Zugang grundsätzlich nach Art. 8 Abs. 2 BGÖ bis zum Entscheidungszeitpunkt aufzuschieben ist.

Unstrittig ist, dass in Bezug auf die Ausnahme in Art. 7 Abs. 2 BGÖ («Schutz der Persönlichkeit») im Rahmen der konkreten und individuellen Prüfung eine Einzelfallabwägung des Transparenzinteresses und des Persönlichkeitsschutzes vorzunehmen ist. Hierbei ist stets zu berücksichtigen, dass das Interesse, nicht für verursachte Kartellschäden zu haften, nicht schutzwürdig ist. In Bezug auf die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ geschützten Interessen soll nach dem Grossteil der Lehre und wohl auch der Praxis im Einzelfall eine Schadensrisikoanalyse vorgenommen werden. Dies beruht auf der Annahme, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. a–h BGÖ normierten Interessen bereits eine Interessenabwägung vorgenommen hat, und zwar mit dem Ergebnis, dass das Öffentlichkeitsinteresse einen Eingriff in die Interessen nicht zu rechtfertigen vermag. Massgebend ist dann nur noch das Schadenseintrittsrisiko. Im Gegensatz dazu und im Hinblick auf den Gesetzeszweck wird vorliegend vertreten, dass im Rahmen der individuellen und konkreten Prüfung immer auch eine Einzelfallabwägung vorzunehmen ist.

Die Untersuchung hat ferner ergeben, dass das in Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ («Schutz der Meinungs- und Willensbildung») normierte Interesse in der Praxis selten und nur in Bezug auf bestimmte Dokumente den Zugang der Öffentlichkeit bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss auszuschliessen vermag. Der Zugang der Öffentlichkeit zu Verfahrensdokumenten

kumenten der Wettbewerbsbehörden kann auch im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ («Schutz behördlicher Massnahmen») eingeschränkt werden. Wird dem Begriff der konkreten Massnahme ein weites Verständnis zugrunde gelegt, kann der Zugang zur Selbstanzeige i. d. R. auch über die Rechtskraft hinaus verweigert werden, nicht hingegen in Bezug auf die Dokumente, die von den Wettbewerbsbehörden oder dem Selbstanzeiger im Hinblick auf ein Verfahren oder während eines Selbstanzeigeverfahrens erstellt wurden, oder auf die Beilagen zur Selbstanzeige. Diese Dokumente geniessen keinen erhöhten Schutz und unterliegen grundsätzlich bereits vom Entscheidungszeitpunkt an dem Öffentlichkeitszugang, ebenso wie Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren ohne Beteiligung eines Selbstanzeigers. Der Zugang ist jedoch regelmässig zu verweigern, wenn ein amtliches Dokument nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ Geschäftsgeheimnisse enthält. Hierbei sollte sich am allgemeinen Geschäftsgeheimnisbegriff des Kartellrechts orientiert werden, nach dem Geschäftsgeheimnissen ein hoher Schutz zukommt, der jedoch nicht als absolut zu verstehen ist. Auch in diesem Kontext bedarf es einer Einzelfallabwägung der widerstreitenden Interessen. Zu beanstanden ist die Behördenpraxis, potenzielle Selbstanzeiger auf die in Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ («Schutz freiwillig übermittelter Informationen») enthaltene Ausnahme hinzuweisen und sogar dazu aufzufordern, die Geheimhaltung der Unterlagen durch die Wettbewerbsbehörden zu verlangen. Eine derartige Zusicherung sollte ausschliesslich in Bezug auf die Selbstanzeige in Erwägung gezogen werden. Ferner sollten die Behörden nicht aktiv für den Schutz der Selbstanzeige werben.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die Verwaltungstransparenz zumindest mittel- bis langfristig zu einer wirksameren Verwaltungstätigkeit beitragen kann und zugleich die kartellzivilrechtliche Durchsetzung in der *Ex-post*-Phase erleichtert. Hingegen darf nicht übersehen werden, dass während eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens der Zugang der Öffentlichkeit grundsätzlich auszuschliessen ist, um die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung zu garantieren. Zugleich kann das Öffentlichkeitsprinzip auch einen gewichtigen Beitrag zur Verwirklichung des wirksamen Rechtsschutzes im Rahmen der kartellrechtlichen Durchsetzung leisten, insbesondere im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren. Wird der Zugang der Öffentlichkeit durch die Wettbewerbsbehörden über Gebühr eingeschränkt, läuft dies dem Transparenzprinzip zuwider und verkennet, dass sämtliche Durchsetzungsziele nur erreicht werden, wenn die kartellzivilrechtlichen Ansprüche erfolgreich geltend gemacht werden können.

§ 18. Akteneinsicht nicht verfahrensbeteiligter Dritter (Art. 29 Abs. 2 BV)

Weder das KG noch das VwVG verschaffen Dritten, die nicht am Kartellverwaltungsverfahren teilgenommen haben, eine Möglichkeit der Akteneinsicht. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Dritten wie etwa Kartellopfnern ein unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteter Anspruch auf Akteneinsicht zusteht.¹³⁶⁶

Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht besteht grundsätzlich vor einem Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahren, währenddessen und nach dessen Abschluss¹³⁶⁷ und steht jedermann zu, der über ein besonders schutzwürdiges Interesse verfügt.¹³⁶⁸ Die Verfahrensparteien verfügen während eines rechtshängigen Verfahrens kraft ihrer Parteistellung über ein solches Interesse. Sie müssen dies grundsätzlich nicht nachweisen, um Akteneinsicht zu nehmen.¹³⁶⁹ Das Gleiche gilt allgemein für die übrigen Verfahrensbeteiligten, denen ebenfalls kraft ihrer Verfahrensstellung (sehr begrenzte) Akteneinsichtsmöglichkeiten zustehen.¹³⁷⁰ Die Ausgangslage ändert sich deutlich für Personen, die weder als Partei noch in anderer Weise am Kartellverwaltungsverfahren teilgenommen haben. Sie müssen ein besonderes Interesse nachweisen, um Akteneinsicht in die Verfahrensdokumente eines rechtshängigen ebenso wie in die eines abgeschlossenen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens zu nehmen.¹³⁷¹

Um Einsicht in die Verfahrensdokumente zu erhalten, ist es hingegen mit dem Nachweis eines besonders schutzwürdigen Interesses nicht getan. Die vorzunehmende Interessenabwägung muss ergeben, dass das Interesse des Dritten die übrigen Interessen überwiegt. Anders ausgedrückt, bedeutet dies, dass das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz das Interesse an einem wirksamen öffentlichen Verwaltungsverfahren überwiegen

1366 In diesem Zusammenhang auch BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.5.2.

1367 Vgl. Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

1368 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49.

1369 Siehe *oben* § 14. 1; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49; BGE 129 I 249, E. 5.1; BGE 127 I 145, E. 4a; SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 54; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 54; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahren, N 235, N 609.

1370 Siehe *oben* § 14. 2.

1371 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

mus. Dass ersteres Interesse während eines rechtshängigen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens höher gewichtet und einem Dritten Akteneinsicht gewährt wird, ist äusserst selten. Wie bereits erwähnt, kennt das öffentliche Kartellverfahrensrecht neben den Parteien weitere Verfahrensbeteiligte.¹³⁷² Das bedeutet, dass der Gesetzgeber neben den Interessen der Parteien auch bereits den Interessen anderer Personen gerecht wird.¹³⁷³ Vor diesem Hintergrund ist eine unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Akteneinsicht Dritter in die Verfahrensdokumente eines rechtshängigen Verwaltungsverfahrens wohl nur selten zu rechtfertigen.

Die Ausgangslage ändert sich allerdings nach Verfahrensabschluss, also ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens. Nach der Rechtsprechung kann es zur umfassenden Wahrung von Rechten angezeigt sein, dass Dritte die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehen.¹³⁷⁴ Auch in dieser Ausgangslage hängt die Akteneinsicht vom Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses ab.¹³⁷⁵ In gefestigter Rechtsprechung geht das Bundesgericht davon aus, dass das Interesse an der Einsicht in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens schutzwürdig ist, wenn diese der Vorbereitung eines Schadenersatzverfahrens dient.¹³⁷⁶ Da das Interesse an der Durchsetzung von Schadenersatz während eines Verfahrens offensichtlich anders gewichtet wird als nach dessen Abschluss, ist entscheidend, von welchem Zeitpunkt an ein Verfahren als abgeschlossen gilt – die Einsicht also «ausserhalb eines hängigen Verfahrens»¹³⁷⁷ erfolgt.

Ein Verfahren ist abgeschlossen, wenn es nicht mehr rechtshängig ist. Dabei stellt sich die Frage, ob die Rechtshängigkeit mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens endet, d. h. durch die verfahrensabschliessende Verfügung, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verfügung in Rechtskraft erwächst. Die Eidgenössische Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung hielt zu dieser Frage im Jahr 2004 fest:

«Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren dauern ab ihrer Eröffnung bis zu ihrer rechtskräftigen Erledigung – Prüfungsverfahren mithin ab der Anmeldung zur Prüfung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Prüfungsverfügung, und Beschwerdeverfahren ab Eingang

1372 Siehe *oben* § 13.

1373 Siehe *oben* § 13. 2. I.

1374 BGE 122 I 153, E. 6a.

1375 Vgl. Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2.

1376 Dazu vertieft *unten* § 18. 1.

1377 BGE 129 I 249, E. 3, spricht von einem «hängigen» und einem nicht «rechts-hängigen» Verfahren, wobei beide Begriffe dieselbe Bedeutung haben dürften.

der Beschwerde bis zum Eintritt der Rechtskraft des Beschwerdeentscheides.»¹³⁷⁸

In diesem Sinne geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Begriff der (Rechts-)Hängigkeit die Dauer zwischen Verfahrenseinleitung und (formeller) Rechtskraft der Entscheidung umfasst.¹³⁷⁹ Nach diesem Verständnis wäre eine Einsicht Dritter regelmässig erst ab Rechtskraft der Sanktionsverfügung möglich. Dies wird dahin gehend verstanden, dass das Interesse an der Einsicht in Verfahrensakten zur Vorbereitung eines Schadenersatzverfahrens meist erst ab Rechtskraft als überwiegendes Interesse berücksichtigt wird.¹³⁸⁰

Von einem anderen Verständnis der Rechtshängigkeit geht jedoch das Bundesgericht aus:

«Die Eröffnung des Verfahrens bewirkt die Rechtshängigkeit (Litispendenz). Diese endet mit dem förmlichen Abschluss des Verfahrens durch die handelnde Behörde; daran ändert nichts, dass die Verfügung nicht formell rechtskräftig ist, wenn noch ein ordentliches Rechtsmittel dagegen erhoben werden kann, denn mit dessen Erhebung wird das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu eröffnet, d. h. von Neuem rechtshängig gemacht.»¹³⁸¹

Dieses Verständnis lässt nicht darauf schliessen, dass ein Verfahren von der Verfahrenseröffnung bis zur Rechtskraft der verfahrensabschliessenden Verfügung rechtshängig ist. Das Gegenteil trifft zu: Das Verfahren ist vom Zeitpunkt der Eröffnung bis zum förmlichen Abschluss rechtshängig, also bis zur verfahrensabschliessenden Verfügung. Es ist nach Erlass der Verfügung zwar abgeschlossen, hingegen noch nicht rechtskräftig. Wird innert der Rechtsmittelfrist Beschwerde erhoben, wird das Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz rechtshängig.¹³⁸² Das abgeschlossene erstin-

1378 Reko MAW, VPB 68 (2004) Nr. 168, E. 3.1.2.

1379 BVGer 18.10.2018, E-4514/2016, E. 4.1.1; WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 49 Fn. 123; BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. 26 N 16; SHK BGÖ-SCHWEIZER/WIDMER, Art. 3 N 12 BGÖ.

1380 WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 26 N 50; so auch JOST D., Anlegerschutz, S. 374.

1381 BGE 140 II 298, E. 5.4, mit Verweis auf BERTSCHI/PLÜSS, in: Griffel (VRG), Vorb. zu § 4–31, N 33; vgl. auch BVGer 07.05.2019, B-337/2019, E. 6.2; nach KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 122, endet die Rechtshängigkeit mit dem Entscheid in der Sache oder einer anderen Art der Prozesserledigung.

1382 BERTSCHI/PLÜSS, in: Griffel (VRG), Vorb. zu § 4–31, N 33.

stanzliche Verfahren wird dadurch jedoch nicht erneut rechtshängig, sondern bleibt abgeschlossen. Nach diesem Verständnis umfasst der Begriff der Rechtshängigkeit eines Verfahrens im Verwaltungsrecht die jeweilige Verfahrenssequenz vor der Behörde oder dem jeweiligen Instanzgericht, und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsmittelfrist noch läuft oder gegen die Verfügung bereits ein Rechtsmittel erhoben wurde. Im Zusammenhang mit der amtshilfweisen Übermittlung von Verfahrensakten an ein Gemeinwesen hat das Bundesgericht jüngst im Hinblick auf Art. 29 Abs. 2 BV festgehalten, dass die Übermittlung von Verfahrensdokumenten nicht erst mit Rechtskraft der Verfügung erfolgen könne.¹³⁸³ Das DSG, das die amtshilfweise Übermittlung zwischen Behörden regelt, sei bereits während eines Verwaltungsverfahrens bzw. parallel dazu anwendbar.¹³⁸⁴ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die jeweiligen Interessen während eines erstinstanzlichen Verfahrens anders gewichtet werden können als nach dessen Abschluss.¹³⁸⁵

Das Verständnis des Bundesgerichts von der Rechtshängigkeit wird in der vorliegenden Untersuchung als massgebend angesehen. Jedoch muss bedacht werden, dass der Verfahrensstand nicht das ausschlaggebende Kriterium für das hier behandelte Akteneinsichtsrecht sein kann. Der unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Anspruch besteht unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstand und ist immer zu gewähren, sobald ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen ist, das die übrigen Interessen überwiegt. Grundsätzlich sollte das Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes jedoch erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens höher gewichtet werden als etwa das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Interesse an der Geltendmachung von Kartellschadenersatz während eines Verwaltungsverfahrens pauschal hinter das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung zurücktritt. Droht etwa die Verjährung kartellzivilrechtlicher Ansprüche,¹³⁸⁶ ist die Akteneinsicht Dritter auch während

1383 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1384 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1385 Die Einsicht Dritter nach dem BGÖ in Verfahrensdokumente der Weko während eines erstinstanzlichen Verfahrens ist grundsätzlich auszuschliessen, siehe *oben* § 17. 3. III.

1386 Häufig führt die Behandlung eines Wettbewerbsverstosses durch drei Instanzen bzw. durch die Weko, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht zu ausgesprochen langen Verfahrensdauern, weshalb das Verfahren nicht selten länger dauert als die absolute Verjährungsfrist, BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.8.3.

eines Verfahrens in Erwägung zu ziehen. Sonst besteht die Gefahr, dass die Ansprüche der Kartellopfer häufig ins Leere laufen, was eine Verletzung des Rechts auf freien Zugang zum Gericht nach Art. 6 Nr. 1 EMRK darstellen kann.¹³⁸⁷ Diese Gewichtung würde sich jedoch ändern, wenn die Verjährungsfrist kartellzivilrechtlicher Ansprüche während eines Kartellverwaltungsverfahrens stillstünde.¹³⁸⁸

1. Inhalt und Schranken des Akteneinsichtsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV

Wie aufgezeigt wurde, kann Dritten auch ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens Akteneinsicht gewährt werden, wenn ein besonders schutzwürdiges Interesse glaubhaft gemacht wird.¹³⁸⁹ Dieses Interesse kann sich aus einem spezifischen Freiheitsrecht oder einer sonstigen besonderen Sachnähe ergeben.¹³⁹⁰ Nach Abschluss des Verfahrens liegt dieses Interesse immer vor, wenn der Dritte in dem abgeschlossenen Verfahren Parteistellung hatte.¹³⁹¹ So gesehen, steht dann auch ehemaligen Verfahrensbeteiligten kein aus Art. 26 ff. VwVG abgeleiteter Akteneinsichtsanspruch mehr zu, sondern lediglich ein Anspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV.¹³⁹² Darüber hinaus besteht namentlich ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht, wenn ein Schadenersatzverfahren sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann.¹³⁹³ Die Akteneinsicht ermög-

1387 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.8.3.

1388 So die Botschaft KG 2012, S. 3918.

1389 BGE 129 I 249, E. 3; BGE 128 I 63, E. 3.1; BGE 127 I 145, E. 4a; BGE 126 I 7, E. 2b; BGE 93 III 4, S. 10; BVGer 07.02.2018, A-520/2018, E. 9.3.1; BVGer 23.08.2016, A-6320/2014, E. 8.9.1; Weko, RPW 2018/4, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Graubünden), S. 723 ff., N 15; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 69; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht, N 9 Fn. 33; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren, N 503 m. w. N.

1390 BGE 129 I 249, E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1032.

1391 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 235.

1392 Wohl ähnlich Weko, RPW 2018/4, S. 723 ff., Bekanntgabe von Personendaten, N 18 f.

1393 BGE 129 I 249, E. 5.2; BGE 130 III 42, E. 3.2.2; BGer 03.12.2003, 7B_214/2003, E. 3.2.1; BGer 17.02.2006, 1A_253/2005, E. 3.6.2; BVGer 23.08.2016, A-6320/2014, E. 8.9.1; vgl. zur Ausgangslage in Deutschland Fuchs/Weitbrecht/MALLMANN/LÜBBIG, Private Kartelldurchsetzung, § 13 N 28, wonach ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durch das BKartA

licht es, allfällige Prozesschancen eines zukünftigen Verfahrens abzuschätzen.¹³⁹⁴ Das sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebende Akteneinsichtsrecht dient somit auch dazu, sich über die Grundlagen und Voraussetzungen eines aufwendigen Verfahrens zu orientieren.¹³⁹⁵ Ferner kann von dem Dritten nicht verlangt werden, tatsächlich ein Schadenersatzverfahren zu eröffnen.¹³⁹⁶ Die Behörden können nicht anstelle des Betroffenen über das prozessuale Vorgehen und dessen Erfolgchancen befinden. Die Akteneinsicht kann folglich nicht von einem bestimmten Verfahren abhängig gemacht werden.¹³⁹⁷

Es obliegt dem Rechtsuchenden – soweit dies überhaupt möglich ist – zu präzisieren, zu welchen Dokumenten er um Zugang ersucht, damit die Behörde beurteilen kann, ob ein besonders schutzwürdiges Interesse an der Akteneinsicht vorliegt. Zu berücksichtigen ist, dass die Kartellopfer i. d. R. nicht am Verfahren teilgenommen haben und vom Aktenbestand häufig nicht mehr als eine vage Vorstellung besitzen. An den Detaillierungsgrad eines Gesuchs sind daher keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Um seinem verfassungsmässigen Anspruch zum Durchbruch zu verhelfen, hat die Behörde den Rechtsuchenden zu unterstützen, etwa indem sie ihm das Aktenverzeichnis der entsprechenden Verfahrensakte zugänglich macht.¹³⁹⁸ Dieses Vorgehen ermöglicht es dem Rechtsuchenden, konkret darzulegen, in welches Verfahrensdokument er Einsicht verlangt und was er damit bezweckt.¹³⁹⁹ Aber auch hierbei sind an die Präzisierung des Gesuchs keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Es ist nicht ersichtlich, wie ein Kartellopfer die Notwendigkeit eines Dokuments für den Schadensnachweis darlegen soll, ohne Kenntnis von dessen Inhalt zu haben.¹⁴⁰⁰ Die Behörde hat dies bei der Beurteilung der Zugangsgesuche stets zu berücksichtigen.

über ein Einsichtsgesuch eines Dritten besteht, wenn dieser substantiiert vorträgt, ein berechtigtes Interesse zu haben, wie etwa ein Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatz gegenüber den Verfahrensbeteiligten.

1394 Vgl. BGE 130 III 42, E. 3.2.2; BGE 129 I 249, E. 5.2; BGer 18.10.2002, 1P_240/2002, E. 3.2.1; BGer 17.02.2006, 1A_253/2005, E. 3.6.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, *Verwaltungsverfahren*, N 503.

1395 VG ZH, VB.2014.00341, E. 4.3.4.

1396 VG ZH, VB.2014.00341, E. 4.3.4 f.

1397 BVGer 07.02.2018, A-520/2018, E. 9.3.1 m. w. N.

1398 Exemplarisch BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.2, wohingegen auf den Ausnahmecharakter dieses Vorgehens verwiesen wird.

1399 BGer 03.08.2018, 13Y_2/2018, E. 2.2.

1400 Siehe zur ähnlichen Ausgangslage im Rahmen der TransparenzVO *oben* § 10. 2. IV. a.; siehe dazu ebenso *oben* § 10. 2. IV. b.

2. Verwertungsbeschränkung und Geheimhaltungsverpflichtung: Schutz der öffentlichen Durchsetzung

Nach dem BGÖ zugänglich gemachte Dokumente sind wegen des Grundsatzes «*access to one, access to all*» jedermann zugänglich.¹⁴⁰¹ Dass die Wettbewerbsbehörden dieser Zugangsmöglichkeit mit Skepsis begegnen, ist angesichts der häufig sensiblen Daten in den Verfahrensakten nachvollziehbar. Ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang ist aus dieser Sicht vorteilhafter. Die Behörde verfügt bei der Frage nach dem «Ob» und dem Umfang der Akteneinsicht über einen beträchtlichen Ermessensspielraum.¹⁴⁰² Neben den involvierten privaten und öffentlichen Interessen ist im Rahmen der Einzelfallabwägung auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV zu beachten. Dieser verpflichtet die Behörde, zu eruieren, ob mildere Mittel anstelle einer pauschalen Abweisung eines Gesuchs angezeigt sind. Mildere Mittel sind etwa Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungspflichten in Form verwaltungsrechtlicher Nebenbestimmungen. Diese sind nach den bereits dargestellten Grundsätzen auszugestalten.¹⁴⁰³ Ebenfalls ist ein beschränkter Zugang für einen spezifischen Personenkreis in Erwägung zu ziehen, etwa für Rechtsvertreter oder beauftragte Ökonomen.¹⁴⁰⁴ Ferner ist auf die Ausführungen zu Art. 25 Abs. 2 KG zu verweisen, wonach die Wettbewerbsbehörden sicherstellen, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.¹⁴⁰⁵

3. Datenschutzrechtliche Lex specialis?

Der unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Anspruch auf Akteneinsicht ist ein verfassungsrechtlicher Minimalanspruch. Fraglich ist, ob er durch Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG konkretisiert wird – dies hätte zur Folge, dass Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG die Anwendung des verfassungsmässigen Anspruchs verdrängen würde. Die Weko hat diese Frage offengelassen.¹⁴⁰⁶ Dementsprechend musste das «Rangverhältnis» zwischen diesen Normen

1401 Siehe *oben* § 17. 1.

1402 Vgl. BGE 135 III 503, E. 3; BGer 22.05.2015, 5A_552/2014, E. 3.3.

1403 Siehe *oben* § 15. 2.

1404 Siehe hierzu die europäische und die deutsche Ausgangslage *oben* § 11. 2. I. c.

1405 Siehe *oben* § 15. 1. II.

1406 Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 67.

nicht geprüft werden. Die Behörde hielt jedoch ergänzend fest, dass sich Dritte allenfalls auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG stützen könnten, um Zugang zu Personendaten zu erhalten.¹⁴⁰⁷ Dieses Verständnis würde einen Anspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV ausschliessen.

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG gibt eine Behörde Personendaten bekannt, wenn der vorgesehene Empfänger glaubhaft gemacht hat, dass die betroffene Person ihre Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren. Nach der Botschaft ist diese Bestimmung primär auf Konstellationen ausgerichtet, in denen der Zugang verweigert wird, um einer Rechtspflicht zu entgehen, wie beispielsweise Alimentenzahlungen oder Sozialversicherungsbeiträgen.¹⁴⁰⁸ Allerdings sind kartellrechtliche Ansprüche keine Rechtspflicht i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG. Unabhängig davon, ob eine (rechtskräftige) Sanktionsverfügung der Wettbewerbsbehörden für die Zivilgerichte bindend ist, besteht keine allgemeine Rechtspflicht der Kartellanten, gegen sich gerichtete Schadenersatzansprüche mit Beweismitteln zu unterstützen. Folglich ist die für die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG konstitutive Voraussetzung der rechtsmissbräuchlichen Verweigerung in den vorliegend interessierenden Konstellationen nur schwer zu erblicken. Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG verdrängt demzufolge nicht den verfassungsmässigen Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten der Weko.

Eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung ist allerdings in den folgenden Ausgangslagen in Erwägung zu ziehen: Ein Unternehmen wird durch ein Zivilgericht nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zur Dokumentenvorlage verpflichtet und leistet der gerichtlichen Anordnung nicht Folge. Sein Verhalten bzw. seine Verweigerung kann ausschliesslich im Rahmen der Beweiswürdigung im Hauptverfahren berücksichtigt werden.¹⁴⁰⁹ Kommt es hingegen zu keinem Hauptverfahren, weil es dem Antragsteller nicht gelingt, die infrage stehenden Sachverhaltselemente genügend zu substantisieren, gereicht dem Antragsgegner sein Verhalten nicht zum Nachteil. Seine Verweigerung kann dann als rechtsmissbräuchliche Verweigerung nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG qualifiziert werden, was die Einsicht zu rechtfertigen vermag. Allerdings steht zu diesem Zeitpunkt noch nicht

1407 Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 60.

1408 Botschaft DSG (1988), S. 470; BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 10.3.

1409 SCHWEIZER, ZZZ 2010, S. 9 f.; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 30.

fest, ob der kartellzivilrechtliche Anspruch überhaupt besteht, wie von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG explizit gefordert wird. Da das Bestehen des Anspruchs noch nicht feststeht, kann dieser auch nicht rechtsmissbräuchlich behindert werden. Dem ist entgegenzusetzen, dass einer vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zwingend die Glaubhaftmachung¹⁴¹⁰ eines zivilrechtlichen Anspruchs vorangeht.¹⁴¹¹ Ob allein aus der Glaubhaftmachung auf das Bestehen des Rechtsanspruchs geschlossen werden kann, wie von Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG gefordert wird, ist im Einzelfall zu klären.¹⁴¹²

Sodann ist auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes dient. Allerdings sind hiervon keine Auskunftsbegehren erfasst, die der Abklärung von Prozesschancen eines allfälligen Zivilprozesses dienen.¹⁴¹³ Somit regeln der datenrechtliche Auskunftsanspruch nach Art. 8 DSG und der Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV nicht das gleiche gesetzgeberische Anliegen und dienen nicht den identischen Zielgruppen. Die Normen haben somit keinen abstrakt-identischen sachlichen Regelungsgehalt, sodass Art. 29 Abs. 2 BV nicht durch Art. 8 DSG als *Lex specialis* verdrängt wird.

4. Wertende Zusammenfassung

Nicht an einem Kartellverwaltungsverfahren teilnehmende Dritte können grundsätzlich, unmittelbar auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützt, während und ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens Akteneinsicht nehmen. Der Einsichtnahme geht die erfolgreiche Geltendmachung eines besonders schutzwürdigen Interesses voran, das die widerstreitenden Interessen überwiegen muss. Dies ist während eines rechtshängigen Verwaltungsverfahrens regel-

1410 Glaubhaftmachen ist mehr als ein Behaupten, aber weniger als ein strikter bzw. voller Beweis. Ein Glaubhaftmachen erfordert somit eine begründete, plausible Behauptung, die mindestens punktuell durch Beweismittel erhärtet wird; GRONER, Beweisrecht, S. 195 f.; TSCHUDI, Beweismass, S. 1334.

1411 Kritisch zum Kriterium der Glaubhaftmachung, DOMEJ, Hoffnung, S. 74; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 19a ff.; SCHWEIZER, ZZZ 2010, S. 3 ff., 9 f.

1412 Auch wäre in diesen Konstellationen eine allfällige Übermittlung der Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörde an das Zivilgericht in Erwägung zu ziehen, siehe unten § 19.

1413 BGer 18.11.2020, 4A_277/2020, E. 5.

mässig nicht der Fall. Ausserhalb eines rechtshängigen Verfahrens – also nach der verfahrensabschliessenden Sanktionsverfügung – kann das Interesse an der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche die übrigen Interessen überwiegen, was dem wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfer dient.

Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ist dann auch ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang im Vergleich zu einem Zugang nach dem BGÖ vorteilhafter. Verwertungsbeschränkungen und Geheimhaltungsverpflichtungen ermöglichen es, im Rahmen einer auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützten Akteneinsicht die unterschiedlichen Interessen ausgewogen zu berücksichtigen. Dem wirksamen Rechtsschutz ist gedient, weil kartellrechtliche Ansprüche mit allfälligen Informationen unterstützt werden. Aber auch dem Schutzbedürfnis der wirksamen öffentlichen Durchsetzung und den Interessen der Verfahrensparteien wird gerecht, weil die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden dürfen. Nicht zu verkennen ist, dass die Wettbewerbsbehörden hierbei über einen beträchtlichen Ermessensspielraum verfügen – das Ermessen sollte stets die privaten und die öffentlichen Interessen berücksichtigen, die mit der privatrechtlichen Durchsetzung verfolgt werden.

§ 19. Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte

Die Verhandlungsmaxime beherrscht den Kartellzivilprozess.¹⁴¹⁴ Das Kartellopfer, die beweisbelastete Partei, hat die Beweismittel zu benennen, anzubieten oder zu bezeichnen, was den Geschädigten vor erhebliche Herausforderungen stellt. Es bedarf Informationen, deren der Geschädigte in *Follow-on*-Prozessen ohne Hilfe durch die Wettbewerbsbehörden selten habhaft wird. In diesem Kapitel wird aufgezeigt, inwiefern im Nachgang zu einem Verwaltungsverfahren Verfahrensdokumente an ein Zivilgericht übermittelt werden können, um die genannten Schwierigkeiten zumindest dem Ansatz nach zu lösen.

1. Das Recht auf Beweisabnahme

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör enthält als Teilanspruch das Recht auf Beweis.¹⁴¹⁵ Dieser Anspruch verschafft den Parteien das Recht, Beweismittel zu offerieren, und das Recht, Beweismittel zu bezeichnen – Letzteres ist vorliegend von Interesse. Befindet sich ein Beweismittel nicht in der Verfügungsgewalt der darauf angewiesenen Partei, sondern bei der Gegenpartei oder einem Dritten, trifft das Gericht, unter gewissen Voraussetzungen¹⁴¹⁶, die «nötigen Anordnungen», um das bezeichnete Beweismittel in den Prozess einzubringen.¹⁴¹⁷ Unterlässt das Gericht die «nötigen Anordnungen» und wird über eine rechtserhebliche Tatsache nicht Beweis geführt, obwohl das entsprechende Sachvorbringen

1414 Siehe *oben* § 1.

1415 Überdies lässt sich das Recht auf Beweisabnahme auch aus Art. 8 ZGB ableiten; JUNGO, Art. 8 ZGB, N 21 m. w. N.

1416 Im Kartellzivilverfahren geht einer entsprechenden Anordnung aufgrund der Verhandlungsmaxime grundsätzlich ein Antrag einer Verfahrenspartei voraus. Zudem sind die zu edierenden Urkunden genügend zu bezeichnen, sodass der Verpflichtete die zu edierenden Urkunden zweifelsfrei ausfindig machen kann. So ist auch auf die Praxis des BGH zu verweisen, nach der eine Verfahrenspartei nicht nur solche Beweistatsachen vortragen darf, zu der ihr die Beweismittel selbst vorliegen, sondern auch zu solchen, die sie für wahrscheinlich hält; siehe rechtsvergleichend hierzu BGH, Urteil vom 02.05.2009, V ZR 177/08, N 19, und den Kommentar von JÄGER/MORLIN, Lkw-Kartell, S. 645.

1417 Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 140 N 15a; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger (VwVG), Art. 33 N 88.

weder erstellt noch widerlegt ist, ist das Recht auf Beweis grundsätzlich verletzt.¹⁴¹⁸

2. Urkundenedition von im Besitz der Weko befindlichen Verfahrensdokumenten?

Um von einer Partei bezeichnete Beweismittel wie Dokumente in den Prozessstoff einzubringen, ist die Urkundenedition nach der ZPO die «nötige Anordnung».¹⁴¹⁹ Nach Art. 160 Abs. 1 ZPO können die Parteien und Dritte zur Mitwirkung an der Beweiserhebung verpflichtet werden, worunter etwa die Urkundenedition fällt. Ebenfalls können bei Vorliegen schutzwürdiger Interessen nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO jederzeit, also auch ausserhalb eines Zivilprozesses, Beweise abgenommen und somit Dokumente ediert werden. Diese Bestimmung wird richtigerweise dahin gehend ausgelegt, dass im Hauptsacheverfahren zulässige Editionsbegehren gegenüber Dritten auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung zugelassen sind.¹⁴²⁰ Fraglich ist, ob die in Art. 160 Abs. 1 ZPO und Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO enthaltenen Mitwirkungspflichten auch auf Verwaltungseinheiten wie die Weko Anwendung finden. In diesem Fall wäre die in Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO vorgesehene Urkundenedition die «nötige Anordnung», um dem Recht auf Beweisabnahme gerecht zu werden.¹⁴²¹ Um dies festzustellen, ist Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO auszulegen.

Eine am Wortlaut von Art. 160 Abs. 1 ZPO ausgerichtete Interpretation hilft bei der vorliegenden Qualifikationsfrage nicht weiter. Die Bestimmung spricht in der deutschen Fassung lediglich von «Dritten». Wenig aussagekräftig sind ebenfalls die französische («*tiers*»), die italienische («*terzi*») und die romanische («*terzas personas*») Fassung von Art. 160 Abs. 1 ZPO, ebenso wenig wie die englische Übersetzung («*third parties*»).

Auch die Gesetzesbotschaft wird in dieser Hinsicht nicht wesentlich konkreter. Hingegen stellt sie klar, dass die Editionsspflicht Dritter eine echte Pflicht darstellt, die unter Strafandrohung oder direktem Zwang zu erfüllen ist.¹⁴²² Dass eine Verwaltungsbehörde durch ein Zivilgericht nicht unter Strafandrohung oder direktem Zwang zur Edition von Verfah-

1418 Vgl. KUKO ZPO-SCHMID, Art. 152 N 11.

1419 FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 140 N 15a.

1420 SG-OG 10/2017/15/A vom 13.11.2018, E. 3.

1421 Siehe hierzu *oben* § 19. 1.

1422 Botschaft ZPO, S. 7316.

rensdokumenten gezwungen werden kann, ergibt sich aus dem Gewaltentrennungsprinzip. Dieses Verständnis legt es zumindest nahe, die Wettbewerbsbehörden nicht als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren.

Zu einem anderen Ergebnis führt die systematische Auslegung. Die in Art. 160 Abs. 1 ZPO weit gefasste Mitwirkungspflicht Dritter wird in Art. 166 Abs. 1 ZPO mehrfach eingeschränkt. Eine dieser Einschränkungen ist Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO, dessen Regelungsgegenstand Beamte bilden. Ein Dritter kann seine Mitwirkung an der Feststellung von Tatsachen verweigern, wenn die Informationen ihm als Beamtem oder Behördenmitglied in seiner amtlichen Eigenschaft anvertraut oder von ihm bei der Ausübung seines Amtes wahrgenommen worden sind.¹⁴²³ Unterliegt der Beamte einer Anzeigepflicht oder wird er von seiner vorgesetzten Behörde zur Aussage ermächtigt, ist er zur Aussage bzw. Edition verpflichtet. Da Beamte im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Teil der Verwaltung sind, ebnet dieses Verständnis den Weg dahin, in der Verwaltung einen Dritten i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO zu erblicken.¹⁴²⁴ Nach dieser gesetzsystematischen Auslegung wären die Wettbewerbsbehörden als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO und (wohl) auch Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zu qualifizieren, wenn auch nur in den gesetzlich normierten Fällen.

Im Gegensatz dazu wird vertreten, dass die ZPO keine gesetzliche Grundlage biete, um eine Verwaltungsstelle zur Mitwirkung an einem Zivilverfahren zu zwingen. Eine Verwaltungsbehörde könne durch ein Zivilgericht ausschliesslich auf Art. 44 Abs. 2 BV gestützt zu Auskünften und zur Aushändigung von Akten verpflichtet werden. Dies sei jedoch nur insofern möglich, als dies zur Entscheidungsfindung im jeweiligen Verfahren unabdingbar sei.¹⁴²⁵ Ob selbst in dieser Extremsituation von einer veritablen Pflicht gesprochen werden kann, ist kritisch zu betrachten.

So wird in überzeugender Weise vertreten, dass eine Verwaltungsbehörde nicht durch ein Gericht zur Mitwirkung – etwa in Form der Urkundenedition – verpflichtet werden könne.¹⁴²⁶ Die Staatsgewalten (Legislative, Exekutive und Judikative) seien grundsätzlich gleichgeordnet. Von diesem

1423 Vgl. GÖKSU, Urkundenedition, S. 95; so auch Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1424 So vertreten von GÖKSU, Urkundenedition, S. 95; vgl. auch DIKE KG-SUTTER, Art. 25 N 46.

1425 Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1426 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 f.; BVGE 2014/19, E. 8.1 und BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 21, jeweils mit Verweis auf BRACHER; vgl. auch

Grundsatz ausgenommen seien Konstellationen, in denen «Privatgeschäfte eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers» betroffen sind.¹⁴²⁷ Diese Ausnahme sei gerechtfertigt, weil die Verwaltung in diesen Konstellationen nicht hoheitlich auftrete, sondern mit Privaten auf derselben Ebene verkehre.¹⁴²⁸ Die Behörde entscheide dann nicht über ihre allfällige Mitwirkung, sondern sei – im Rahmen von Art. 166 Abs. 1 Bst. c ZPO – dazu verpflichtet. In dieser Ausgangslage könne die Behörde somit auch zu einer Aktenedition verpflichtet werden. Da die Wettbewerbsbehörden in Kartellverwaltungsverfahren hoheitlich auftreten und nicht auf gleicher Ebene mit den Verfahrensbeteiligten verkehren, ist eine Qualifikation der Weko als Dritte nicht angezeigt.

Diese Ausführungen entsprechen auch der älteren Rechtsprechung,¹⁴²⁹ laut der die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften der Editionsspflicht nicht gegenüber dem Gemeinwesen galten.¹⁴³⁰ Eine Behörde konnte von einer anderen Behörde lediglich um Edition ersucht werden. Schlussendlich oblag es der ersuchten Behörde, darüber zu entscheiden, ob das Interesse an der Geheimhaltung das Interesse an der Wahrheitsfindung des ersuchenden Gerichts überwog. Auch die Einführung der eidgenössischen ZPO hat diese Ausgangslage nicht verändert. Wäre die Mitwirkungspflicht nach Art. 160 Abs. 1 ZPO auch auf die Verwaltung anzuwenden und somit eine Ausnahme vom Gewaltentrennungsprinzip geschaffen worden, hätte dies mit Sicherheit Eingang in die Gesetzesbotschaft gefunden. Dementsprechend hat das Bundesgericht in einem konkursrechtlichen Urteil aus dem Jahr 2015 und somit nach Einführung der eidgenössischen ZPO

Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23.

1427 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 77; Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 194 N 23; BK ZPO-RÜETSCHI, Vor. 160–167 N 21; BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 11a.

1428 BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 77; BVGE 2014/19, E. 8.1.

1429 BGE 80 I 3 f.; mit Verweis auf BGE 80 I 3 ff. auch BGer 15.11.2005, 7B_99/2005, E. 1.1.3, und Entscheid der Eidgenössische Datenschutzkommission vom 10.01.1997, 1/96, ZBl 99/1998 S. 285; zur alten ZH-ZPO ebenfalls mit Verweis auf BGE 80 I 3 ff., FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO, § 184b) N 9; HAUSER/SCHWERI, GVG, § 172 N 38; HAUSER/HAUSER, Gerichtsverfassungsgesetz ZH, S. 615; GULDENER, aZPO, S. 354 Fn. 19.

1430 Der Begriff «Gemeinwesen» steht als Oberbegriff für die bundesstaatlichen Gebietskörperschaften (Bund, Kantone sowie Gemeinden); vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 Fn. 471 m. w. N.

festgehalten, dass sich die Urkundenedition nach den massgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und nicht nach der ZPO bestimme.¹⁴³¹

Mit Ausnahme der gesetzssystematischen Auslegung drängen sich folglich keine Gründe auf, die Wettbewerbsbehörden als Dritte i. S. v. Art. 160 Abs. 1 ZPO oder Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO zu qualifizieren. Befinden sich also vom Kläger bezeichnete Beweismittel in der Verfügungsgewalt der Weko, ist die ZPO, insbesondere die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, keine ausreichende Grundlage für den Erlass der «nötigen Anordnung», um dem Recht auf Beweisabnahme zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁴³²

3. Informationelle Amtshilfe

Zwar kann eine Verwaltungsbehörde wegen des Gewaltentrennungsprinzips nicht von einer Justizbehörde zur Urkundenedition verpflichtet werden, doch kann eine Behörde eine andere Behörde im Rahmen der informationellen Amtshilfe um Übermittlung von Verfahrensdokumenten ersuchen. Weitestgehend ungeklärt ist, auf welcher Grundlage ein Zivilgericht die Wettbewerbsbehörden um Übermittlung von Verfahrensdokumenten ersuchen kann, um die «nötige Anordnung»¹⁴³³ zu erlassen und dem Recht auf Beweis gerecht zu werden.¹⁴³⁴

Eine Grundlage mag sich aus dem Grundsatz der Bundestreue ergeben. Dieser Grundsatz bildet quasi den Kitt der föderalen Staatsstruktur und findet in Art. 44 Abs. 2 BV Ausdruck. Nach dieser Bestimmung leisten Bund und Kantone einander Rechts- und Amtshilfe. Der Begriff der Amtshilfe¹⁴³⁵ bezeichnet im Folgenden die verwaltungsinterne Zusammenarbeit, wenn die Handlung der einen Behörde der Erfüllung einer Aufgabe einer anderen Behörde dient und wenn die Hilfe auf Ersuchen dieser

1431 Siehe auch BGE 141 III 281, E. 3 in Bezug auf die Einsicht in die Konkursakten der Konkursmasse und ohne Verweis auf die ältere Rechtsprechung; BVGE 2014/19, E. 8.1, mit Verweis auf BRACHER, Mitwirkungspflichten, S. 76 f.; vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 109; BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 11a; BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 21.

1432 Siehe zum Begriff «nötige Anordnungen» *oben* § 19. 1.

1433 Siehe *oben* § 19. 1.

1434 Die Grundlage für das entsprechende Gerichtshandeln ist die prozessleitende Verfügung nach Art. 124 Abs. 1 ZPO; siehe auch Botschaft DSG (1988), S. 469.

1435 Eingehend zur Abgrenzung von Amts- und Rechtshilfe, WERMELINGER, Amtshilfe, S. 178 f.

Behörde und ausserhalb prozessrechtlich geregelter Verfahren geleistet wird.¹⁴³⁶

Ein Teil der Amtshilfe ist die informationelle Amtshilfe, worunter die Unterstützung durch die Bekanntgabe von Sach- und Personendaten zu verstehen ist.¹⁴³⁷ Ersucht ein Zivilgericht (Justizbehörde) die Weko (Verwaltungsbehörde), ihm Verfahrensdokumente zu übermitteln, ist dies folglich ein Akt informationeller Amtshilfe.¹⁴³⁸ Trotz der vordergründig programmatischen Natur von Art. 44 Abs. 2 BV kann sich ein Zivilgericht grundsätzlich auf diese Verfassungsnorm berufen, ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen Grundlage bedarf.¹⁴³⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz greift, wenn die informationelle Amtshilfe die Übermittlung von Personendaten betrifft.¹⁴⁴⁰ Betrifft das Amtshilfegesuch Dokumente, die Personendaten enthalten, steht deren Übermittlung in einem Spannungsfeld zu Art. 13 Abs. 2 BV, wonach jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten hat.¹⁴⁴¹ In diesen Fällen ist

1436 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1783; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 174; BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 26 m. w. N.

1437 SGV BV-SCHWEIZER, Art. 44 N 25; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 174.

1438 Vgl. für die Verwendung des Begriffs «informationelle Amtshilfe» in Bezug auf die Bekanntgabe von Personendaten aus einem abgeschlossenen Gerichtsverfahren, WERMELINGER, Amtshilfe, S. 180; BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 5.4.

1439 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1784; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht, N 1077; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 182 m. w. N.; differenzierend BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 28; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1072, vertreten, dass Art. 44 BV zumindest für eine Weitergabe von Informationen von funktionell gleichgelagerten Behörden, wie zwischen verschiedenen Gerichten, ausreicht. Hingegen fordern BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1083, auch, dass aufgrund der Bundestreue eine qualifizierte Amtshilfepflicht besteht, die an vereinfachte Voraussetzungen und weniger Schranken geknüpft ist; kritisch betreffend die Frage, ob ohne gesetzliche Konkretisierung Amtshilfe allein auf Art. 44 Abs. 2 BV gestützt erfolgen kann, SGV BV-SCHWEIZER, Art. 44 N 32 m. w. N.; offengelassen Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 73; a. A. BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 5; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 26.

1440 Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1068.

1441 Nach BGE 122 I 360, E. 5.1, berührt eine Übernahme von Akten eines Straf- oder Verwaltungsverfahrens, die besonders schützenswerte Personendaten enthalten, in ein anderes Verfahren den Schutzbereich der persönlichen Freiheit; siehe auch BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.5.1; WERME-

Art. 36 BV zu beachten, wonach es, insbesondere bei der Einschränkung eines Verfahrensgrundrechts, einer gesetzlichen Grundlage bedarf.¹⁴⁴² Weder im KG noch im VwVG findet sich eine entsprechende Grundlage für eine entsprechende Übermittlung.¹⁴⁴³

I. Personendaten in Verfahrensdokumenten

Der weit gefasste Art. 44 Abs. 2 BV wird durch Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO konkretisiert. Diese Bestimmung ist eine explizite Anspruchsgrundlage, auf der um die amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten zu ersuchen ist, die Personendaten enthalten.¹⁴⁴⁴ Die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO vorgesehene informationelle Amtshilfe findet ausschliesslich Anwendung, wenn Bundesorgane (1) Personendaten (2) bearbeiten (3) und es keine speziellere Norm i. S. v. Art. 17 DSGVO gibt (4).

(1) Die Weko ist eine Bundesbehörde i. S. v. Art. 3 Bst. h DSGVO.

(2) Personendaten sind nach Art. 3 Bst. a DSGVO alle sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person beziehenden Informationen. Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren beziehen sich grundsätzlich auf Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen i. S. v. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Der Unternehmensbegriff wiederum umfasst eine oder auch mehrere natürliche oder juristische Personen. Demnach enthalten Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörden i. d. R. Personendaten.¹⁴⁴⁵

LINGER, Amtshilfe, S. 183; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1068.

1442 BVGE 2014/19, E. 8 f., wonach ein Zivilgericht die FINMA nicht ohne gesetzliche Grundlage zur Übermittlung von Informationen verpflichten kann; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1069, 1072; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 183.

1443 Im VwVG wird lediglich die Vollstreckungshilfe als Teil der Rechtshilfe durch Art. 43 VwVG geregelt; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 180.

1444 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.4; vgl. BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 4.2; BVGer 19.12.2019, A-7131/2018, E. 5.6.1; BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 5; vgl. auch BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44 N 28; BREITENMOSER/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1072; Botschaft DSGVO (1988), S. 469.

1445 Siehe *oben* § 16. 5. II.

- (3) Die Bekanntgabe der Informationen ist nach Art. 3 Bst. e und Bst. f DSGVO eine Bearbeitung von Personendaten.¹⁴⁴⁶ Übermittelt die Weko Verfahrensdokumente, die Personendaten enthalten, an Zivilgerichte, ist dies eine Bearbeitung von Personendaten durch ein Bundesorgan.
- (4) Wie aufgezeigt wurde, finden sich keine Amtshilferegulungen im KG oder im VwVG.¹⁴⁴⁷ Somit ist auch keine spezifische Rechtsgrundlage i. S. v. Art. 17 DSGVO für die Bearbeitung von Personendaten ersichtlich. Ist somit die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO zu bejahen, sind die Kriterien zu untersuchen, die für eine Übermittlung erfüllt sein müssen.¹⁴⁴⁸ Eine Behörde übermittelt auf Gesuch einer anderen Behörde Verfahrensdokumente, wenn die Informationen für den Empfänger¹⁴⁴⁹
- im Einzelfall
 - zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe
 - unentbehrlich sind.¹⁴⁵⁰

a. Im Einzelfall ...

Einleitend ist festzuhalten, dass das Kriterium «im Einzelfall» nicht bedeutet, dass sich das Gesuch nur auf die Daten einer einzelnen Person beziehen darf.¹⁴⁵¹ Unerheblich ist die Zahl der Personen, von denen die Daten stammen. Allerdings ergibt sich bei kritischer Analyse des einschlägigen Fallrechts¹⁴⁵², dass bei der Prüfung jeweils zwei Fragen zu prüfen sind: Werden die Daten durch die Gesuch stellende Behörde regelmässig oder dauerhaft für die Erledigung gesetzlicher Aufgaben herangezogen? Und: Ist die Anfrage genügend konkret?

1446 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 6.1; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 188 f.; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 1.

1447 Siehe *oben* § 19. 1.

1448 Jeweils sehr allgemein TRÜEB/ZURKINDEN, Art. 41 N 3; DIKE KG-BICKEL/WYSSLING, Art. 41 N 5; DIKE KG-HOLZMÜLLER/ODERMATT, Art. 48 N 2 Fn. 2; vgl. auch WERMELINGER, Amtshilfe, S. 184.

1449 Art. 19 DSGVO unterscheidet nicht nach Empfängerkategorien. Eine amtsweise Übermittlung an den Kanton Aargau wurde für zulässig befunden; siehe hierzu BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.2 m. w. N.

1450 Für eine nicht abschliessende Aufzählung von Voraussetzungen und Schranken der Amtshilfe allgemein BREITENMOSE/WEYENETH, Amts- und Rechtshilfe, S. 1069 ff.

1451 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 198.

1452 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1.

(1) Nicht regelmässig oder dauerhaft

Ein Ersuchen betrifft einen Einzelfall i. S. v. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO, wenn die Gesuch stellende Behörde die Daten nicht regelmässig oder dauerhaft für die Erledigung ihrer gesetzlichen Aufgaben heranzieht.¹⁴⁵³ Andernfalls bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, damit ein Datenaustausch in der entsprechenden Kadenz stattfinden kann. Um einen solchen Einzelfall handelt es sich, wenn ein geschädigtes Gemeinwesen Einsicht in eine Sanktionsverfügung und die entsprechenden Verfahrensdokumente verlangt, um ein zivilrechtliches Vorgehen gegen die Kartellanten zu prüfen.¹⁴⁵⁴ Jedoch anders gelagert sind die vorliegend interessierenden Konstellationen. Ein Zivilgericht ersucht hier um die Bekanntgabe bzw. Übermittlung von Verfahrensdokumenten und prüft, ob die verfahrensgenständlichen Ansprüche durch die entsprechenden Informationen rechtsgenügend nachgewiesen sind. Nach der vorliegend vertretenen Meinung betrifft das Gesuch auch in diesen Konstellationen einen Einzelfall.

Dies trifft ferner zu, wenn es im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren zu einer Vielzahl von Kartellzivilprozessen kommt. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen führen häufig zu einer fast unüberschaubaren Zahl von Geschädigten.¹⁴⁵⁵ Häufig genügt es bereits, dass nur ein Bruchteil der Geschädigten seine zivilrechtlichen Ansprüche ins Recht legt, um veritable Klagewellen auszulösen.¹⁴⁵⁶ Ein Zivilgericht, etwa das am Sitz des Selbstanzeigers, wird sich dann häufig mit einer Vielzahl von Verfahren auseinandersetzen müssen, deren Prozessstoff sich stark ähnelt. Sämtlichen Verfahren liegt grundsätzlich dasselbe kartellrechtswidrige und sanktionierte Verhalten zugrunde. Auch finden sich auf Beklagten-

1453 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1.

1454 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1; vgl. auch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 49 f.; siehe *oben* § 15. 1. II. b.

1455 Siehe *oben* § 5. 1. I.

1456 Bezeichnend hierfür ist etwa das durch die Kommission aufgedeckte und sanktionierte Lkw-Kartell: Im Nachgang zu diesem Verfahren wurden allein am Landgericht München I über 110 einzelne *Follow-on*-Schadenersatzverfahren anhängig gemacht, womit zivilrechtliche Ansprüche von über 84 000 Lkw-Erwerbern aus 20 verschiedenen EU- wie EWR-Mitgliedstaaten geltend gemacht wurden, vgl. FREUND, Munich Trucks Cartel; kritisch und mit rechtsvergleichenden Verweisen auf die Ausgangslage im Vereinigten Königreich WEITBRECHT, Kartellschadenersatz 2017, S. 110 f.

seite grundsätzlich dieselben Parteien bzw. Kartellanten wieder.¹⁴⁵⁷ Hält es das Gericht in einem Prozess für notwendig, die Wettbewerbsbehörden um Übermittlung von Verfahrensdokumenten zu ersuchen, steht es ihm grundsätzlich offen, diese Informationen in weitere Verfahren desselben Kartellkomplexes einzubeziehen. Dann handelt es sich um gerichtsnotorische Tatsachen nach Art. 151 ZPO, die ungeachtet der Parteibehauptungen von Amts wegen in den Prozess eingeführt werden können. Hierzu zählen Beweisergebnisse aus früheren Verfahren zwischen denselben Parteien ebenso wie Tatsachen, von denen das Gericht aus Drittprozessen Kenntnis hat und die sich innerhalb des Prozessthemas bewegen.¹⁴⁵⁸ Durch den Beizug der einschlägigen Akten werden die Kenntnisse in den Prozess eingebracht.¹⁴⁵⁹ Das Gericht wird im Einzelfall über einen derartigen Beizug zu entscheiden haben. Das scheint insbesondere dann angezeigt, wenn bereits ein Pilotprozess geführt wurde, dem der nämliche Sachverhalt zugrunde lag.¹⁴⁶⁰ Dies trifft in der Praxis auf *Follow-on*-Verfahrenskomplexe zu.¹⁴⁶¹ Waren mit der ursprünglichen Übermittlung auch Verwertungsaufgaben verbunden, sind diese zwingend auch in den weiteren Verfahren zu respektieren – das Hauptinstrument hierfür sind die nach Art. 156 ZPO anzuordnenden Massnahmen.

Im Übrigen – und hier lediglich angerissen – gelten diese Überlegungen auch für Gerichtsgutachten nach Art. 183 Abs. 1 ZPO aus früheren Prozessen desselben Verfahrenskomplexes, denen dieselbe oder eine ähnliche Verhaltensweise zugrunde liegen. Um etwa den kartellbedingten Preisaufschlag zu ermitteln, sind häufig Gerichtsgutachten entscheidend. Häufig bedarf es der Erstellung eines Gerichtsgutachtens, weil auch von den Parteien regelmässig inhaltlich nicht übereinstimmende Privatgutachten eingebracht werden. Um dann, auch ohne entsprechende Privatgutachten, überhaupt in der Lage zu sein, die Schadenshöhe festzustellen, geschweige denn nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen¹⁴⁶², bedarf es regelmässig eines

1457 Nicht zu verkennen ist in diesem Kontext, dass die gesamtschuldnerische Haftung den Kartelltätern den Anreiz bietet, ihre Verteidigungsstrategie zu koordinieren, siehe hierzu GALLE, *Gemeinschaftliche Verteidigung*, S. 576 ff.

1458 BGer 24.06.2014, 4A_37/2014, E. 2.4.1 m. w. N.

1459 BK ZPO-BRÖNNIMANN, Art. 151 N 4, a. A. BSK ZPO-GUYAN, Art. 151 N 3.

1460 VETTER/PEYER, *Tatsachen*, S. 764.

1461 Vgl. VETTER/PEYER, *Tatsachen*, S. 764.

1462 Als Praxisbeispiel für eine Schätzung des kartellbedingten Schadens auf 15 % siehe LG Dortmund, Urteil vom 30.09.2020, 8 O 115/14 (Kart), N 147 ff., und da besonders N 160.

Gerichtsgutachtens.¹⁴⁶³ Ein solches Gutachten kann grundsätzlich auch in weiteren Prozessen desselben *Follow-on*-Verfahrenskomplexes verwertet werden. Hierbei ist der Anspruch sämtlicher Parteien auf rechtliches Gehör zu gewährleisten, sinnvollerweise im Rahmen einer Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, zu der sich die Parteien äussern können.¹⁴⁶⁴

(2) Konkrete Anfrage

Der Inhalt des Gesuchs muss Aufschluss über den relevanten Sachverhalt geben, den Grund des Gesuchs nennen¹⁴⁶⁵ und, wenn möglich, die erbetenen Verfahrensdokumente bezeichnen.¹⁴⁶⁶ Das Kriterium ist erfüllt, wenn sich das Gesuch auf die Akten eines bestimmten vorinstanzlichen Verfahrens bezieht und der Kreis der betreffenden Personendaten erkennbar ist.¹⁴⁶⁷ Die Amtshilfe wird so nicht zu einer *«fishing expedition»*, der kein präziser Anlass und keine konkrete Fragestellung zugrunde liegen.¹⁴⁶⁸

Im vorliegenden Kontext ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines *Follow-on*-Prozesses dem Amtshilfegesuch immer ein entsprechender Parteiantrag vorangeht, da die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 ZPO das Verfahren beherrscht. An den Parteiantrag sind konsequenterweise dieselben Anforderungen zu stellen wie an das Amtshilfegesuch. Die ausreichend konkrete Bezeichnung des relevanten Sachverhalts und der Grund des Gesuchs sind im Nachgang zu einem Kartellverwaltungsverfahren

1463 Die mit der Feststellung der Schadenshöhe einhergehenden Schwierigkeiten lassen sich an folgender Feststellung des BGH, Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17, Schienenkartell I, DE:BGH:2018:111218UKZR26.17.0, N 64, aufzeigen: «Gerade bei Kartellabsprachen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und ein großes Gebiet abdecken sollen, ist zudem damit zu rechnen, dass sie zeitlich und räumlich unterschiedliche Intensität aufweisen. [...] Veränderungen und Abweichungen insbesondere bei einem über einen längeren Zeitraum durchgeführten Kartell [stellen] «geradezu den Normalfall» [dar]; ähnlich BGH, Urteil vom 28.01.2020 – KZR 24/17, Schienenkartell II, DE:BGH:2020:280120UKZR24.17.0, N 31.

1464 VETTER/PEYER, Tatsachen, S. 764 m. w. N.

1465 Vgl. exemplarisch Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 49.

1466 MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 14; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 198.

1467 BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 4.3.

1468 BVGer 23.08.2016, A-6315/2014, E. 7.1 m. w. N.; WERMELINGER, Amtshilfe, S. 198; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 14.

ren keine allzu grosse Hürde. Fraglich ist jedoch, ob in einem *Follow-on*-Prozess bereits die bloße Nennung eines spezifischen Verfahrens für die Übermittlung der Verfahrensdokumente ausreicht oder ob es einer präziseren Bezeichnung der Dokumente bedarf. Zumindest ist zu verlangen, dass die Partei jeweils die zur Einsicht verlangten geschwärzten Passagen der Sanktionsverfügung oder die Dokumente bezeichnet, auf die in der Verfügung Bezug genommen wird.

Wann allerdings ein Parteiantrag als ausreichend präzise gilt, lässt sich nicht verallgemeinern und ist im Einzelfall vom Gericht zu bestimmen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Kartellopfer i. d. R. keine konkreten Vorstellungen vom Aktenbestand eines spezifischen Verfahrens haben. Im Vorfeld eines Kartellzivilverfahrens bestehen allerdings Möglichkeiten, gewisser Dokumente habhaft zu werden, wie des Aktenverzeichnisses der Verfahrensakte.¹⁴⁶⁹ Unternimmt der Geschädigte keine Anstrengungen, dieser Dokumente habhaft zu werden, ist eine strengere Handhabung des Antrags gerechtfertigt. Weist er allerdings erfolglose Bemühungen nach, sind an die Präzisierung des Begehrens geringe Anforderungen zu stellen.

b. «... zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ...»

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO müssen die Informationen dem Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe dienen. Wie dargelegt wurde, treffen die Gerichte die «nötigen Anordnungen», um dem Recht auf Beweisabnahme als Teilanspruch des rechtlichen Gehörs gerecht zu werden.¹⁴⁷⁰ Die amtshilfweise Beibringung der Dokumente erfolgt somit in Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der Zivilgerichte, im Rahmen der rechtsstaatlichen Prinzipien Recht zu sprechen.¹⁴⁷¹ Auch finden sich in Art. 19 DSGVO keine Anhaltspunkte, weshalb ein Zivilgericht nicht um eine amtshilfweise Übermittlung von Informationen ersuchen kann.¹⁴⁷² Die Bestimmung unterscheidet nicht nach den Empfängerkategorien.¹⁴⁷³

1469 Siehe *oben* § 17. 4.

1470 Siehe *oben* § 19. 1.

1471 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 6 N 4; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, N 1732: Zivilgerichte «sind zuständig, in richterlicher Unabhängigkeit über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und Strafen auszufällen.»

1472 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.2 m.w.N.

1473 Auch die Botschaft DSGVO (1988), S. 469 schweigt sich über Empfängerkategorien aus, betont jedoch, dass Bekanntgabe nach DSGVO auch für auch für die

Immerhin steht fest, dass die amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten an einen Kanton das Kriterium «zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe» erfüllt, wenn dieser anhand der Dokumente die Durchsetzung (kartell-)zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche prüft.¹⁴⁷⁴

c. «... unentbehrlich»

Nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO muss die Datenbekanntgabe für die empfangende Behörde unentbehrlich sein – die gesetzliche Aufgabe könnte ohne die Datenbekanntgabe nicht angemessen erfüllt werden.¹⁴⁷⁵ Nach dem Bundesverwaltungsgericht ist die Datenbekanntgabe dann entbehrlich, wenn die Übermittlung der Verfahrensdokumente lediglich zu einer verbesserten oder effizienteren Aufgabenerfüllung führen würde.¹⁴⁷⁶ Entscheidend sei, ob andere Möglichkeiten bestehen, um an die Verfahrensdokumente zu gelangen. Das Auskunftersuchen dürfe nicht nur die einfachere oder praktikablere Zugangsrouten darstellen, um der entsprechenden Informationen habhaft zu werden.¹⁴⁷⁷

Nach diesem Verständnis ist somit fraglich, ob eine auf Art. 160 Abs. 1 ZPO gestützte Edition der Verfahrensdokumente – die sich bis auf die Selbstanzeige i. d. R. auch im Besitz des Beklagten befinden – ein praktikables Pendant zu einem Amtshilfegesuch darstellt. Der Wortlaut von Art. 163 Abs. 1 Bst. a ZPO spricht klar dafür: Eine Partei kann ihre Mitwirkung und somit die Edition von Urkunden nur verweigern, wenn sie eine ihr nahestehenden Person, nicht aber sich selbst, einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzt.¹⁴⁷⁸ Andernfalls könnten insbesondere

Weitergabe von Daten an kantonale, kommunale und ausländische Behörden gelten.

1474 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.3.

1475 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2; BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.1; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 54.

1476 BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.1; MUND, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. 19 N 13; ferner sei nicht davon auszugehen, dass die «Unentbehrlichkeit» den Nachweis verlange, dass mit den Informationen eine öffentliche Aufgabe praktisch sicher erfüllt werde, BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.4.

1477 BVerG 23.08.2016, A-6315/2014, E. 9.4.

1478 STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 73.

Haftpflichtprozesse häufig nicht erfolgreich geführt werden.¹⁴⁷⁹ Vor diesem Hintergrund ist eine auf Art. 160 Abs. 1 ZPO gestützte Edition von im Besitz einer der Parteien befindlichen Verfahrensdokumente naheliegend, was Zweifel an der Unentbehrlichkeit eines Amtshilfesuchts nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG aufkommen lässt. Denn die gleichen Verfahrensdokumente können – zumindest theoretisch und regelmässig mit Ausnahme der Selbstanzeige – auch mittels der Urkundenedition in den Prozess eingeführt werden. Der Kläger, also der Geschädigte, hat hierzu die zu übermittelnden Urkunden ausreichend zu bezeichnen. Die Dokumente gelten als ausreichend bezeichnet, wenn der Verpflichtete die Urkunden zweifelsfrei ausfindig machen kann.¹⁴⁸⁰ In einem *Follow-on*-Verfahren kann der Geschädigte dieser Obliegenheit zu einem gewissen Grad mittels der veröffentlichten Sanktionsverfügung¹⁴⁸¹ und des entsprechenden Aktenverzeichnisses¹⁴⁸² beikommen. Insoweit fehlt es – a prima vista – an der nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG erforderlichen Unentbehrlichkeit.

Jedoch darf nicht übersehen werden, dass die Mitwirkung am Verfahren und somit die Urkundenedition eine prozessuale Last der Parteien darstellen und nach Art. 164 ZPO nicht durch Sanktion oder Zwang durchgesetzt werden können. Eine Verweigerung der Edition kann sich hingegen zuungunsten der diese verweigernden Partei auswirken, indem ihr Verhalten im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO zu ihrem Nachteil berücksichtigt wird.¹⁴⁸³ Hingegen soll gerade mithilfe der herauszugebenden Dokumente Beweis geführt werden. Werden sie nicht ediert, wird die Beweisführung deutlich erschwert. Dementsprechend fordern einige Stimmen, dass bei einer Editionsverweigerung, mutwilligen Vernichtung oder mutwilligen Entäusserung grundsätzlich anzunehmen sei, dass die entsprechenden Dokumente den vom Kläger behaupteten Inhalt aufweisen.¹⁴⁸⁴ Dieses Verständnis wird hingegen in *Follow-on*-Verfahren selten dem Kläger zum Vorteil gereichen, weil er den Inhalt eines

1479 Botschaft ZPO, S. 7317; kritisch betreffend die Gefahr einer strafrechtlichen Verantwortung, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18 N 73.

1480 BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 23.

1481 Siehe *oben* § 16.

1482 Siehe *oben* § 17. 4.

1483 BK ZPO-RÜETSCHI, Vorb. zu 160–167 N 4 ff.

1484 BSK ZPO-SCHMID, Art. 164 N 2 m. w. N.

bestimmten Dokuments kaum ausreichend substantiiert behaupten kann, ohne die Verfahrensdokumente gesehen zu haben.¹⁴⁸⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten: Selbst wenn eine genügend präzise Bezeichnung der nach Art. 160 Abs. 1 ZPO zu edierenden Dokumente gelingt, ist die Gegenpartei zwar zur Urkundenedition verpflichtet, kann hierzu aber nicht gezwungen werden. Eine allfällige Verweigerung ist bei der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten zu berücksichtigen – der behauptete Inhalt der Urkunde wird in diesem Fall jedoch nicht fingiert. Doch selbst in diesem Fall würde sich das Problem stellen, dass ein Verfahrensdokument zwar ausreichend bezeichnet wäre, über seinen Inhalt allerdings nur gemutmasst werden könnte. Die Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO ist in *Follow-on*-Prozessen daher nicht zwingend zielführend und keine valable Alternative zu einer amtshilfemässigen Übermittlung der Verfahrensdokumente. Die Amtshilfe ist somit im Vergleich zur Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO kein einfacherer oder praktikablerer Weg, sondern regelmässig der einzig mögliche.¹⁴⁸⁶ Das Gericht entscheidet jeweils, ob die Urkundenedition nach Art. 160 Abs. 1 ZPO im konkreten Fall zielführend ist oder ob die Verfahrensdokumente im Rahmen der Amtshilfe beizuziehen sind. Eine vergleichbare Regelung wie innerhalb der EU, wonach die Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden an das Gericht die *Ultima Ratio* darstellt, ist nicht wegweisend.¹⁴⁸⁷

Zudem hat das Bundesgericht jüngst befunden, dass der Begriff «unentbehrlich» nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dahingehend zu verstehen sei, dass die in Frage stehende gesetzliche Aufgabe nicht ohne die entsprechenden Informationen erfüllt werden kann.¹⁴⁸⁸ Somit kann die Aufgabe nur mit den ersuchten Informationen erfüllt werden.¹⁴⁸⁹ Braucht es diese spezifischen Informationen hierzu nicht, gelten die Informationen nicht als unentbehrlich. Hieraus ergibt sich nicht, dass die Übermittlung von Informationen der Weko an das Zivilgericht erst dann möglich ist, wenn die Informationen auf keinem anderen Weg beigebracht werden können, sondern einzig, dass die Informationen für die Erfüllung der jeweiligen

1485 Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass das BGer dem erwähnten Ansatz nicht folgt, siehe BGE 140 III 264, E. 2.3.

1486 Die Ausführungen lassen sich sinngemäss auf die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 Bst. b ZPO übertragen.

1487 Siehe zur kritischen Würdigung der Ausgangslage innerhalb der EU *oben* § 11. 1.

1488 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2.

1489 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.2.

gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Es steht somit im Ermessen des jeweiligen Zivilgerichts, auf welche Art und Weise es diese Informationen beschafft. Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO ist somit eine geeignete gesetzliche Grundlage, um im Besitz der Weko befindliche Verfahrensdokumente, die Personendaten enthalten, an die Zivilgerichte zu übermitteln.

II. Wahrung wesentlicher Interessen und Geheimhaltungspflichten (Art. 19 Abs. 4 Bst. a und Bst. b DSGVO)

Sind die soeben dargestellten Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt, leistet die Weko dem Amtshilfesuch allerdings nicht zwingend Folge. Die Behörden lehnen die Übermittlung von Verfahrensdokumenten ab, beschränken sie oder verbinden sie mit einer Auflage, wenn dies aufgrund gesetzlicher Geheimhaltungspflichten nach Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO angezeigt ist. Nach Art. 25 Abs. 1 KG wahren die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis. Das Amtsgeheimnis gilt zwischen unterschiedlichen Behörden¹⁴⁹⁰ und somit auch zwischen der Weko und einem Zivilgericht. Die Offenlegung einer Information, die unter das Amtsgeheimnis fällt, ist allerdings möglich, wenn eine gesetzliche Grundlage diese vorsieht.¹⁴⁹¹ In den vorliegend interessierenden Fällen ist Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO die erforderliche gesetzliche Grundlage, auf der in einem eng begrenzten Rahmen Informationen an eine andere Behörde bekannt gegeben werden dürfen. In diesem Zusammenhang steht auch Art. 25 Abs. 2 KG der amts-hilfeweisen Übermittlung von Verfahrensdokumenten nicht entgegen, soweit die Informationen von der empfangenden Behörde ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden,¹⁴⁹² was bei der Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Verwaltungsverfahren immer der Fall ist. Somit entspricht der Zweck der Amtshilfe dem der ursprünglichen Beschaffung, was sich überdies mit dem Grundsatz in Art. 4 Abs. 3 DSGVO deckt, wonach die Personendaten nur zu dem Zweck verwertet werden dürfen, zu dem sie ursprünglich erhoben wurden.¹⁴⁹³

1490 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.3.

1491 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.3.

1492 Im Ergebnis ähnlich, wenn auch mit anderer Begründung BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.2; vgl. auch allgemein zur Vereinbarkeit mit dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung WERMELINGER, Amtshilfe, S. 189.

1493 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

In Art. 25 Abs. 2 KG ist folglich keine gesetzliche Geheimhaltungspflicht i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO zu erblicken.¹⁴⁹⁴

Eine weitere Einschränkung findet sich in Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO, wonach die Übermittlung von Verfahrensdokumenten abgewiesen, eingeschränkt oder mit Auflagen verbunden wird, wenn wesentliche öffentliche oder offensichtlich schutzwürdige Interessen dies verlangen. Nach der vorliegend vertretenen Meinung ist die Übermittlung sämtlicher Verfahrensdokumente grundsätzlich bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens abzulehnen.¹⁴⁹⁵ Allerdings sind laut Bundesgericht die Amtshilfebestimmungen des DSGVO parallel zu einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren anwendbar.¹⁴⁹⁶ Selbst wenn diese Ansicht eine Stütze im DSGVO findet, sollte im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO, die dann von der Weko während eines erstinstanzlichen Verfahrens vorzunehmen wäre, das öffentliche Interesse an einem geregelten Verfahrensablauf grundsätzlich höher gewichtet werden als das Interesse eines Kartellopfers an der Geltendmachung kartellrechtlicher Ansprüche.

Nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens sind grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente an das ersuchende Zivilgericht zu übermitteln.¹⁴⁹⁷ Aber auch im Rahmen dieser Zugangsrouten besteht je nach Dokumentenkategorie ein unterschiedlich hohes Bedürfnis nach Schutz vor dem Zugang Dritter.¹⁴⁹⁸ Die Selbstanzeige bzw. Informationen daraus sollte das Gericht nur in den in dieser Arbeit aufgezeigten Extremsituationen offenlegen.¹⁴⁹⁹ Ferner ist zu betonen, dass sich diese Zurückhaltung ausschliesslich auf die Selbstanzeige und Auszüge daraus bezieht. Der Schutz beschlägt jedoch nicht die übrigen Selbstanzeigeinformationen.

Aber auch im Rahmen der Amtshilfe ist zwingend der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu beachten.¹⁵⁰⁰ Allerdings sind auch die bereits aufgezeigten Relativierungen

1494 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.4.

1495 Derselbe Ansatz findet sich in dieser Arbeit auch hinsichtlich des Zugangs nach dem BGÖ, siehe *oben* § 17. 3. III.

1496 BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 5.4.7.

1497 In BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 7.5, wurden keine öffentlichen Interessen erblickt, die gegen eine Übermittlung sprächen. Allerdings waren keine Geschäftsgeheimnisse, Daten von Dritten oder Selbstanzeigeinformationen verfahrensgegenständlich.

1498 Zu den Kategorien von Selbstanzeigeinformationen siehe *oben* § 15. 3; siehe auch zur europäischen Rechtslage § 8. 3.

1499 Siehe *oben* § 8. 4.

1500 In BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018 war die Übermittlung von Geschäftsgeheimnissen nicht verfahrensgegenständlich.

des Vertraulichkeitsschutzes zu berücksichtigen.¹⁵⁰¹ Ergibt sich im Einzelfall, dass gewisse Informationen wie Geschäftsgeheimnisse einer der Verfahrensparteien nicht zugänglich zu machen, allerdings für den Ausgang des *Follow-on*-Prozesses relevant sind, kann das Gericht die entsprechenden Schutzmassnahmen anordnen. Die Einschränkung seines prozessualen Grundrechts auf rechtliches Gehör erscheint dann für den Kläger als hinnehmbarer Preis. Denn es ist gerade diese Einschränkung, die die Durchsetzung seiner materiell-rechtlichen Ansprüche erst ermöglicht.¹⁵⁰² Ferner ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 BV, dass die Wettbewerbsbehörden die Zivilgerichte auf die sensiblen Passagen der Dokumente hinweisen und zum Schutz dieser Informationen auffordern müssen. Gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip würde es verstossen, ein Gesuch aufgrund überwiegender privater oder öffentlicher Interessen abzuweisen, obwohl der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung mittels Auflagen ausreichend begegnet werden könnte.

Die Gerichte haben dann ihrerseits die entsprechenden Massnahmen anzuordnen, um dem Interesse der Wettbewerbsbehörden und dem Rechtsschutzinteresse sämtlicher Verfahrensparteien gerecht zu werden – die notwendigen Massnahmen sind gestützt auf Art. 156 ZPO anzuordnen, um die Auflagen zu erfüllen. Diese Massnahmen können sich nach den bereits dargestellten Schutzmassnahmen richten¹⁵⁰³, insbesondere nach der «Düsseldorf-Praxis»¹⁵⁰⁴. Zudem ist mittels Auflagen dafür zu sorgen, dass die Verfahrensdokumente ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Darüber hinaus ist mittels einer Geheimhaltungspflicht sicherzustellen, dass die Informationen anderen Dritten nicht zugänglich gemacht werden.¹⁵⁰⁵ Die ersuchte Behörde hat ferner stets zu berücksichtigen, dass das gestellte Amtshilfegesuch das Ergebnis einer Einzelfallabwägung einer anderen Behörde ist; im Hinblick auf das Gewaltentrennungsprinzip ist deren Entscheidung so weit wie möglich zu respektieren.

Jedoch ist ein erheblicher Vorbehalt anzubringen: Das DSG befindet sich derzeit in Revision. Die Bearbeitung von Daten juristischer Personen soll aus dem Geltungsbereich des DSG herausgenommen werden.¹⁵⁰⁶ An-

1501 Siehe *oben* § 14. 1. III.

1502 Siehe *oben* § 11. 2. I.

1503 Siehe *oben* § 15. 2.

1504 Siehe *oben* § 11. 2. I. c.

1505 Siehe *oben* § 15. 2.

1506 Botschaft DSG (2017), S. 1944.

gesichts des aktuellen Revisionsvorhabens des Bundesrates ist allerdings zweifelhaft, ob sich die dargestellte Ausgangslage überhaupt wesentlich ändern wird. Auch wenn Daten juristischer Personen aus dem Geltungsbereich des DSGVO herausgenommen werden, richtet sich ihre Bekanntgabe nach Art. 57s E-RVOG.¹⁵⁰⁷ Diese Bestimmung spiegelt nahezu unverändert die aktuelle Ausgangslage nach Art. 19 DSGVO wider. Ob und inwieweit die neue Gesetzeslage nach der Revision dem Entwurf des Bundesrates entsprechen wird, bleibt abzuwarten.

III. Sachdaten in Verfahrensdokumenten

Durch die DSGVO-Revision wird der Schutz von Daten juristischer Personen aus dem DSGVO ausgegliedert. Formell muss dann zwischen der Übermittlung von Daten natürlicher Personen, von Daten juristischer Personen und von Sachdaten unterschieden werden. Informationen sind Sachdaten, wenn sie sich weder auf natürliche noch auf juristische Personen beziehen; die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO bzw. Art. 57s E-RVOG vorgesehene Regelung findet dann keine Anwendung. Das entsprechende Amtshilfesuch ist dann unmittelbar auf Art. 44 Abs. 2 BV zu stützen, wobei auch in diesem Fall – ähnlich wie nach Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO (bzw. dann Art. 57s Abs. 6 Bst. a E-RVOG) – überwiegende öffentliche Interessen geschützt werden müssen. Ferner ist auch in diesen Konstellationen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen, nach dem grundsätzlich mildere Massnahmen als eine Verweigerung der Übermittlung angezeigt sind, wie Verwertungsbeschränkungen oder die Begrenzung der Einsichtsberechtigten.¹⁵⁰⁸

4. Wertende Zusammenfassung

Die amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden an die Zivilgerichte ist eine «notwendige Anordnung», die dem Recht auf Beweisabnahme gerecht werden kann. Stellt ein Zivilgericht ein entsprechendes Amtshilfesuch, verfügen die Wettbewerbsbehörden über ein nicht zu unterschätzendes Ermessen. Bei der Untersuchung, ob die Voraussetzungen nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSGVO erfüllt sind,

1507 Siehe *oben* § 17. 6. III. b.

1508 Siehe *oben* § 15. 2.

hat sich die Weko allerdings zurückzuhalten; das Amtshilfegesuch ist bereits das Ergebnis einer Einzelfallabwägung einer anderen Behörde, sodass dieses Ergebnis grundsätzlich zu respektieren ist. Werden Verfahrensdokumente übermittelt, ist sodann nach Art. 25 Abs. 2 KG sicherzustellen, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden und «den Gerichtssaal nicht verlassen», was durch entsprechende Auflagen sicherzustellen ist, wie etwa in Form von Verwertungsbeschränkungen oder Geheimhaltungspflichten. Ferner kann es erforderlich sein, dass Dokumente, die etwa Geschäftsgeheimnisse enthalten, nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich gemacht werden. Ausserdem obliegt nicht der Weko, sondern dem Zivilgericht die Entscheidung, ob und in welcher Form Informationen aus der Selbstanzeige in einem Prozess zu berücksichtigen sind. Hiermit geht einher, dass die Weko auf Gesuch eines Zivilgerichts auch Selbstanzeigeeinformationen an dieses übermittelt. Dies sollte in der Praxis allerdings erst erfolgen, nachdem die Weko das Zivilgericht auf die Sensibilität der Informationen hingewiesen bzw. dargelegt hat, dass die Selbstanzeige oder Informationen daraus nur dann offenzulegen sind, wenn dies für die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist. Die Zivilgerichte verfügen nach Art. 156 ZPO über den notwendigen Spielraum, um Kronzeugeninformationen, aber auch andere vertrauliche Informationen im Einzelfall wirksam zu schützen. Bei der Ausgestaltung der jeweiligen Massnahmen sollte es den Zivilgerichten überlassen bleiben, inwiefern das Interesse an der wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und das Interesse der Verfahrensbeteiligten am wirksamen Rechtsschutz zu berücksichtigen sind. Hierbei sollte stets der folgende Grundsatz berücksichtigt werden: Die Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Klägers bzw. Kartellopfers ist ein hinnehmbarer Preis – denn ohne ihn käme es nicht zur Durchsetzung der materiell-rechtlichen Ansprüche.¹⁵⁰⁹

1509 Dieser Ansatz wird auch in Bezug auf die europäische bzw. deutsche Ausgangslage vertreten, siehe *oben* § 11. 2. I. c.

Im 1. Prüfschritt des schweizerischen Teils wurde festgestellt, dass Kartellschadenersatz kein rein deliktsrechtlicher Anspruch, sondern ein gewichtiges Teilinstrument des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems ist (§ 6). Das primäre Ziel dieses Systems ist die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase und somit die Generalprävention. Dieses Hauptziel spiegelt sich auch im Zweckverständnis des Kartellschadenersatzes nieder, wobei ihm neben dem Ausgleichszweck auch ein Präventionszweck zugesprochen ist. Die erfolgreiche Geltendmachung von Kartellschadenersatz ist ein überindividueller Beitrag zur Durchsetzung des Kartellrechts. Wenn allerdings an einem durch das Bereicherungsverbot gedeckelten Schadensersatzanspruch festgehalten wird, die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes dem Abschreckungszweck nur gerecht, wenn die Kartellopfer identifiziert, gemessen und der Breite nach mobilisiert werden. Hierzu sind die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen und Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes im Licht des zweigliedrigen Zweckverständnisses auszugestalten und auszulegen.

Als erste Zugangsrouten wurde im 2. Prüfschritt die Beteiligung am Kartellverfahren untersucht und der Umfang der Akteneinsicht beschrieben. Zudem wurde die freie Verwertbarkeit der durch die Akteneinsicht erlangten Informationen thematisiert (§§ 13–15). Aus Sicht des Kartellopfers bietet das schweizerische Kartellverwaltungsrecht gewisse Möglichkeiten, sich an einem Verfahren zu beteiligen und so an Informationen zu gelangen. Eine Beteiligung Dritter als Verfahrenspartei ist grundsätzlich in den Konstellationen angezeigt, in denen das Kartell in einem «gewissen Bezug» zum Wettbewerbsverstoß steht. Dieser sollte für Konkurrenten, Zulieferer oder Abnehmer eher gegeben, wenn es um einen Marktmachtmissbrauch nach Art. 7 KG oder nach Art. 5 Abs. 1 geht, beanstanden. Liegt einem Verwaltungsverfahren ein *Hardcore*-Kartell zugrunde, sind die Anforderungen an die Beteiligung eines Kartellopfers als Partei hoch. In dem Fall, dass eine Teilnahme als Verfahrenspartei gelingt, stimmt deren Anspruch auf Akteneinsicht nicht mit dem Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten überein. Die Akteneinsicht der Hauptbeteiligten dient der Ausübung des rechtlichen Gehörs, wohingegen die Akteneinsicht des Dritten mit Parteistellung eine andere Zielrichtung verfolgt – der Dritte wird in seinem Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang geschützt, und aufgrund dieses Interesses ist er anzuhören.

Selbstanzeigers aufgedeckt wurde, i. d. R. mit der Sanktionierung entsprechenden Verhaltensweisen. Dritte mit Parteistellung sind diesem Verfahrensausgang grundsätzlich nicht beschwert und verfahrensförmlich nicht über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung. Dies ändert sich allerdings, wenn in einem Verfahren erachtet wird, dass kein Wettbewerbsverstoss vorliegt. Der Dritte hat dann ein schutzwürdiges Interesse daran, Einsicht in die Verfahrensakte zu erhalten, um einer möglichen Einschränkung seiner Interessen entgegenzuwirken.

Die Untersuchung der Akteneinsichtsmöglichkeiten der Verfahrensteilnehmer hat ebenfalls ergeben, dass Geschäftsgeheimnisse in Kartellverfahren zwar streng, aber nicht absolut geschützt sind. Im Einzelfall ist zu entscheiden, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör schwerwiegender ist als das Interesse am Schutz des Geschäftsgeheimnisses. Auch gegen den Informationszugang, der einen Wettbewerbsverstoss belegen, keinen Schaden durch die Rechtsordnung. Als Massstab dient der Bezug der Informationen zu einem Wettbewerbsverstoss: Je enger dieser ist, desto geringer ist das Schutzbedürfnis. Ausserdem ist der wirtschaftliche Wert der Informationen zu berücksichtigen, der mit der Zeit abnimmt.

Zudem ist zu bedenken, dass die unterschiedlichen Beteiligungsformen ein nicht zu unterschätzendes Missbrauchspotenzial bergen: Informationen werden frei zugänglich, auf die sonst kein Zugriff bestünde. Die Gefahr ist mittels einer Beschränkung der Verwendung sämtlicher durch die Akteneinsicht erlangten Verfahrensdokumente beizukommen. Dies bringt das Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und das Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung in einen überzeugenden Gegensatz. Zudem fördert dies die Parallelität zur Kommissionspraxis. Ein Hinblick auf den wirksamen Rechtsschutz ist allerdings ein absolutes Gebot der Verwendung der Selbstanzeige abzulehnen, da dies zu stossenden Ergebnissen führen kann – namentlich wenn sich nahezu sämtliche Informationen in der eigentlichen Selbstanzeige befinden. Steht und fällt die kartellzivilrechtliche Durchsetzung mit diesen Informationen, rechtfertigt es das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung nicht, die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes übermässig zu erschweren oder zu verunmöglichen. Aber selbst wenn ein absolutes Verwertungsverbot angeordnet wird, ist es nur beschränkt absolut. Das Zivilgericht kann dann dem kartellzivilrechtlichen Anspruch nach Art. 152 Abs. 2 ZPO durch Durchbruch verhelfen – was allerdings nur in Extremsituationen angeht.

werden. Zu bedauern ist, dass die noch strichterliche Rechtsprechung Wirkung nicht explizit als eigenen Zweck bewertet. Dies erscheint je unabdingbar, um eine bereits veröffentlichte Sanktionsverfügung e und mit einer höheren Detaildichte zu veröffentlichen. Denn ebenso bei der Akteneinsicht gilt, dass die Schutzwürdigkeit einer Inform mit der Zeit abnimmt, was eine erneute Veröffentlichung rechtf Auch ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die Informationen aus der S anzeige nicht veröffentlicht werden. Dieser Schutz erscheint hingegen schliesslich im Hinblick auf die eigentliche Selbstanzeige angezeigt – hingegen in Bezug auf die übrigen Selbstanzeigeinformationen wie die Beilagen zur Selbstanzeige. Ferner ist nicht zu verkennen, dass Veröffentlichung neben der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes die öffentliche Durchsetzung erleichtert. Potenziell Geschädigte kö so besser einschätzen, ob eine kartellzivilrechtliche Geltendmachu Erwägung zu ziehen ist und ob ein Zugang zu den Verfahrensdokume der Behörde überhaupt notwendig ist. In diesem Zusammenhang i beanstanden, dass die Weko keiner Veröffentlichungspflicht unter sondern hierüber fallweise entscheidet. *De lege ferenda* ist die Einfüh einer Pflicht zur Veröffentlichung sämtlicher Verfügungen in Erwä zu ziehen.

In § 17 wurde der Öffentlichkeitszugang nach dem BGÖ als dritte gangsrouten untersucht. Diese Route ist ihrer Konzeption nach vielver chend – allerdings wurde dieses Instrument bisher nur selten gen sodass der potenzielle Wert dieser Zugangsmöglichkeit schwer zu e teln ist. Dennoch hat das BGÖ das Potenzial, Kartellopferten eine wirk Zugangsmöglichkeit zu bieten, was allerdings massgeblich von der H habe der Weko abhängt. Zudem scheint ausser Zweifel zu stehen, dass Wettbewerbsbehörden dieser Beschaffungsmöglichkeit mit Skepsis b nen – als problematisch wird die freie Verwertbarkeit der Informati empfunden. Im Gegensatz zur Akteneinsicht ist eine Beschränkung Verwendung der einmal zugänglich gemachten Dokumente ausgeso sen, weil dies nicht mit dem Grundanliegen des BGÖ zu vereinbaren i

Diese Problematik ergibt sich in einem geringeren Umfang bei e auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützten Zugang (§ 18). Die Verwendung Verfahrensdokumente kann durch eine Verwendungsbeschränkung Geheimhaltungspflicht beschränkt werden, wodurch dem Interess einem wirksamen Rechtsschutz und dem Interesse an einer wirks Durchsetzung gerecht wird. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden ist

vant.

Es bleibt festzuhalten, dass die Verwendung von Dokumenten, die mittels verwaltungsrechtlicher Akteneinsicht erlangt wurden, nach aktuellem Gesetzesstand beschränkt werden kann – das Gleiche gilt für die Verwendung von Dokumenten, die durch Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 1 erlangt wurden. Diesen Beschränkungen steht allerdings immer die Verwendbarkeit nach dem BGÖ entgegen – die Verwendung eines bereits zugänglich gemachten Dokuments kann nicht eingeschränkt werden. Relativieren ist allerdings, dass dieses Ungleichgewicht erst spürbar wird, sobald das BGÖ von Kartellopfen auch wirksam zur Beweismittelbeschaffung eingesetzt wird – zurzeit zeigt sich dieser Trend nicht. Sollte sich dies allerdings ändern, würde der soeben aufgezeigte Konflikt zwischen dem kartellverwaltungsrechtlichen Zugangsregime und dem BGÖ virulent werden.

In § 19 wurde die amtshilfemässige Übermittlung von im Besitz der Weko befindlichen Verfahrensdokumenten an ein Zivilgericht – die vorgeschriebene Zugangsrouten – untersucht und aufgezeigt, wann eine amtshilfemässige Übermittlung angezeigt ist und wann die Dokumente von der Gegenpartei oder von Dritten herauszugeben sind. Die Verwendung der im Rahmen dieser Zugangsrouten übermittelten Verfahrensdokumente kann – ähnlich wie in § 13 und § 16 aufgezeigt wurde – mit einer Verwendungsbeschränkung verbunden werden. Das Gericht sollte im Einzelfall über die anzuordnenden Schutzmassnahmen entscheiden, ist allerdings von der Weko entsprechend zu instruieren. Dies ist von entscheidender Bedeutung. Hinsichtlich der Selbstanzeige, die nur dann offenzulegen ist, wenn sie für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist. Hinsichtlich wie in Bezug auf die anderen Zugangsrouten fehlt es auch hier noch an einer Gerichtspraxis, die sich vertieft mit dieser Zugangsform auseinandersetzt.

Die Untersuchung der schweizerischen Ausgangslage hat somit ergeben, dass es für Kartellopfen Möglichkeiten gibt, Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden zu erhalten. Im Gegensatz zur europäischen Ausgangslage fehlt es in der Schweiz jedoch an einer entsprechenden Praxis. Teilweise in Übereinstimmung mit und teilweise im Gegensatz zu der europäischen Ausgangslage wurde in dieser Arbeit ausgearbeitet, wie im Einzelfall dem Zweck des Kartellschadenersatzes Rechnung zu werden ist, ohne die öffentliche Durchsetzung übermässig einzuschränken. In der Praxis wird sich allerdings erst noch weisen müssen, wie die Weko auf ein allfälliges Erstarken der kartellzivilrechtlichen Durch-

sprechend genutzt werden. Bei der jeweiligen Interessenabwägung durchgehend berücksichtigt werden, dass die Geltendmachung von Kartellschadenersatz immer auch einen überindividuellen Beitrag zur kartellrechtlichen Durchsetzung leistet. Wird das öffentliche Element nicht (ausreichend) berücksichtigt, besteht die Gefahr, dass dem Zweck des Kartellschadenersatzes nicht gerecht wird. Diesbezüglich steht ausser Zweifel die Schaltstelle zwischen dem Interesse an einem wirksamen Rechtsdurchsetzung und dem Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung trägt die Verantwortung für die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes eine grosse Verantwortung und beeinflusst die Beweismittelbeschaffung der Kartellopfer wesentlich. Die in diesem Teil der Arbeit vorgeschlagenen Ansätze zeigen einen Weg auf, dieser Verantwortung ebenso wie dem zweigliedrigen Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht zu werden.

2. Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage de lege ferenda

Die soeben aufgezeigten Vorschläge sind unverbindlich, lassen den Rechtsuchenden übermässig im Ungewissen und räumen der Weko einen weiten Ermessensspielraum ein. Überzeugender erscheint es, den Zugang zu und die Verwendung von Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren im KG zu regeln. Auf diesem Weg kann der freien Verwertbarkeit der Informationen bzw. der Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren beikommen (siehe unten Art. 39a Abs. 1 E-KG) und der Selbstverwaltung sowie den Vergleichsausführungen ein hoher Schutz gewährt werden (siehe unten Art. 39a Abs. 2 E-KG). Das Sekretariat entscheidet im Einzelfall über eine allfällige Ausnahme. Ferner sollten Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren erst dem BGÖ unterliegen, sobald die verfahrensabschliessende Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten Rechtskraft erwachsen ist (siehe unten Art. 39b Abs. 1 E-KG). Ein dritter Ausschluss ist allerdings nur insofern hinnehmbar, als Dritte, insbesondere Kartellopfer, über einen eigenständigen Zugangsanspruch zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren verfügen. Der Zugang zu Dokumenten hingegen erst nach Abschluss des Verfahrens gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten gewährt werden. Diese Form des Zugangs unterscheidet sich vom Öffentlichkeitszugang nach dem BGÖ darin, dass die Dokumente ausschliesslich zur Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche verwendet werden können (siehe unten Art. 39b Abs. 2 E-KG). Das Einsichts-

heimnisse, Daten natürlicher Personen und Informationen, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich (siehe unten Art. 39b Abs. 3 E-KG). Das Sekretariat entscheidet im Einzelfall über eine allfällige Ausnahme. Eine Einsicht kann nur in Ausnahmefällen gewährt werden, nämlich wenn dies für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche unentbehrlich ist.¹⁵¹⁰

Die Verwendung der mittels Akteneinsicht erlangten Verfahrensdokumente ist auf die Einsicht nehmende Person oder auf die Person, deren Rechte eingetreten ist, zu beschränken (siehe unten Art. 39a Abs. 2 E-KG). Als Rechtsnachfolger wird insbesondere die Person qualifiziert, die die kartellrechtlichen Ansprüche erworben hat. Der Beschränkung liegt der Gedanke zugrunde, dass mit den Beweismitteln kein Handel betrieben werden soll. Die Beschränkung verhindert ebenfalls, dass das strukturelle kartellverwaltungsrechtliche Zugangsregime nicht umgangen wird, indem Informationen, die sonst nur den Verfahrensparteien zugänglich sind, an Dritte übergeben werden. Einer ähnlichen Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten bedarf es für die nach Art. 39b Abs. 2 E-KG (siehe unten) erlangten Dokumente, da auch hier die Einsicht Dritter nicht zureichend ebenso weit reicht.

Die neu aufzunehmende Regelung steht sodann in Übereinstimmung mit dem Kooperationsabkommen zwischen der Weko und der Kommission. Hiernach sind unter den Vertragsparteien ausgetauschte Informationen vor dem Zugang Dritter zu schützen. Nach Art. 9 Abs. 1 Bst. c des Kooperationsabkommens kann allerdings ein Zugang Dritter gewährt werden, wenn dies für das Recht auf Zugang zu Dokumenten unentbehrlich ist bzw. das öffentliche Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten, die in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BGÖ aufgelisteten Interessen überwiegen. In Art. 39b Abs. 2 E-KG (siehe unten) vorgesehene Ausnahme entspricht der nach dem BGÖ vorzunehmenden Einzelfallabwägung. Die Abwägung wird allerdings dahin gehend eingeschränkt, dass einzig das Interesse an der Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche zu berücksichtigen ist. Ausserdem wird dieses Interesse ausschliesslich dann als ausschlaggebend qualifiziert, wenn die Informationen für die Durchsetzung der kartellrechtlichen Ansprüche unentbehrlich sind. Das in Art. 9 Abs. 1 Bst. c des Kooperationsabkommens genannte Recht auf Zugang wird so durch

1510 Siehe zu diesen Konstellationen *oben* § 8. 4.

Ferner hat die einzuführende Regelung zu präzisieren, dass die auf Ersuchen eines Zivilgerichts Dokumente aus Kartellverwaltungsverfahren übermittelt (siehe unten Art. 39c Abs. 1 E-KG), wobei das Gericht für sorgt, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden (siehe unten Art. 39c Abs. 2 E-KG). Das Gericht entscheidet im Einzelfall über die Berücksichtigung der übermittelten Informationen, wobei die Offenlegung von Informationen aus der Selbstanzeige oder den Vergleichsausführungen die Ausnahme darstellen (siehe unten Art. 39c Abs. 3 E-KG), was wiederum in Übereinstimmung mit dem Kooperationsabkommen steht – die Ausführungen zu Art. 39c Abs. 3 E-KG gelten sinngemäss.

Eine eigenständige Regelung ist auch aus Sicht der Rechtseinheitlichkeit zu begrüssen: So verdrängt der in Art. 39b Abs. 2 E-KG aufzunehmende Informationsanspruch – als *Lex specialis* – grundsätzlich den Zugang nach Art. 39 Abs. 2 BV und – bis zur Rechtskraft der Verfügung – den Zugang nach dem BGÖ. Auch wird so ausreichend Sicherheit darüber geschaffen, dass die Dokumente der Weko an ein Zivilgericht zu übermitteln sind und dass der Schutz der entsprechenden Informationen ausfällt.

Ausserdem, und unabhängig von einem allfälligen Zugangsregime, sind die Wettbewerbsbehörden dazu zu verpflichten, sämtliche Verfügungen und Entscheidungen bzw. Entscheide zu veröffentlichen (siehe unten Art. 48 Abs. 1 E-KG).

Die vorstehenden Vorschläge könnten in Gesetzesform etwa wie folgt ausgestaltet werden:

Art. 39a E-KG
Abs. 1

Verwertung von Informationen aus Kartellverwaltungsverfahren

Informationen, die ein Verfahrensbeteiligter durch Einsicht in die Verfahrensakten erlangt hat, können durch die Person oder deren Rechtsnachfolger nach verfahrensabschliessender Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden. Informationen aus der Selbstanzeige oder den Vergleichsausführungen, Personendaten und von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen können nicht ausserhalb des Kartellverwaltungsverfahrens oder des Rechtsmittelverfahrens verwertet werden, in dem sie eingesehen wurden. Eine Ausnahme hiervon gilt, insofern die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche zu scheitern droht. Das Sekretariat entscheidet über eine solche Ausnahme.

Abs. 2

- Art. 39b E-KG* *Zugang Dritter zu Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren*
Abs. 1 Das Bundesgesetz über die Öffentlichkeit findet auf Dokumente aus Verfahren nach den Art. 26–30 KG erst Anwendung, wenn die verfahrensabschliessende Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien rechtskräftig ist.
- Abs. 2 Nicht am Verfahren beteiligte Dritte können nach verfahrensabschliessender Verfügung gegenüber sämtlichen Verfahrensparteien Einsicht in die Verfahrensakte erhalten. Die durch die Einsicht erlangten Informationen können durch die Einsicht nehmende Person oder deren Rechtsnachfolger ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.
- Abs. 3 Grundsätzlich erhalten Dritte keine Einsicht in die Selbstanzeige, in Vergleichsausführungen und in andere vertrauliche Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Personendaten oder von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche ohne diese Informationen zu scheitern droht. Das Sekretariat entscheidet über eine allfällige Ausnahme.
- Art. 39c E-KG* *Übermittlung von Verfahrensdokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren an Zivilgerichte*
Abs. 1 Auf Ersuchen eines Zivilgerichts stellen die Wettbewerbsbehörden sämtliche Informationen zur Verfügung, um die sie durch das Gericht ersucht werden. Die Pflicht umfasst als vertraulich geltende Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Personendaten, Informationen aus der Selbstanzeige und den Vergleichsausführungen sowie von einer anderen Wettbewerbsbehörde übermittelte Informationen.
- Abs. 2 Das Gericht stellt sicher, dass die Informationen ausschliesslich zu kartellrechtlichen Zwecken verwertet werden.
- Abs. 3 Das Gericht entscheidet, ob und in welcher Form den Parteien des Zivilprozesses Einsicht in die übermittelten Informationen gewährt wird. Als vertraulich geltende Informationen sind nur offenzulegen, wenn dies für die Durchsetzung der verfahrensgegenständlichen Ansprüche unentbehrlich ist.
- Art. 48 E-KG* *Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen*
Abs. 1 Die Wettbewerbsbehörden veröffentlichen sämtliche ihrer Entscheidungen.
Abs. 2 [Bleibt in seiner jetzigen Fassung.]

Teil 5. Schlussbetrachtung

§ 21. Zusammenfassung und Ausblick

Das «*private enforcement*» und das «*public enforcement*» bilden gemeinsam das Durchsetzungssystem, das den «wirksamen Wettbewerb» sicherstellen soll. Die Durchsetzungswege sind voneinander unabhängig, weisen allerdings mehrere Berührungspunkte auf und beeinflussen sich gegenseitig. Der in dieser Arbeit interessierende Berührungspunkt war der Zugang Dritter zu Verfahrensdokumenten der Kommission bzw. der Weko, um die Durchsetzung des Kartellschadenersatzanspruchs zu ermöglichen, der im ersten Teil der Arbeit dargestellt wurde (§ 1). Dieser Themenkomplex wurde anhand der folgenden Forschungsfrage untersucht: «*Wird die Ausgestaltung der Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht?*»

Die Forschungsfrage wurde anhand eines dreistufigen Prüfschemas untersucht. Der 1. Prüfschritt untersuchte den Zweck des Kartellschadenersatzes, woraufhin im 2. Prüfschritt die Zugangsrouten zu Verfahrensdokumenten der Behörden erkundet wurden. Abschliessend wurden im 3. Prüfschritt die verschiedenen Zugangsmöglichkeiten auf ihre Zweckdienlichkeit hin analysiert und jeweils Vorschläge zur Gestaltung der Rechtslage *de lege ferenda* erarbeitet.

Bevor mit der eigentlichen Prüfung begonnen wurde, setzte sich § 2 mit dem kartellrechtlichen Durchsetzungssystem und insbesondere mit dem Zweck des Kartellschadenersatzes als Untersuchungsmaassstab auseinander: Der Zweck beschreibt das oder die Durchsetzungsziel[e], das bzw. die durch ein Instrument erreicht werden soll[en]. Entspricht die tatsächliche Wirkung eines Instruments dem im Abstrakten geforderten Zweck, ist das Durchsetzungsziel erreicht.

Im zweiten Teil der Arbeit wurde der 1. Prüfschritt unternommen und der Zweck des Kartellschadenersatzes untersucht. § 3 unterteilte die kartellrechtliche Durchsetzung in drei Phasen: die *Ex-ante*-, die *Interims*- und die *Ex-post*-Phase. Sodann konnte festgestellt werden, dass den jeweiligen Durchsetzungszielen in jeder der drei Durchsetzungsphasen eine unterschiedliche Bedeutung zukommt. Zudem sind die Wechselwirkungen der Durchsetzungswege zu berücksichtigen, da die Ausgestaltung eines Durchsetzungsinstruments andere Durchsetzungsinstrumente positiv

wie negativ beeinflussen kann. So ermöglicht die verwaltungsrechtliche Durchsetzung in der *Interims*phase häufig erst die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes in der *Ex-post*-Phase. Allerdings können zu weite Zugangsmöglichkeiten die verwaltungsrechtliche Durchsetzung in der *Interims*phase beeinträchtigen. Die Aufteilung der Durchsetzung hat zudem veranschaulicht, dass die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase zu bevorzugen ist – der Konflikt zwischen den Durchsetzungswegen wird so vermieden. Dies rechtfertigt es, die Durchsetzung in der *Ex-ante*-Phase und somit die Generalprävention als Hauptziel der kartellrechtlichen Durchsetzung zu werten.

Der Kartellschadenersatz wurde sodann in § 4 und in § 5 von einer konzeptionellen bzw. einer ökonomischen Warte aus betrachtet. Von Ersterer dient der Kartellschadenersatz nicht ausschliesslich dem Schutz des jeweils geltend gemachten wirtschaftlichen Freiheitsrechts, sondern zwingt potenzielle Kartelltäter auch dazu, marktkonform zu wirtschaften, und ermöglicht so das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage in der erwünschten Form. Die Gewährung subjektiver Ansprüche dient aus dieser Sicht neben dem Ausgleich ebenso zur Verwirklichung des «wirksamen Wettbewerbs». Aus ökonomischer Sicht trägt die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes zur Generalprävention bei. Der Kartellschadenersatz erhöht die Kosten eines Wettbewerbsverstosses und saldiert den aus einem Verstoss gezogenen Nutzen. Allerdings ist eine Stärkung des «*private enforcement*» bzw. eine Mobilisierung der Kartellopfer der Breite nach hierfür unabdingbar, damit der Kartellschadenersatz wirksam zur Abschreckung beiträgt.

Diese Erkenntnisse bildeten sodann das Fundament, um den Zweck des schweizerischen und des europäischen Kartellschadenersatzes zu bestimmen. Die Regelungen zum schweizerischen Kartellschadenersatz wurden anhand einer Auswertung der Literatur analysiert, und ein vom Grossteil der Literatur abweichendes Zweckverständnis wurde definiert – der Kartellschadenersatz verfolgt neben dem Ausgleich auch einen eigenständigen Präventionszweck (§ 6). Dieser ist allerdings nicht dahin gehend zu verstehen, dass jede einzelne Schadenersatzklage spezialpräventiv zu wirken hat. Vielmehr zwingt die grosse Zahl der potenziell klagenden Kartellopfer die Unternehmen zu normkonformem Wirtschaften. Eine breite Mobilisierung der Geschädigten hat allerdings zwingend mit einer hohen Aufdeckungswahrscheinlichkeit einherzugehen, weshalb negative Auswirkungen auf das «*public enforcement*» zu vermeiden sind. Dem europäischen Kartellschadenersatz wurde sich mittels einer chronologischen Darstellung der Rechtsprechung und legislatorischer Arbeiten auf EU-Ebene genähert

und dabei ebenfalls ein zweigliedriges Zweckverständnis festgestellt (§ 7), das einem wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfer (Ausgleich) und der wirksamen Rechtsdurchsetzung (Generalprävention) dient.

Im 2. Prüfschritt sowie im dritten und vierten Teil der Arbeit wurden die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Kommission bzw. der Weko untersucht. Begonnen wurde mit den Fragen, wer zur Teilnahme am Behördenverfahren berechtigt ist, in welche Verfahrensdokumente Einsicht genommen werden kann und ob die Dokumente zur Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche verwertet werden dürfen. § 8 untersuchte das Kommissionsverfahren in der EU. Hierzu wurden die Beteiligten in zwei Gruppen aufgeteilt: Verfahrensbeteiligte mit Parteistellung und Verfahrensbeteiligte ohne Parteistellung. Die Verfahrensbeteiligten mit Parteistellung verfügen über den Anspruch auf rechtliches Gehör, aus dem sich der Anspruch auf Akteneinsicht ableitet, der grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente umfasst. Zur zweiten Gruppe zählen der Beschwerdeführer und betroffene Dritte. Sie verfügen jeweils über Teilnahme- und Anhörungsrechte, die i. d. R. äusserst beschränkt ausfallen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die an die KSRL angepasste DurchführungsVO 773/2004 unterschiedliche Möglichkeiten der Verwendung der mittels Akteneinsicht erlangten Dokumente vorsieht.

Der Kreis der am schweizerischen Kartellverwaltungsverfahren Beteiligten fällt bedeutend weiter aus. Unterschieden wird zwischen Hauptbeteiligten, Dritten mit Parteistellung, Dritten ohne Parteistellung und den übrigen Dritten (§ 13). Die Untersuchung hat ergeben, dass sich Kartellopfer wie Konkurrenten, Abnehmer oder Zulieferer am Kartellverwaltungsverfahren als Partei beteiligen dürfen. Diese Möglichkeit trifft jedoch grundsätzlich eher auf Kartellverwaltungsverfahren zu, denen eine vertikale Verhaltensweise nach Art. 5 Abs. 4 KG oder ein Marktmachtmissbrauch nach Art. 7 KG zugrunde liegen, nicht hingegen horizontale Abreden.

In § 14 wurde die Akteneinsicht der unterschiedlichen am schweizerischen Kartellverwaltungsverfahren Beteiligten untersucht. Ebenso wie innerhalb der EU verfügen die Hauptparteien über das Recht auf Akteneinsicht, das grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente umfasst. Das Akteneinsichtsrecht der Hauptparteien ist allerdings vom Einsichtsrecht der verfahrensbeteiligten Dritten mit Parteistellung zu unterscheiden. Auch wenn diese grundsätzlich ebenfalls über die vollständigen Parteirechte verfügen, kann das Akteneinsichtsrecht der Hauptparteien nicht schematisch auf das Einsichtsrecht der Dritten mit Parteistellung übertragen werden. Die Behörde verfügt hinsichtlich deren Akteneinsicht über einen beträchtlichen Ermessensspielraum. Das Ermessen hat jedoch stets zu berücksichti-

gen, dass die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche öffentlichen Interessen dient, was eine weitreichende Einsicht im Einzelfall zu rechtfertigen vermag – jedoch immer unter der Prämisse, dass vertrauliche Informationen wie beispielsweise Geschäftsgeheimnisse geschützt werden.

Die Untersuchung hat zudem ergeben, dass Geschäftsgeheimnisse nicht absolut geschützt werden, auch wenn sie i. d. R. ein sehr hohes Schutzniveau genießen. Zudem verringert sich der wirtschaftliche Wert von Informationen mit der Zeit und entfällt regelmässig nach Ablauf von fünf Jahren. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass das Interesse von Kartelltätern, eine zivilrechtliche Inanspruchnahme für von ihnen verursachte Kartellschäden zu vermeiden, nicht schutzwürdig ist. Somit sind Informationen, die in einem zu engen Bezug zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten stehen, grundsätzlich nicht schutzwürdig und nicht von der Akteneinsicht auszunehmen. Ferner hat die Untersuchung in § 14 ergeben, dass die Teilnahme- und Anhörungsrechte verfahrensbeteiligter Dritter nach Art. 43 KG stark beschränkt sind. Zudem ist keine Praxis ersichtlich, wie deren Beteiligung im Einzelfall ausfällt. Zumindest geht einer wirksamen Anhörung regelmässig eine Akteneinsicht voran. Auch diesbezüglich verfügen die Behörden über ein beträchtliches Ermessen, wobei immer das zweigliedrige Zweckverständnis des Kartellschadenersatzes zu berücksichtigen ist. Den übrigen am Kartellverwaltungsverfahren beteiligten Dritten wie etwa dem Anzeiger eines Wettbewerbsverstosses kommen keine Teilnahme- oder Anhörungsrechte zu.

In § 15 wurde die freie Verwendbarkeit der durch die Akteneinsicht erlangten Verfahrensdokumente kritisch thematisiert und gefordert, die Verwendung dieser Dokumente durch eine Verwendungsbeschränkung wie eine Geheimhaltungsverpflichtung einzuschränken. Diese Vorkehrung würde sicherstellen, dass kartellbedingte Schäden im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren geltend gemacht werden könnten, aber zugleich auch die Interessen der Kartelltäter und der Behörde angemessen berücksichtigt würden. Die Einschränkungen erfolgen in Anlehnung an die KSRL, wobei zwei Unterschiede hervorzuheben sind:

- (1) Allgemein sollte die Verwendung sämtlicher Verfahrensdokumente erst ab Verfahrensabschluss gegenüber sämtlichen am erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren Beteiligten möglich sein.
- (2) Zwar ist die Selbstanzeige ebenso wie die Kronzeugenerklärung besonders zu schützen – jedoch nicht in dem Umfang, wie es die KSRL stipuliert.

Der hier vorgeschlagene Ansatz ermöglicht in Extremsituationen eine Verwertung dieser Informationen in Kartellzivilverfahren, etwa wenn die

Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche mit den Informationen aus der eigentlichen Selbstanzeige steht und fällt.¹⁵¹¹ Diese Argumentation ist sinngemäss auf den Schutz der Vergleichsausführungen anzuwenden.

Die zweite untersuchte Zugangsrouten ist die Veröffentlichung der Beschlüsse der Kommission bzw. der Sanktionsverfügungen der Weko. In § 9 wurde die Veröffentlichungspraxis der Kommission untersucht und die Bedeutung der Veröffentlichungen für die Kartellopfer festgestellt. Als besonders zweckdienlich erscheint die Möglichkeit, einen bereits veröffentlichten Beschluss erneut und mit einer höheren Detaildichte zu veröffentlichen. In § 16 wurde die Veröffentlichungspraxis der Weko untersucht und ebenfalls das Potenzial der Veröffentlichungen für die Kartellopfer festgestellt. Trotz des expliziten Hinweises auf die EU-Praxis bekennt sich das Bundesgericht jedoch nach wie vor nicht dazu, dass die Veröffentlichungen auch der Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche dienen. Jedoch gerade diese Zweckbekundung vermag eine erneute Veröffentlichung zu rechtfertigen. Nicht zu unterschätzen sind sodann die möglichen positiven Rückwirkungen «detailschwangerer» Veröffentlichungen auf andere Zugangsrouten. Zum einen können so allfällige Zugangsgesuche präziser gestellt werden. Zum anderen kann so besser eruiert werden, ob ein zivilrechtliches Vorgehen überhaupt angezeigt ist.

Der Öffentlichkeitszugang wurde als dritte Zugangsrouten untersucht. Der Zugang zu den Verfahrensdokumenten der Kommission nach der TransparenzVO wurde in § 9 genauer betrachtet. Da die Anforderungen an den Nachweis eines öffentlichen Interesses sehr hoch und in der Praxis kaum zu erfüllen sind, nutzen Kartellopfer diese Zugangsrouten nur selten erfolgreich. Die Ausgangslage in der Schweiz, die in § 17 dargestellt wurde, unterscheidet sich von ihrem europäischen Pendant darin, dass diese Zugangsrouten bis anhin im Rahmen der kartellzivilrechtlichen Geltendmachung kaum genutzt wurde. Sollte es zu einer vermehrten Inanspruchnahme des BGÖ durch Kartellopfer kommen, zeigt die Arbeit an verschiedenen Stellen auf, wie im Einzelfall dem Rechtsschutz der Kartellopfer, aber auch dem berechtigten Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung gedient ist. Zudem wurde in § 18 der sich unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebende Akteneinsichtsanspruch untersucht. Im Vergleich zum Zugang nach dem BGÖ erscheint diese Zugangsrouten vorteilhafter. Die Einsicht kann mit einer Verwertungsbeschränkung verbunden werden, was die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche sichert, aber zugleich das «*public enforcement*» nicht über Gebühr beeinträchtigt.

1511 Siehe zu diesen Konstellationen oben § 8. 4.

Als vierte und letzte untersuchte Zugangsrouten wurde die Übermittlung von im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befindlichen Verfahrensdokumenten an ein Zivilgericht analysiert. In § 10 wurde die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den deutschen Zivilgerichten näher untersucht und aufgezeigt, dass die Zivilgerichte über ein ausreichendes Repertoire an Schutzmassnahmen verfügen, um die übermittelten Verfahrensdokumente im erforderlichen Umfang zu schützen. Nicht zu übersehen ist hingegen, dass Kartellopfere häufig bereits vor Klageerhebung über ausreichende Informationen verfügen müssen, um ihre Ansprüche gerichtlich geltend machen zu können. Eine ähnliche Einschränkung ist zudem in Bezug auf die in § 19 dargestellte amtshilfweise Übermittlung von Verfahrensdokumenten der Weko an ein Zivilgericht anzubringen. Fehlt es im vorprozessualen Stadium an entsprechenden Informationen, wird i. d. R. von einer Schadenersatzklage abgesehen, weshalb es ohne anderweitige Zugangsmöglichkeiten nur selten zu einer Übermittlung der Verfahrensdokumente kommt, was den Praxiswert dieser Zugangsrouten entsprechend einschränkt.

Die in § 11 bzw. § 20 vorgenommene Gesamtschau der Zugangsmöglichkeiten stellte den 3. Prüfschritt dar und beantwortete die Forschungsfrage. Für die Möglichkeiten des Zugangs zu den Verfahrensdokumenten der Kommission fällt die Antwort auf die Forschungsfrage enttäuschend aus – die derzeitige Auslegung und Handhabung der Zugangsmodalitäten werden dem Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes nicht gerecht. Ein anderes Bild ergibt die Gesamtschau der Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko. Die dargestellten Zugangsmöglichkeiten können dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht werden – die entsprechenden Normen räumen den Behörden den erforderlichen Ermessensspielraum ein, um im Einzelfall den relevanten Interessen des Durchsetzungssystems gerecht zu werden. Es wird sich allerdings erst noch weisen müssen, inwiefern die Behörde ihren Ermessensspielraum nutzt, um das Kartellzivilrecht im Nachgang zu ihren Verfahren zu ermöglichen.

Die Untersuchung belässt es hingegen nicht bei diesen Feststellungen, sondern zeigt zudem Vorschläge auf, um das aktuelle Regime des Zugangs und der Verwendung von Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren neu zu gliedern und zu vereinheitlichen. Diese Anpassungen werden dem zweigleisigen Zweck des Kartellschadenersatzes, aber ebenso dem Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung eher gerecht.

Einer gesonderten Hervorhebung bedarf der Schutz der Dokumente der «schwarzen Kategorie», Kronzeugenerklärungen und Selbstanzeige ebenso wie Vergleichsausführungen. Im Kommissionsverfahren in der

EU ebenso wie im erstinstanzlichen Kartellverwaltungsverfahren in der Schweiz genießt dieser Dokumententyp einen hohen Schutz. So werden diese Dokumente nicht an andere Verfahrensparteien herausgegeben und gelangen i. d. R. überhaupt nicht in den Besitz der Kartelloper. Sollte dies dennoch geschehen, sind die Kronzeugenerklärungen ebenso wie die Selbstanzeige vor einer Verwendung in Kartellzivilverfahren besonders zu schützen. Allerdings ist nach dem in dieser Arbeit vertretenen Ansatz und entgegen dem in Art. 6 Abs. 6 Bst. a und Bst. b KSRL vorgesehenen absoluten Schutz im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung das Interesse des Kartellopers an einem wirksamen Rechtsschutz überwiegt. Dieser Lösungsansatz verspricht in Situationen, in denen die Durchsetzung mit dem Zugang zur Kronzeugenerklärung bzw. Selbstanzeige steht und fällt, befriedigendere Lösungen. Der Ansatz entspricht sodann auch den an JOHN LOCKE angelehnten staatsrechtlichen Schranken, nach denen das Rechtssystem zu garantieren hat, dass die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche nicht übermäßig erschwert oder sogar verhindert wird.¹⁵¹² Die Wettbewerbsbehörde vermag so ihrer Verantwortung gerecht zu werden, die ihr als Schaltstelle zwischen dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz und dem Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung obliegt.

1512 Siehe zu den hier angesprochenen staatsrechtlichen Schranken, *oben* § 1.

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden, wo nichts anderes vermerkt ist, mit Nachnamen der Autorinnen und Autoren sowie mit Seitenzahl, Randnote, Randnr. o. ä. zitiert.

- ABRANTES-METZ ROSA M./METZ ALBERT D., The Future of Cartel Deterrence and Detection, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2019, S. 12 ff. (zit.: ABRANTES-METZ/METZ, Future)
- ASHTON DAVID, *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 2. Aufl., Cheltenham 2018 (zit.: ASHTON, Competition)
- ALBERS MICHAEL, Aktuelle Entwicklungen in der Praxis des Anhörungsbeauftragten, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, Referate des 39. FIW-Seminars*, FIW (Hrsg.), Köln 2012, S. 35 ff. (zit.: ALBERS, Anhörungsbeauftragter)
- ALLAIN MARIE-LAURE/BOYER MARCEL/KOTCHONI RACHIDI/PONSSARD JEAN PIERRE, Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from the European Union, *IRLE*, vol. 42, Juni 2015, S. 38 ff. (zit.: ALLAIN/BOYER/KOTCHONI/PONSSARD, Cartel fines)
- Alvarez Cipriano (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO*, Bern 2012 (zit.: BK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- American Antitrust Institute, *The Vital Role Of Private Antitrust Enforcement In The U. S., Commentary On The 2019 Antitrust Annual Report: Class Action Filings In Federal Court*, 21. September 2020 (<https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2020/09/AAI-Commentary-on-2019-Annual-report.pdf>) (zit.: AAI, Vital role)
- AMMANN RETO/LANG RENATE, Öffentlichkeit und Datenschutz, in: *Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Beraten in der Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Basel 2015, S. 903 ff. (zit.: AMMANN/LANG, Öffentlichkeit)
- Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010 (zit.: BSK KG-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: *Stoffel Walter/Zäch Roger (Hrsg.), Die Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen*, Zürich 2004, S. 70 ff. (zit.: AMSTUTZ/REINERT, Preis- und Gebietsabreden)
- ANDERSSON HELENE, The Quest for Evidence – Still an Uphill Battle for Cartel Victims? in: *Strand Magnus/Bastidas Venegas Vladimir/Iacovides Marios C. (Hrsg.), EU Competition Litigation, Transposition and First Experiences of the New Regime*, Oxford 2019, S. 133 ff. (zit.: ANDERSSON, Quest)

- Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Auer/Müller/Schindler (VwVG), Art. XX N YY)
- BACH ALBRECHT/WOLF CHRISTOPH, Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht – Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung, NZKart 2017, S. 285 ff. (zit.: BACH/WOLF, Instrumente)
- BADTKE FABIAN/LANG JAN MORITZ, Aktuelle Entwicklungen beim Akteneinsichtsrecht in Wettbewerbsverfahren, WuW 2016, S. 276 ff. (zit.: BADTKE/LANG, Entwicklungen)
- Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Baeriswyl/Pärli (DSG), Art. XX N YY)
- Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich, IDG, Zürich 2012 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Baeriswyl/Rudin, IDG ZH, § XX N YY)
- BAINBRIDGE TOM, The EC Leniency Programme – Hamstrung by Private Litigation?, CLI, vol. 17(16), S. 1 ff. (zit.: BAINBRIDGE, EC Leniency)
- Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz (KG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit.: SHK KG-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010 (zit.: SHK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- BAKER DONALD, Revisiting History – What Have We Learned about Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend to Others?, Loy. Consum. L. Rev., vol. 16(4), 2004, S. 379 ff. (zit.: BAKER, Revisiting)
- BALASINGHAM BASKARAN, 15 Years after Courage v Crehan: The Right to Damages under EU Competition Law, CoRe, vol. 1 (1), 2017, S. 11 ff. (zit.: BALASINGHAM, 15 Years)
- BALDI MARINO, Nach dem GABA-Urteil zur Erheblichkeit von Wettbewerbsabreden, Folgen des Bundesgerichtsurteils und erforderliche Umsetzungsmassnahmen, AJP 2017, S. 613 ff. (zit.: BALDI, GABA-Urteil)
- BALDI MARINO, Für eine „informierte“ Wettbewerbspolitik, AJP 2012, S. 1183 ff. (zit.: BALDI, Wettbewerbspolitik)
- BANGERTER SIMON, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht unter vergleichender Berücksichtigung der StPO, Zürich 2014 (zit.: BANGERTER, Hausdurchsuchungen)
- BARKER KIT, Modelling Public and Private Enforcement: The Rationality of Hybridity, U. Queensland L. J., vol. 37 (1), 2018, S. 9 ff. (zit.: BARKER, Modelling)
- BASEDOW JÜRGEN, Die kartellrechtliche Schadenersatzhaftung und der Wettbewerb der Justizstandorte, BJM 2016, S. 217 ff. (zit.: BASEDOW, BJM 2016)
- BASEDOW JÜRGEN, Das Kartelldeliktsrecht und der «More Economic Approach», EuZW 2006, S. 97 ff. (zit.: BASEDOW, Kartelldeliktsrecht)
- BAUDENBACHER CARL, Judicial Independence: Memoirs of a European Judge, Cham 2019 (zit.: BAUDENBACHER, Independence)

- Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel 2001 (zit.: Baudenbacher–BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- BECHTOLD RAINER/BOSCH WOLFGANG/BRINKER INGO, *EU-Kartellrecht, Kommentar*, 3. Aufl., München 2014 (zit.: BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, EU-Kartellrecht)
- BECKER BJÖRN CHRISTIAN, *Privater Schadensersatz trotz Zusagenentscheidung? Die Bedeutung von Zusagenentscheidungen für das private enforcement und die Abschreckungswirkung des deutschen und europäischen Kartellrechts unter besonderer Berücksichtigung der 9. GWB-Novelle*, Baden-Baden 2018 (zit.: BECKER, Schadensersatz)
- BECKER GARY, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *J. Pol. Econ.*, vol. 76(2), 1968, S. 169 ff. (zit.: BECKER, Crime and punishment)
- BECKER GARY/STIGLER GEORGE J., *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, *JLS*, vol. 3 (1), 1974, S. 1 ff. (zit.: BECKER/STIGLER, Law enforcement)
- Bellamy & Child, Rose Vivien/Bailey David (Hrsg.), *European Union Law of Competition*, 8. Aufl., Oxford 2018 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Bellamy & Child)
- Belser Eva M./Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern 2011 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § XX N YY)
- Benkard, Georg (Begr.), *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Kommentar*, 11. Aufl., München 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, Benkard, § XX N YY)
- BERGMANN HOWARD/SOKOL DANIEL D., *The Air Cargo – Lessons for Compliance*, in: Beaton-Wells Caron/Tran Christopher (Hrsg.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, *Leniency Religion*, Oxford 2015, S. 301 ff. (zit.: BERGMANN/SOKOL, Air)
- BEUMER ELISBETH/KARPETAS AGIS, *The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?*, *ECJ*, vol. 8 (1), 2012, S. 123 ff. (zit.: BEUMER/KARPETAS, Disclosure)
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: BIAGGINI, Art. XX N YY BV)
- BIEN FLORIAN, *Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen* (Gastkommentar), *EuZW* 2011, S. 889 ff. (zit.: BIEN, Überlegungen)
- BILGER STEFAN, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Freiburg i. Üe. 2002 (zit.: BILGER, Verwaltungsverfahren)
- BINDER ANJA M., *Expertenwissen und Verfahrensgarantien: Dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene*, Zürich 2016 (zit.: BINDER, Expertenwissen)
- BLOME MAX-NIKLAS/FRITZSCHE ALEXANDER, *Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadenersatzprozess*, *NZKart* 2019, S. 247 ff. (zit.: BLOME/FRITZSCHE, Geschäftsgeheimnisse)

- BÖGE ULF, Private Enforcement of EC Competition Law: Leniency Programs and the Private Enforcement of European Competition Law, in: Basedow Jürgen (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, S. 217 ff. (zit.: BÖGE, Enforcement)
- BÖGE ULF/OST KONRAD, Up and running, or is it?, Private enforcement – The Situation in Germany and policy perspectives, ECLR 2006, S. 197 ff. (zit.: BÖGE/OST, Up and running)
- BOLLER MARCEL/HUNKEMÖLLER PIA, Zugangsrechte zu amtlichen Dokumenten, *AJP* 2020, S. 771 ff. (zit.: BOLLER/HUNKEMÖLLER, Zugangsrechte)
- BÖNI FRANZ, Wechselwirkung von verwaltungsrechtlicher und zivilrechtlicher Durchsetzung, in: Jusletter vom 12. August 2013 (zit.: BÖNI, Wechselwirkung)
- BÖNI FRANZ, Kartellrecht in der (Finanz- und Wirtschafts-) Krise – Plädoyer für die Lösung selbst auferlegter Fesseln, sic! 2010, S. 239 ff. (zit.: BÖNI, Kartellrecht)
- BORENS PHILIPPE, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Basel/Genf/München 2000 (zit.: BORENS, Rechtsstellung)
- BORER JÜRIG, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Forstmoser Peter/von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 217 ff. (zit.: BORER, Schnittstellen)
- BORER JÜRIG, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit.: BORER, Kartellgesetz, Art. XX KG N YY)
- BORK ROBERT H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978 (zit.: BORK, Antitrust)
- Bornkamm Joachim/Montag Frank/Säcker Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoEUWettBR, VO 1/2003 Art. XX N YY)
- Bornkamm Joachim/Montag Frank/Säcker Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1–96, 130, 131, 2. Aufl., München 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, Bornkamm et al. (Hrsg.)–MüKoGWB, § XX N YY)
- Busche Jan/Röhling Andreas (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 4, VO Nr. 1/2003, Köln 2013 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Busche/Röhling, KöKom Band 4, VO 1/2003, Art. XX N YY)
- BREALEY MARK/GEORGE KYLA, Competition Litigation, UK Practice and Procedure, 2. Aufl., Oxford 2019 (zit.: BREALEY/GEORGE, Competition Litigation)
- BREIT WILLIAM/ELZINGA KENNETH G., Private Antitrust Enforcement: The New Learning, *J. L. & Econ.*, vol. 28(2), 1985, S. 405 ff. (zit.: BREIT/ELZINGA, Private antitrust)

- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Amts- und Rechtshilfe ist nicht gleich Amts- und Rechtshilfe, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 1063 ff. (zit.: BREITENMOSER/WEYENETH, *Amts- und Rechtshilfe*)
- BREITENMOSER STEPHAN/WALDER SALAMIN K., Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes*, Freiburg 2014, S. 25 ff. (zit.: BREITENMOSER/WALDER, *Verfahrensrechtliche Fragen*)
- BREMER FRANK, Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, *Entwicklungslinien der schweizerischen Kartellgesetzgebung*, Bern 2015 (zit.: BREMER, *Strafsanktionen*)
- BREMER FRANK/STEBLER DÉsirÉE, Der Verfügungsantrag im Kartellverwaltungsverfahren: Die Schranken der Informationstätigkeit der Wettbewerbsbehörden, *sic!* 2017, S. 345 ff. (zit.: BREMER/STEBLER, *Verfügungsantrag*)
- BRÖMMELMEYER CHRISTOPH, Die Ermittlung des Kartellschadens nach der Richtlinie 2014/104/EU, *NZKart* 2016, S. 2 ff. (zit.: BRÖMMELMEYER, *Ermittlung*)
- DE BRONETT GEORG-KLAUS, *Europäisches Kartellverfahrensrecht, Kommentar zur VO 1/2003, 2. Aufl.*, Köln 2011 (zit.: DE BRONETT, *Kartellverfahrensrecht*)
- BROOS SÉBASTIEN/GAUTIER AXEL/MARCOS RAMOS JORGE/PETIT NICOLAS, Analyse Statistique des Affaires d'Ententes dans l'UE (2004-2014), *Revue Économique*, vol. 67 (1), 2016, S. 79 ff. (zit.: BROOS/GAUTIER/MARCO RAMOS/PETIT, *Analyse*)
- BRÜGGEMEIER GERT, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg 2006 (zit.: BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*)
- BRUNNER STEPHAN C./FLÜCKIGER ALEXANDRE, Nochmals: der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, Replik zum Beitrag von Marc-Frédéric Schäfer in *Jusletter* vom 6. September 2010, in: *Jusletter* vom 4. Oktober 2010 (zit.: BRUNNER/FLÜCKIGER, *Zugang*)
- BRUNNER STEPHAN C., Öffentlichkeit und Datenschutz im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren: Eine Übersicht, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zürich 2008, S. 137 ff. (zit.: BRUNNER, *Öffentlichkeit*)
- Brunner Stephan C./Mader Luzius (Hrsg.), *Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004*, Bern 2008 (zit.: SHK BGÖ-BEARBEITER/IN, *Art. XX N YY*)
- BRUNNER STEPHAN C., Vom Öffentlichkeitsprinzip zur transparenten Verwaltung, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, S. 75 ff. (zit.: BRUNNER, *Öffentlichkeitsprinzip*)
- Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), *EUV/AEU, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl.*, München 2016 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Calliess/Ruffert (*EUV/AEU*), *Art. XX N YY*)

- CALVANI TERRY/KAETHE CARL M., The Competition Act 2002, Ten years later: Lessons from the Irish experience of prosecuting cartels as criminal offences, *J. Antitrust Enforc.*, 2013, vol. 1(2), S. 296 ff. (zit.: CALVANI/KAETHE, Competition act)
- CANDRIAN JÉRÔME, Die Optik eines Richters: Zum Öffentlichkeitsprinzip im Allgemeinen, zu den Grundsätzen des BGÖ und zu Parallelen zum ÖffG-SG, (https://st-galler-juristenverein.ch/index_html_files/2017-04-26%20Oeffentlichkeitsprinzip%20Vortrag%20Candrian.pdf) (zit.: CANDRIAN, Öffentlichkeitsprinzip)
- CARLTON ROD/LAWRENCE JON/MCELWEE MARTIN, Confidentiality and Disclosure in European Commission Antitrust Proceedings – the Case for Clarity, *Eur. Compet. J.*, vol. 4(2), 2008, S. 401 ff. (zit.: CARLTON/LAWRENCE/MCELWEE, Confidentiality)
- CAUFFMAN CAROLINE, The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages, *C. L. J.*, 2011 vol. 7(2), S. 181 ff. (CAUFFMAN, Interaction)
- CDC, Comments on the European Commission's White Paper on Damages actions for breach of EC antitrust rules published on 2. April 2008 (https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cdc_en.pdf) (zit.: CDC, Positionspapier)
- CHAPPUIS BENOÎT, La responsabilité civile de l'entreprise, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (Hrsg.), *Responsabilité civile – Responsabilité Pénale*, Genf/Zürich 2015, S. 73 ff. (zit.: CHAPPUIS, Responsabilité)
- CHIRITA ANCA D., The Disclosure of Evidence Under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU, in: Tomljenović Vesna/Bodiroga-Vukobrat Nada/Butorac Vlatka Malna/Kunda Ivana (Hrsg.), *EU Competition and State Aid Rules – Public and Private Enforcement*, Berlin/Heidelberg 2017 (zit.: CHIRITA, Disclosure)
- CLASSEN ULRICH/SEEGERS MARTIN, The State of Private Enforcement of Competition Law: A Practitioner's Perspective, in: Strand Magnus/Bastidas Venegas Vladimir/Iacovides Marios C. (Hrsg.), *EU Competition Litigation, Transposition and First Experiences of the New Regime*, Oxford 2019, S. 19 ff. (zit.: CLASSEN/SEEGERS, State of Enforcement)
- COLLINS WAYNE D./SUNSHINE STEVEN C., Is Private Enforcement Effective Antitrust Policy?, in: Slot Piet Jan/McDonnell Alison (Hrsg.), *Procedure and enforcement in E. C. and U. S. competition law*, London 1993 (zit.: COLLINS/SUNSHINE, Enforcement)
- CONNOLLY ROBERT, Cartels and Leniency Applications in the ASEAN Countries, *CartelCapers*, (<http://cartelcapers.com/blog/guest-post-cartels-and-leniency-applications-in-the-asean-countries>), 2015, (zit.: CONNOLLY, Cartels)
- CONNOR JOHN M., Optimal Deterrence and Private International Cartels (<http://cite.seerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.489.4129&rep=rep1&type=pdf>), 2008, (zit.: CONNOR, Optimal Deterrence)
- CONNOR JOHN M./LANDE ROBERT H., Not Treble Damages: Cartel Recoveries Are Mostly Less Than Single Damages, *Iowa L. Rev.*, vol. 100(5), 2015, S. 1997 ff. (zit.: CONNOR/LANDE, Not treble damages)

- CONNOR JOHN M./LANDE ROBERT H., Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays, *Cardozo L. Rev.*, vol. 34(2), 2012, S. 427 ff. (zit.: CONNOR/LANDE, Business Strategy)
- Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bd. XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Bundesverwaltungsrecht)
- CRAIG PAUL, Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law, *Oxf. J. Leg. Stud.*, vol. 12(4), 1992, S. 453 ff. (zit.: CRAIG, West)
- CRANE DANIEL A., Why Leniency does not undermine Compensation, in: Beaton-Wells Caron/Tran Christopher (Hrsg.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, Leniency Religion*, Oxford 2015, S. 263 ff. (zit.: CRANE, Why Leniency)
- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 5 Aufl., Bern 2012 (zit.: DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht)
- DAVIS JOSHUA P./LANDE ROBERT H., Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement, *GA. L. Rev.*, vol. 48 (1), 2013 (zit.: DAVIS/LANDE, Defying)
- DAWIRS GORDON, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen im Private Enforcement unter der Kartellschadenersatzrichtlinie 2014/104/EU, Baden-Baden 2017 (zit.: DAWIRS, Zugriff)
- DEICHFUSS HERMANN, Rechtsdurchsetzung unter Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen, *GRUR* 2015, S. 436 ff. (zit.: DEICHFUSS, Rechtsdurchsetzung)
- DENOTH SERAINA, *Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht*, Zürich/St. Gallen 2012 (zit.: DENOTH, Kronzeugenregelung)
- DEUTSCH ERWIN, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., Köln 1996 (zit.: DEUTSCH, Haftungsrecht)
- DEUTSCH ERWIN, Die Zwecke des Haftungsrechts, *JZ* 1971, S. 244 ff. (zit.: DEUTSCH, Zwecke)
- DOHERTY BARRY/FITZPATRICK ANNE, Courage to Change? The Rocky road to Directive 2014/104/EU and the Future of Private Competition Law Enforcement in Ireland, *IJEL*, vol. 18(2), 2015, S. 15 ff. (zit.: DOHERTY/FITZPATRICK, Courage)
- DOMJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), *Haftpflichtprozess*, Zürich 2014, S. 69 ff. (zit.: DOMJ, Hoffnung)
- DOSS ANDREA C., *Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2009 (zit.: Doss, Vertikalabreden)
- DREXL JOSEF, The Interaction of Private and Public Enforcement of EU Competition Law, in: Micklitz Hans/Wechsler Andrea (Hrsg.), *The Transformation of Enforcement, European Economic Law in Global Perspective*, Oxford/Portland (US) 2016, S. 135 ff. (zit.: DREXL, Interaction)
- DROESE LORENZ, *Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen*, Zürich 2008 (zit.: DROESE, Akteneinsicht)

- DROLSHAMMER JENS I., Wettbewerbsrecht, Competition Law, Droit de la Concurrency: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1997 (zit.: DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht)
- DUCCI FRANCESCO, Cartel Criminalization in Europe: Addressing Deterrence and Institutional Challenges, *J. Transnat'l L. & Pol'y*, vol. 51 (1), S. 1 ff. (zit.: DUCCI, Cartel)
- DUCREY PATRIK, The Agreement between Switzerland and the EU Concerning Cooperation in the Application of their Competition Laws, *JECLAP*, 2013, S. 437 ff. (zit.: DUCREY, Agreement)
- DUCREY PATRIK, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, *sic!* 1998, S. 281 ff. (zit.: DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen)
- DUCREY PATRIK/MARTENET VINCENT, Enjeux procéduraux, in: Amstutz Marc/Stoffel Walter A./Ducrey Patrick (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel*, Zürich 2009, S. 69 ff. (zit.: DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux)
- DUNNE NIAMH, The Role of Private Enforcement within EU Competition Law, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 36/2014 (<https://ssrn.com/abstract=2457838>), 2014 (zit.: DUNNE, Role)
- EASTERBROOK FRANK H., Detrebling Antitrust Damages, *J. L. & Econ.*, vol. 28(2), 1985, S. 445 ff. (zit.: EASTERBROOK, Detrebling)
- EASTERBROOK FRANK H./FISCHEL DANIEL R., Antitrust Suits by Targets of Tender Offers, *Mich. L. Rev.*, vol. 80(6), S. 1155 ff. (zit.: EASTERBROOK/FISCHEL, Antitrust Suits)
- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, Zürich 2014 (zit.: SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- EILMANSBERGER THOMAS, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private enforcement through Legislative Action, *CMLR*, vol. 44(2), 2007, S. 431 ff. (zit.: EILMANSBERGER, Green Paper)
- ELZINGA KENNETH G./BREIT WILLIAM, *The Antitrust Penalties – A Study in Law and Economics*, Yale (USA) 1976 (zit.: ELZINGA/BREIT, Antitrust Penalties)
- ETIER GUILLAUME/STRÄULI BERNHARD, Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), *Responsabilité civile – Responsabilité Pénale*, Zürich 2015, S. 11 ff. (zit.: ETIER/STRÄULI, Grandes notions)
- EZRACHI ARIEL, From *Courage v Crehan* to the White Paper, in: Mackenrodt Mark-Oliver/Conde Gallego Beatriz/Enchelmaier Stefan (Hrsg.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, München 2008, S. 117 ff. (zit.: EZRACHI, *Courage v Crehan*)
- FARMER SUSAN B., More lessons from the laboratories: Cy pres distributions in *parens patriae* antitrust actions brought by state Attorneys General, *Fordham L. Rev.*, vol. 68(2), 1999, S. 361 ff. (zit.: FARMER, Cy pres distributions)

- Faull Jonathan/Nikpay Ali (Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl., Oxford 2014 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Faull & Nikpay)
- FELLMANN WALTER, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, *SJZ* 1995, S. 41 ff. (zit.: FELLMANN, Selbstverantwortung)
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Die Freiheit und ihr Paradox: Über Irrtümer unserer Zeit, Frankfurt am Main 1997 (zit.: FIKENTSCHER, Freiheit)
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/JUNOD VALÉRIE, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH – Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, in: Jusletter vom 27. Februar 2017 (zit.: FLÜCKIGER/JUNOD, Reconnaissance)
- FORRESTER IAN S., The role of the CJEU in interpreting Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions, *ERA Forum*, vol. 18 (1), S. 67 ff., Trier 2017 (zit.: FORRESTER, Role of the CJEU)
- FORRESTER IAN S./BERGHE PASCAL, Leniency: The Poisoned Chalice or the Pot at the End of the Rainbow?, in: Beaton-Wells Caron/Tran Christopher (Hrsg.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age*, Leniency Religion, Oxford 2015, S. 159 ff. (zit.: FORRESTER/BERGHE, Chalice)
- FRANK JENS-UWE, Striking a Balance of Power Between the Court of Justice and the EU Legislature: The Law on Competition Damages Actions as a Paradigm, *ELR* 2018, S. 837 ff. (zit.: FRANK, Striking)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit.: FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZH-ZPO § XX N YY)
- FRANKLIN CHRISTIAN N./FREDRIKSEN HALVARD H./BARLUND INGRID M., Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law: National Report for Norway, Bergen 2016 (zit.: FRANKLIN/FREDRIKSEN/BARLUND, Enforcement)
- FRENZ WALTER, Dokumentenzugang vs. Kronzeugenregelung, *EuZW* 2013, S. 778 ff. (zit.: FRENZ, Dokumentenzugang)
- FREUND BENEDIKT, Heralds of Change: In the Aftermath of Skanska (C-724/17) and Sumal (C-882/19), *IIC*, S. 246 ff. (zit.: FREUND, Heralds of Change)
- FREUND BENEDIKT, Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law, *GRUR International* 2021, S. 731 ff. (zit.: FREUND, Reshaping)
- FREUND BENEDIKT, Compensation for Remote Economic Losses Caused by Infringements of Art. 101 TFEU – Otis and Others v Land Oberösterreich and Others (C-435/18), *GRUR International* 2020, S. 496 ff. (zit.: FREUND, Compensation)
- FREUND BENEDIKT, Zur Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an nationale Gerichte – Anmerkungen zum Mitteilungsentwurf über den Schutz vertraulicher Informationen, *GRUR Int.* 2019, S. 1161 ff. (zit.: FREUND, Übermittlung)

- FREUND BENEDIKT, Munich trucks cartel: Validity of claims vehicle mulled in giant damages action, PaRR, 25. Oktober 2019 (<https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-2925650>, kostenpflichtiger Zugang) (zit.: FREUND, Munich trucks cartel)
- Fuchs Andreas/Weitbrecht Andreas (Hrsg.), Handbuch Private Kartelldurchsetzung, München 2019, (zit.: Fuchs/Weitbrecht/BEARBEITER/IN, Private Kartellrechtsdurchsetzung §XX N YY)
- GALLE RENÉ/POPOT-MÜLLER FRIEDERIKE, Sanktionen bei Vereitelung der Herausgabepflicht nach § 33 g GWB, NZKart 2019, S. 317 ff. (zit.: GALLE/POPOT-MÜLLER, Sanktionen)
- GAVIL ANDREW I., Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantages of a Sequential Approach, in: Lowe Philip/Marquis Mel (Hrsg.), European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies, London 2014, S. 3 ff. (zit.: GAVIL, Designing)
- Geiser Thomas/Krauskopf Patrick/Münch Peter (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Basel 2005 (zit.: BEARBEITER/IN-Wettbewerbsrecht G/K/M, § XX N YY)
- GILIKER PAULA, What Do We Mean By EU Tort Law?, in: Giliker Paula (Hrsg.), Research Handbook on EU Tort Law, Cheltenham 2017, S. 1 ff. (zit.: GILIKER, EU Tort Law)
- GIRARD ALAIN, L'enquête préalable en droit de la concurrence, Zürich 2018 (zit.: GIRARD, Enquête)
- GÖRTZ CHRISTIAN, Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2007 Berlin (zit.: GÖRTZ, Private Durchsetzung)
- GÖKSU TARKAN, Urkundenedition nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2011, S. 91 ff. (zit.: Göksu, Urkundenedition)
- Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Sonderausgabe, EU-Kartellverhaltensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003, Nach Art. 83 EGV, München 2005 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Grabitz/Hilf, EU-Kartellverhaltensverordnung, Art. XX N YY)
- Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Griffel (VRG), § XX N YY)
- GRONER ROGER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011 (zit.: GRONER, Beweisrecht)
- GROSSOT XAVIER/PIERCE JUSTIN, Transparency and Liability in Leniency Programmes: A Question of Balancing?, in: Bergström Maria/Iacovides Marinos/Strand Magnus (Hrsg.), Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond, Oxford 2016, S. 165 ff. (zit.: GROSSOT/PIERCE, Transparency)
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (zit.: GULDENER, aZPO)

- GUTTUSO LAURA, Leniency and the Two Faces of Janus: Where Public and Private Enforcement Merge and Converge, in: Beaton-Wells Caron/Tran Christopher (Hrsg.), *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, Leniency Religion*, Oxford 2015, S. 273 ff. (zit.: GUTTUSO, Leniency)
- HAAS MATTHIAS, *Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse*, Frankfurt am Main 1991 (zit.: HAAS, Haftungsfreizeichnungsklauseln)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich 2016 (zit.: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht)
- HÄNER ISABELLE, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich 2010, S. 19 ff. (zit.: HÄNER, Mindestgarantien)
- HÄNER ISABELLE, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuere Entwicklungen, ZBl 2003, S. 281 ff. (zit.: HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip II)
- HÄNER ISABELLE, Die Funktion des Öffentlichkeitsprinzip, Überlegungen zum Wesen des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung, digma 2004, S. 146 ff. (zit.: HÄNER, Öffentlichkeitsprinzip I)
- HANGARTNER YVO, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, S. 43 ff. (zit.: HANGARTNER, Verhältnis)
- HÄNNI PETER, Das Verhältnis zwischen allgemeiner Verfahrensordnung und spezifischen Regeln: Fragen aus der Praxis zum öffentlichen Kartellverfahrensrecht, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, S. 609 ff., Zürich 2008 (zit.: HÄNNI, Verhältnis)
- HARDING CHRISTOPHER/JOSHUA JULIAN, *Regulating Cartels in Europe*, 2. Aufl., New York 2010 (zit.: HARDING/JOSHUA, Regulating)
- HAUSER WILLY/HAUSER ROBERT, *Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 mit den seitherigen Änderungen*, 3. Aufl., Zürich 1978 (zit.: HAUSER/HAUSER, Gerichtsverfassungsgesetz)
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD, *Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) vom 13. Juni 1976 mit den seitherigen Änderungen*, Zürich 2002 (zit.: HAUSER/SCHWERI, GVG, § XX N YY)
- HÄUSERMANN DANIEL M., *Vertraulichkeit als Schranke von Informationsansprüchen*, Zürich 2009 (zit.: HÄUSERMANN, Vertraulichkeit)
- HÄUSLER MARC/FERRARI-VISCA RETO, Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren, in: Jusletter 8. August 2011 (zit.: HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Akteneinsicht)
- HEINE GÜNTER, *Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz*, ZStrR 2007, S. 105 ff. (zit.: HEINE, Quasi-Strafrecht)

- HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT, Kartellrechtsrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung von natürlichen Personen und Unternehmen, Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 20, Bern 2011 (zit.: HEINE/ROTH, Kartellrechtsrevision)
- HEINEMANN ANDREAS, Recht, Ökonomie und Realität, in: Waldburger Robert/Sester Peter/Baer Charlotte M. (Hrsg.), *Law & Economics – Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Bern 2015, S. 21 ff. (zit.: HEINEMANN, Ökonomie)
- HEINEMANN ANDREAS, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht – Droit de la concurrence: Les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés*, Bern 2015, S. 49 ff. (zit.: HEINEMANN, Konzerne als Adressaten)
- HEINEMANN ANDREAS, Behavioural Antitrust – «A More Realistic Approach» to Competition Law, in: Kleis Mathis (Hrsg.), *Cham 2015*, S. 211 ff. (zit.: HEINEMANN, Behavioural Antitrust)
- HEINEMANN ANDREAS, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in: Sethe Rolf/Isler Peter R. (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII.*, 2014 Zürich, S. 135 ff. (zit.: HEINEMANN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit)
- HEINEMANN ANDREAS, Kartellzivilrecht, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann Andreas (Hrsg.), *Revision des Kartellgesetzes: Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 137 ff. (zit.: HEINEMANN, Kartellzivilrecht)
- HEINEMANN ANDREAS, The Setting of Fines: Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Current Developments in European and International Competition Law – 17th St. Gallen International Competition Law Forum*, Basel 2011, S. 139 ff. (zit.: HEINEMANN, Setting of fines)
- HEINEMANN ANDREAS, Private Enforcement in Europe, in: Zäch Roger/Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas (Hrsg.), *The Development of Competition Law – Global Perspectives*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2010, S. 300 ff. (zit.: HEINEMANN, Private Enforcement)
- HEINEMANN ANDREAS, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, in: *Jusletter vom 21. Juni 2010* (zit.: HEINEMANN, Sanktionen)
- HEINEMANN ANDREAS, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts: Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Strukturberichterstattung Nr. 44/4 (Evaluation Kartellgesetz), Bern 2009 (zit.: HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung)
- HEINEMANN ANDREAS, Consommation et concurrence – Améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels, in: Paisant Gilles/Morin Ariane/Heinemann Andreas/Langer Dirk/Vigneron-Maggio-Aprile Sandra (Hrsg.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, S. 45 ff. (zit.: HEINEMANN, Consommation et concurrence)

- HEINEMANN ANDREAS, Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, in: Epiney Astrid/Haag Marcel/Heinemann Andreas (Hrsg.), Die Herausforderung von Grenzen/Le Défi des frontières/Challenging Boundaries – Festschrift für Roland Bieber/Mélanges en l'honneur de Roland Biber/Essays in Honor of Roland Biber, Baden-Baden 2007, S. 681 ff. (zit.: HEINEMANN, Interferenzen)
- HEINRICH PETER, PatG/EPÜ, Schweizerisches Patentgesetz, Europäisches Patentübereinkommen, Kommentar mit synoptischer Darstellung, 3. Aufl., Bern 2018 (zit.: HEINRICH, Art. XX N YY PatG/EPÜ)
- HEINZE CHRISTIAN, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts, Tübingen 2017 (zit.: HEINZE, Schadensersatz)
- Heizmann Reto/Loacker Leander (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich 2018 (zit.: DIKE UWG-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- HEIZMANN RETO/ZÄCH ROGER, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, in: Leupold Michael/Rüetschi David/Stauber Demian/Vetter Meinrad (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 4 ff. (zit.: HEIZMANN/ZÄCH, Expertisekosten)
- HELLMANN HANS-JOACHIM/STEINBRÜCK BEN, Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadenersatzklagen, NZKart 2017, S. 164 ff. (zit.: HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light)
- HEMPEL ROLF, An der schönen blauen Donau – Akteneinsicht in Kronzeugenanträge im Fluss, ZWeR 2014, S. 203 ff. (zit.: HEMPEL, Donau)
- HEMPEL ROLF, Einsicht in Kartellverfahrensakten nach der Transparenzverordnung – Neues aus Luxemburg, EuZW 2014, S. 297 ff. (zit.: HEMPEL, Kartellverfahrensakten)
- HEMPEL ROLF, Fischzüge bei der Kommission – Informationsbeschaffung für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, in: Bechtold Rainer (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 265 ff. (zit.: HEMPEL, Fischzüge)
- Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK UWG-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- HIRSBRUNNER SIMON, Le juge suisse et le droit de la concurrence européen, in: Jusletter 23. November 2020 (zit.: HIRSBRUNNER, Le juge suisse)
- HIRSBRUNNER SIMON/WERNER JENS, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, in: Jusletter vom 20. September 2010 (zit.: HIRSBRUNNER/WERNER, Überholt)
- HJÄRTSTRÖM MAX/NOWAG JULIAN, EU Competences and the Damages Directive, in: Strand Magnus/Bastidas Venegas Vladimir/Iacovides Marios C. (Hrsg.), EU Competition Litigation, Transposition and First Experiences of the New Regime, Oxford 2019, S. 3 ff. (zit.: HJÄRTSTRÖM/NOWAG, Competences)

- HJELMENG ERLING, Competition Law Remedies: Striving for Coherence or Finding New Ways?, CMLR, vol. 50(4), 2013, S. 1007 ff. (zit.: HJELMENG, Competition Law Remedies)
- Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrick (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997 (zit.: BEARBEITER/IN, Homburger (KG), Art. XX N YY)
- Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 2014 (zit.: KUKO OR-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Art. 1-529 Obligationenrecht, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013 (zit.: HONSELL/ISENRING/KESSLER, Haftpflichtrecht)
- HORNKOHL LENA, Die neue Mitteilung der EU-Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen und ihre Anwendung im deutschen Recht, EuZW 2020, S. 957 ff. (zit.: HORNKOHL, Mitteilung)
- HORNKOHL LENA, Zugang zu Dokumenten der Kartellbehörde durch Informationsfreiheitsrecht – Das Urteil Edeka Handelsgesellschaft Hessenring, WuW 2018, S. 607 ff. (zit.: HORNKOHL, Zugang)
- HORNKOHL LENA/EDMUND JAMES MELZER, Prozessualer Geheimnisschutz im Kartellschadensersatzrecht nach der 10. GWBNovelle – eine Novelle ohne Novellierung, NZKart 2021, S. 214 ff. (zit.: HORNKOHL/MELZER, Geheimnisschutz)
- HOVENKAMP HERBERT, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, 5. Aufl., St. Paul (US) 2016, S. 651 ff. (zit.: HOVENKAMP, Federal Antitrust)
- HUBACHER KEVIN, Schweizer Kartellrecht 2013 – ein Jahresrückblick, in: Jusletter vom 23. Juni 2014 (zit.: HUBACHER, Kartellrecht)
- HUFFMAN MAX, Incentives to Comply with Competition Law, Loy. Consum. L. Rev, vol. 30(2), S. 108 ff. (zit.: HUFFMAN, Incentives)
- HURNI BÉATRICE, L'action civile en droit de la concurrence: Étude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne, Zürich 2017 (zit.: HURNI, L'action civile)
- LIANOS IOANNIS/DAVIS PETER/NEBBIA PAOLISA, Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law, Oxford 2015 (zit.: LIANOS/DAVIS/NEBBIA, Damages Claims)
- Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.):
- Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/ Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019 (zit.: Immenga/Mestmäcker/BEARBEITER/IN, Band 1, EU/Teil 1, Art. XX AEUV N YY)
 - Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/ Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019 (zit.: Immenga/Mestmäcker/BEARBEITER/IN, Band 1, EU/Teil 2, Art. XX VO 1/2003 N YY)

- Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/ Teil 1, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2014 (zit.: Immenga/Mestmäcker/BEARBEITER/IN, Band 2, GWB § XX N YY)
- INDERST ROMAN/THOMAS STEFAN, Schadensersatz bei Kartellverstößen, Juristische und ökonomische Grundlagen und Methoden, 2. Aufl., Düsseldorf 2018 (zit.: INDERST/THOMAS, Schadensersatz)
- IOANNIDOU MARIA, Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement, Oxford 2015 (zit.: IOANNIDOU, Involvement)
- JAAG TOBIAS, Sanktionen, Kapitel 23, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 933 ff. (zit.: JAAG, Sanktionen I)
- JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, S. 1 ff. (zit.: JAAG, Sanktionen II)
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2021, S. 442 ff. (zit.: JACOBS, Entwicklungen)
- JACOBS RETO, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 209 ff. (zit.: JACOBS, Durchsetzung)
- Jaeger Wolfgang/Kokott Juliane/Pohlmann Petra/Schroeder Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Mit Kommentierungen des EU-Kartellrechts, des GWB und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen (zit.: BEARBEITER/IN, in: Jaeger et al. (Hrsg.)–FK, Art./§ XX N YY [Stand])
- GEORG JÄGER/JÁNOS MORLIN, Die Kartellschadensersatzrichtlinie im Praxistest „Lkw-Kartell“, WuW 2020, S. 643 ff. (zit.: JÄGER/MORLIN, Lkw-Kartell)
- JONES ALISON, Competition Law Enforcement, in: Chalmers Damian/Arnold Anthony (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015, S. 641 ff. (zit.: JONES A., Enforcement)
- JONES ALISON, Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US, in: Bergström Maria/Iacovides Marios C./Strand Magnus (Hrsg.), Harmonising EU Competition Law, Oxford 2015 (zit.: JONES A., Private enforcement)
- JONES ALISON/SUFRIN BRENDA, EU Competition Law, Text, Cases, and Materials, 6. Aufl., Oxford 2016 (zit.: JONES/SUFRIN, EU Competition Law)
- JOST DAVID, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft – Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, Zürich 2018 (zit.: JOST D., Anlegerschutz)
- JOST SAMUEL, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013 (zit.: JOST S., Parteien)
- JUNGO ALEXANDRA, Art. 8 ZGB – Beweislast, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit.: JUNGO, Art. 8 ZGB)
- JÜNGTEN DAVID A., Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2017, S. 128 ff. (zit.: JÜNGTEN, Verwertung)

- KALLIRIS ATHANASIOS/PIKE RICHARD, The Role of the European Commission as an Intervener in the Private Enforcement of Competition Law, GCLR 2018, S. 138 ff. (zit.: KALLIRIS/PIKE, Intervener)
- KAMANN HANS-GEORG/OHLHOFF STEFAN/VÖLCKER SVEN, Kartellverfahren und Kartellprozess, München 2017 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § XX N YY)
- KAUPER THOMAS E./SNYDER EDWARD A., Inquiry into the Efficiency of Private Antitrust Enforcement: Follow-On and Independently Initiated Cases Compared, GEO. L.J., vol. 74(4), S. 1163 ff. (zit.: KAUPER/SNYDER, Inquiry)
- KÄMPFER DANIEL/KELLER ANNINA, Strenge Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsprinzip festigt sich – Überblick über praxisrelevante Entscheide der Jahre 2018 und 2019 zum Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ), Medialex vom 4. März 2020 (zit.: KÄMPFER/KELLER, Öffentlichkeitsprinzip 2020)
- KÄMPFER DANIEL, Öffentlichkeitsprinzip: Hintertür Spezialbestimmungen?, Medialex vom 1. Oktober 2019 (zit.: KÄMPFER, Öffentlichkeitsprinzip)
- KELLER ANNINA/KÄMPFER DANIEL, Öffentlichkeitsgesetz: Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, Medialex 2017, S. 95 ff. (zit.: KELLER/KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz 2017)
- KELLERBAUER MANUEL, Zugang zur Ermittlungsakte in Verfahren nach den Artt. 101, 102 AEUV und der EU-Fusionskontrollverordnung: Wettbewerbsrecht vs. Transparenzverordnung, WuW 2011, S. 688 ff. (zit.: KELLERBAUER, Ermittlungsakte)
- KELLERBAUER MANUEL, The Recent Case Law on the Disclosure of Information Regarding EU Competition Law Infringements to Private Damages Claimants, ECLR 2014, S. 56 ff. (zit.: KELLERBAUER, Disclosure)
- KELLERHALS ANDREAS, Wettbewerb in der Schweiz, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 289 ff. (zit.: KELLERHALS, Wettbewerb)
- KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS, Publikationsrecht der Europäischen Union, in: Kettiger Daniel/Sägesser Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011 (zit.: KELLERHALS/BAUMGARTNER, Publikationsrecht)
- KERSE CHRIS/KHAN NICHOLAS, EU Antitrust Procedure, 6. Aufl., London 2012 (zit.: KERSE/KHAN, Procedure)
- KERSTING CHRISTIAN, Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants, JECLAP, 2014 vol. 5 (1), S. 2 ff. (zit.: KERSTING, Removing the Tension)
- KERSTING CHRISTIAN/PODSZUN RUPPRECHT, Die 9. GWB-Novelle: Kartellschadensersatz – digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bußgeldrecht – Verbraucherschutz, München 2017 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle, Kap. XX N YY)
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit.: KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Verfahrensrecht)

- Klamert Marcus/Kellerbauer Manuel/Tomkin Jonathan (Hrsg.), *Commentary on the EU: Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2019 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Klamert/Kellerbauer/Tomkin (Commentary), Art. XX N YY)
- KLEINE MAXIM, *Grenzenloser Zugang zu Dokumenten der Kartellbehörden?*, ZWeR 2007, S. 303 ff. (zit.: KLEINE, Grenzenloser Zugang)
- KLOUB JINDŘICH, *White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a More Holistic Approach to Antitrust Enforcement*, ECJ, vol. 5(2), 2009, S. 515 ff. (zit.: KLOUB, White Paper)
- KLUMPE GERHARD/THIEDE THOMAS, *Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB Novelle*, NZKart 2017, S. 332 ff. (zit.: KLUMPE/THIEDE, Floodgates)
- KOBEL PIERRE, *Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratifs*, AJP 2004, S. 1150 ff. (zit.: KOBEL, Sanctions)
- KOCH RAPHAEL, *Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht: Public vs. private enforcement – Auf dem Weg zu einem level playing field?*, JZ 2013, S. 390 ff. (zit.: KOCH, Public vs. private)
- KOKOTT JULIANE, *Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht*, AöR 1996, S. 599 ff. (zit.: KOKOTT, Grundrechtsschutz)
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit.: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren)
- KOMNINOS ASSIMAKIS, *The Relationship Between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, *European Competition Law Annual 2011 – Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Lowe Philip/Marquis Mel (Hrsg.), Oxford 2014, S. 141 ff. (zit.: KOMNINOS, Relationship)
- KOSTKA JUHANI, *Harte Kartelle, Internationale Entwicklungen und schweizerisches Recht*, Zürich 2010 (zit.: KOSTKA, Harte Kartelle)
- KÖTZ HEIN/WAGNER GERHARD, *Deliktsrecht*, 13. Aufl., München 2016 (zit.: KÖTZ/WAGNER, Deliktsrecht)
- KRAUSKOPF PATRICK L./SCHALLER OLIVIER, *Kartellrecht und Private Enforcement: Sammelklagen in der EU und in der Schweiz*, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013*, Zürich 2013, S. 287 ff. (zit.: KRAUSKOPF/SCHALLER, Kartellrecht)
- KROES NEELIE, *Tackling cartels – a never-ending task, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session*, 8. Oktober 2009 (https://eur-opa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-454_en.doc) (zit.: KROES, Tackling)
- KRÜGER HANS-WILHELM, *Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots von Art. 81 EG, Eine rechtsökonomische Analyse*, Wiesbaden 2007 (zit.: KRÜGER, Öffentliche und private Durchsetzung)
- KUBLI LINDA, *Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern*, Basel 2014 (zit.: KUBLI, Sanktionssubjekt)
- KÜHNEN THOMAS, *Die Besichtigung im Patentrecht – Eine Bestandsaufnahme zwei Jahre nach «Faxkarte»*, GRUR 2005, S. 185 ff. (zit.: KÜHNEN, Faxkarte)

- KÜNZLER ADRIAN, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008 (zit.: KÜNZLER, Effizienz)
- LAMPERT THOMAS/NIEJAHR NINA/KÜBLER JOHANNA/WEIDENBACH GEORG, EG-KartellVO, Praxiskommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Heidelberg 2004 (zit.: LAMPERT/NIEJAHR/KÜBLER/WEIDENBACH, EG-KartellVO)
- LANDES WILLIAM M., Optimal Sanctions for Antitrust Violations, *Chi. L. Rev.*, vol. 50(2), S. 652 ff., 1983 (zit.: LANDES, Optimal Sanctions)
- LANG CHRISTOPH G., Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, (zit.: LANG, Untersuchungsmaßnahmen)
- LANG, CHRISTOPH G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000 (zit.: LANG, Kartellzivilrechtliche Ansprüche)
- Langen Eugen/Bunte Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, Köln 2018 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Langen/Bunte, § XX GWB N YY)
- LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit.: LARENZ, Schuldrecht)
- Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Rey-Debove Josette, Robert Paul, Rey Alain (Hrsg.), Le Petit Robert 2013, Paris 2013 (zit.: Le Petit Robert)
- Lenz Carl Otto/Borchardt Klaus Dieter (Hrsg.), EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Aufl., Köln/Wien 2010 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. XX N YY)
- LIPMAN MELISSA, Most Cartel Complaints Follow Leniency Apps, *EU Says*, Law 360, 2013, (www.law360.com/articles/449890/most-cartel-complaints-follow-leniency-apps-eu-says) (zit.: LIPMAN, Most Cartel)
- LOCHER ALEXANDER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Zürich 2013 (zit.: LOCHER, Sanktionen)
- LOCKE JOHN, Second Treatise of Government, Chapter II: Of the State of Nature, 1690, (<https://www.csus.edu/indiv/s/simpson1/hist162/locke.pdf>) (zit.: LOCKE, State of Nature)
- Loewenheim Ulrich/Meeßen Karl M./Riesenkampff Alexander/Kersting Christian/Meyer-Lindemann Hans Jürgen (Hrsg.), Kartellrecht – Deutsches und Europäisches Kartellrecht, München 2020 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Loewenheim/Meeßen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. XX N YY)
- LUCEY MARY C., EU Competition Law Damages Directive: Recalibrating the Equilibrium between Private and Public Enforcement, *J. Bus. L.*, 2018, S. 390 ff. (zit.: LUCEY, Competition)

- LUNDQVIST BJÖRN/ANDERSSON HELENE, Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members – Is the System Coherent?, in: Bergström Maria/Iacovides Marios/Strand Magnus (Hrsg.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Oxford 2016, S. 165 ff. (zit.: LUNDQVIST/ANDERSSON, Access)
- ŁUSZCZ VIKTOR, Gunpowder for court battles: Litigants' access to EU institution documents, *EuZW* 2012, S. 488 ff. (zit.: ŁUSZCZ, Gunpowder)
- MACCULLOCH ANGUS/WARDHAUGH BRUCE, The Baby and the Bathwater, The Relationship in Competition Law between Private Enforcement, Criminal Penalties, and Leniency Policy, 2012 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089369&download=yes) (zit.: MACCULLOCH/WARDHAUGH, Baby)
- MADER LUZIUS, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, St. Gallen 2016, S. 9 ff. (zit.: MADER, Öffentlichkeitsgesetz)
- MAIER-RIGAUD FRANK, Auf dem Holzweg: Zu Streuschäden, Betroffenheit und Zurechnung im Rahmen von Schadensersatzklagen, *WuW* 2020, S. 62 ff. (zit.: MAIER-RIGAUD, Holzweg)
- MAKATSCH TILMAN/MIR SASCHA, The new EU Directive on cartel damage claims from a German law perspective, *GCLR* 2015, S. 60 ff. (zit.: MAKATSCH/MIR, EU Directive)
- MACKENRODT MARK-OLIVER, Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions – The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement, in: Mackenrodt Mark-Oliver/Conde Gallego Beatriz/Enchelmaier Stefan (Hrsg.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, München 2008, S. 165 ff. (zit.: MACKENRODT, Interaction)
- MALLMANN ROMAN A./LÜBBING THOMAS, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, *NZKart* 2016, S. 518 ff. (zit.: MALLMANN/LÜBBING, Offenlegung)
- MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK/WILD GREGOR, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl., Bern 2017 (zit.: MARBACH/DUCREY/WILD, Wettbewerbsrecht)
- MARCO COLINO SANDRA, The Perks of Being a Whistleblower: Designing Efficient Leniency Programs in New Antitrust Jurisdictions, *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 50(5), S. 535 ff. (zit.: MARCO COLINO, Perks)
- Marsden Philip/Weber Waller Spencer/Fabbio Philipp (Hrsg.), *Antitrust Marathon V: When in Rome Public and Private Enforcement of Competition Law*, ECJ, vol. 9(3), S. 503 ff. (zit.: BEARBEITER/IN, in: Marsden/Weber Waller/Fabbio, *Antitrust Marathon V*)
- MARTENET VINCENT, Le droit d'être entendu devant les autorités de la concurrence, in: Kunz Peter. V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, Basel 2009, S. 551 ff. (zit.: MARTENET, droit d'être entendu)

- Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), *Commentaire Romand: Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: CR Concurrence-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la Concurrence*, Genf 2012 (zit.: MARTENET/HEINEMANN, Concurrence)
- MCGUIRE MARY-ROSE, *Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind?*, GRUR 2015, S. 424 ff. (zit.: MCGUIRE, Know-how)
- MEEßEN GERO, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen 2011 (zit.: MEEßEN, Schadensersatz)
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., in: Meier-Schatz Christian J. (Hrsg.), *Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis*, Bern 1998 (zit.: MEIER-SCHATZ, Erfahrungen)
- MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997 (zit.: MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, BE-Verwaltungsrechtspflege, Art. XX N YY)
- MERZ HANS, *Das schweizerische Kartellgesetz – Grundlagen und Hauptprobleme*, Bern 1967 (zit.: MERZ, Kartellgesetz)
- MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/HEIKE SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3, München 2014 (zit.: MESTMÄCKER/SCHWEITZER, EU-Wettbewerbsrecht)
- Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), *EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. XX EMRK N YY)
- MILDE SARAH, *Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung vorprozessualer Dokumentenzugangs- und Akteneinsichtsrechte Dritter auf europäischer und deutscher Ebene*, Baden-Baden 2013 (zit.: MILDE, Schutz des Kronzeugen)
- MILUTINOVIC VELJKO, *The ‘Right to Damages’ under the EU Competition Law: From Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*, Alphen aan den Rijn 2010 (zit.: MILUTINOVIC, Right)
- MOHR JOCHEN, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht – Domestizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge*, Tübingen 2015 (zit.: MOHR, Sicherung der Vertragsfreiheit)
- MÖLLER REINHARD, *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Berlin 2006 (zit.: MÖLLER, Präventionsprinzip)
- MONTI MARIO, *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11.–12. September 2000 (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.html) (zit.: MONTI, Fighting)
- MOODALIYAR KASTURI, *The Direct and Indirect Purchaser’s Claim to Competition Law Damages and the «passing-on» Defence in Cartel Cases*, GCLR 2018, S. 114 ff. (zit.: MOODALIYAR, Direct and Indirect)

- MÖSCHEL WERNHARD, Should private enforcement of competition law be strengthened?, GCLR 2013, S. 6 ff. (zit.: MÖSCHEL, Private)
- MÜHLBACH TATJANA/BOOS ANDREAS, Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen – Ein Überblick aus der Praxis, ZHW 2016, S. 145 ff. (zit.: MÜHLBACH/BOOS, Schadensersatz)
- MÜLLER PAUL M./SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit.: MÜLLER/SCHEFFER, Grundrechte)
- MÜLLER PETER, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000 (zit.: MÜLLER, Punitive Damages)
- MÜLLER THOMAS S., Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht – unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts, Zürich 2008 (zit.: MÜLLER, Passing-on Defense)
- NAGEL SVEN, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Zürich 2007 (zit.: NAGEL, Kartellprivatrecht)
- NAZZINI RENATO, Competition Enforcement and Procedure, 2. Aufl., Oxford 2016 (zit.: NAZZINI, Enforcement)
- NAZZINI RENATO, Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies in Community Law, in: Barnard Catherine/Odudu Okeoghene (Hrsg.), The outer limits of EU Law, Oxford 2009, S. 401 ff. (zit.: NAZZINI, Potency)
- NAZZINI RENATO/NIKPAY ALI, Private Actions in EC Competition Law, CPI, vol. 4(2), 2008 (zit.: NAZZINI/NIKPAY, Private Actions)
- NEBBIA PAOLISA, Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?, ELR, vol. 33 (1), 2008, S. 23 ff. (zit.: NEBBIA, Damages actions)
- NEBBIA PAOLISA, Damages Claims of the Infringement of EC Competition Law: Fault Requirements, Judicial Review, vol. 13(2), 2008 (zit.: NEBBIA, Damages claims)
- NERUDA ROBERT, Private or Public Enforcement of Competition Law?, in: Basedow Jürgen/Terhechte Jörg Philipp/Tichý Luboš (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law, Baden-Baden 2011, S. 230 ff. (zit.: NERUDA, Private or Public)
- NIELS GUNNAR/JENKINS HELEN/KAVANAGH JAMES, Economics for Competition Lawyers, 2. Aufl., Oxford 2016 (zit.: NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics)
- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Kartellstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat/Heine Günther (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013 (zit.: NIGGLI/RIEDO, Kartellstrafrecht)
- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, S. 51 ff. (zit.: NIGGLI/RIEDO, Verwaltungsstrafrecht)

- NIGGLI MARCEL A./RIEDO CHRISTOF, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und «Sozialethisches Unwerturteil», in: Amstutz Marc/Hochreutener Inge/Stoffel Walter (Hrsg.), *Die Praxis des Kartellrechts im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Zürich 2011, S. 91 ff. (zit.: NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht)
- NIGGLI MARCEL A./HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS, *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO* (zit.: BSK StPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- NIGGLI MARCEL A./MAEDER STEFAN, Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht – Grundprobleme, in: Eicker Andreas (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Bern 2013, S. 27 ff. (zit.: NIGGLI/MAEDER, Verwaltungsstrafrecht)
- NORDLANDER KRISTINA/ABENHAÏM MARC, The «Discoverability» of Leniency Documents and the Proposed Directive on Damages Actions for Antitrust Infringements, *CPI Antitrust Chronical*, vol. 2, 2014 (zit.: NORDLANDER/ABENHAÏM, Discoverability)
- Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerzivilprozessordnung*, 2. Aufl. Basel 2013 (zit.: KUKO ZPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- ODUDU OKEOGHENE/SANCHEZ-GRAELLS ALBERT, The Interface of EU and National Tort Law: Competition Law, in: Giliker Paula (Hrsg.), *Research Handbook on EU Tort Law*, Cheltenham 2017 (zit.: ODUDU/SANCHEZ-GRAELLS, Interface)
- OERTEL CHRISTOPH, Objektive Haftung in Europa, *Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht*, Tübingen 2010 (zit.: OERTEL, Haftung)
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit.: OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht I)
- OTTERVANGER TOM, Designing a Balanced System: Damages, Deterrence, Leniency and Litigants' Right Designing, *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Lowe Philip/Marquis Mel (Hrsg.), London 2014 (zit.: OTTERVANGER, Designing)
- ORTIZ BLANCO LUIS, *EU Competition Procedure*, 3. Aufl., Oxford 2013 (zit.: ORTIZ BLANCO, Competition Procedure)
- OXERA, The optimal level of fines, *Agenda 2011* (<https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Level-of-cartel-fines.pdf>) (zit.: OXERA, Optimal Level)
- OXERA, Quantifying antitrust damages, *Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission, 2009 (zit.: OXERA, Quantifying antitrust damages)
- Oxford Dictionary*, Band 12, Poise – Quelt, 2. Aufl., Oxford 1989 (zit.: *Oxford English Dictionary*)
- PAGE WILLIAM H., The Scope of Liability for Antitrust Violations, *Stan. L. Rev.*, vol. 37(6), 1985, S. 1445 ff. (zit.: PAGE, Scope of Liability)

- Palandt Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Larenz/Wolf, BGB AT Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017 (zit.: Palandt/BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- PAPANIKOLAOU ALEXANDROS, Leniency Will Remain an Essential Part of the EU's Cartel Enforcement Toolkit, CPI Antitrust Chronicle, January 2019 (zit.: PAPANIKOLAOU, Leniency)
- PARKER CHRISTINE, The War on Cartels and the Social Meaning of Deterrence, Regul. Gov., vol. 7(2), 2013, S. 174 ff. (zit.: PARKER, War on Cartels)
- Pechstein Matthias/Nowak Carsten/Häde Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band IV, AEUV, Artikel 216–358, Tübingen 2017 (zit.: BEARBEITER/IN, FK-EUV/GRC/AEUV, Art. XX N YY)
- PETRASINCU ALEX/VON STEUBEN KARL-CHRISTOPH, Wie Phoenix aus der Asche – Zeitliche Anwendbarkeit der Offenlegungsregeln des § 33g GWB im Lichte jüngster Rechtsprechung, NZKart 2018, S. 286 ff. (zit.: PETRASINCU/VON STEUBEN, Phoenix)
- PEYER SEBASTIAN, Access to Competition Authorities' Files in Private Antitrust Litigation, J. Antitrust Enforc., 2015, vol. 3 (1), S. 58 ff. (zit.: PEYER, Access)
- PICHT PETER G., Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz, Ansprüche aus Vertrag, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut, Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2019, S. 347 ff. (zit.: PICTH, Kartellschadenersatz)
- PICHT PETER G., The EU Commission Issues Passing-on, CPI Juli 2019 (<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/07/EU-News-Column-July-2019-Full.pdf>) (zit.: PICTH, Passing-on)
- PICHT PETER G., Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts, Bern 2013 (zit.: PICTH, Verhalten)
- PICHT PETER G./FREUND BENEDIKT, Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?, in: Jusletter vom 18. Juni 2018 (zit.: PICTH/FREUND, Kartelldurchsetzung)
- POELZIG DÖRTE, Normdurchsetzung durch Private, Tübingen 2012 (zit.: POELZIG, Normdurchsetzung)
- POLINSKY MITCHELL A., Private versus Public Enforcement of Fines, J. Legal Stud., vol. 9 (1), 1980, S. 105 ff. (zit.: POLINSKY, Private versus Public Enforcement)
- POLINSKY MITCHELL/SHAVELL STEVEN, Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?, J. L. Econ. & Org., vol. 10(2), 1994, S. 427 ff. (zit.: POLINSKY/SHAVELL, Liability)
- POLLEY ROMINA, Third Party Access to File in Competition Cases, in: EFTA Court (Hrsg.), The EEA and EFTA Court – Decentred integration, Oxford 2014, S. 436 ff. (zit.: POLLEY, Third Party)
- POLLEY ROMINA, Is the Continued Success of Leniency in Cartel Cases in Danger? Some Comments from a Private Practitioner's Perspective, CPI Antitrust Chronicle, September 2015 (1) (zit.: POLLEY, Practitioner)

- POLLEY ROMINA/CLIFTON MICHAEL-JAMES, The Principles of Transparency and Openness, and Access to Documents, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *The Handbook of EEA Law*, Cham 2016, S. 625 ff. (zit.: POLLEY/CLIFTON, Transparency)
- POSNER RICHARD A., *Antitrust Law*, 2. Aufl., Chicago 2001 (zit.: POSNER, Antitrust)
- POSNER RICHARD A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. L. Rev., vol. 127(4), 1978, S. 925 ff. (zit.: POSNER, Chicago)
- RAGETTLI RETO, *Die Garantien von Art. 6 EMRK im Verfahren der Selbstanzeige im Kartellrecht*, Zürich 2017 (zit.: RAGETTLI, Garantien)
- REIMANN MARTIN, *Die strafrechtsähnliche Rechtsnatur der Sanktionen von Art. 49a Abs. 1 KG*, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), *IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft*, Band/Nr. 16, Zürich 2016 (zit.: REIMANN, Strafrechtsähnliche Rechtsnatur)
- REINERT MANI, *Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht*, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), *Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision*, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 87 ff. (zit.: REINERT M., Flickwerk)
- REINHART TARA L., «Leniency Plus» and its Potential Minuses, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2019, S. 9 ff. (zit.: REINHART, Leniency Plus)
- RENFER STEFAN, *Verwaltungsverfahrenrechtliche Fragestellungen aus der Praxis des Kartellrechts – Betrachtungen eines ehemaligen Mitarbeiters des Sekretariats der WEKO, sic!* 2010, S. 691 ff. (zit.: RENFER, Fragestellungen)
- RENGIER LUKAS, *Cartel Damages Actions in German Courts: What the Statistics Tell Us*, JECLAP, 2020 vol. 11(1-2), S. 72 ff. (zit.: RENGIER, Cartel Damages Actions)
- RENGIER LUKAS, *Kartellschadensersatz in Deutschland – die ersten 15 Jahre in Zahlen und Lehren für die Zukunft*, WuW 2018, S. 613 ff. (zit.: RENGIER, Kartellschadensersatz)
- REY CLAIRE, *The Interaction Between Public and Private Enforcement of Competition Law, and Especially the Interaction Between the Interests of Private Claimants and Those of Leniency Applicants*, GCLR 2015, S. 109 ff. (zit.: REY, Interaction)
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, *Ausservertragliches Haftungsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2018 (zit.: REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht)
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016 (zit.: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht)
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht)
- RICHLI PAUL, «Ratio legis» und Konkurrentenbeschwerde, in: *Kolloquium der juristischen Fakultät der Universität Basel* (Hrsg.), *Die Bedeutung der «ratio legis»*, Basel 2001, S. 39 ff. (zit.: RICHLI, Ratio)

- RIEDO CHRISTOF/NIGGLI MARCEL A., Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 41 ff. (zit.: RIEDO/NIGGLI, *Verwaltungsstrafrecht I*)
- RITZ CHRISTIAN/MARX LORENZ, Leniency Carrots and Cartel Sticks – A Practitioners' View on Recent Trends and Challenges Presented by the EU Leniency Program, *CPI Antitrust Chronicle*, January 2019, S. 54 ff. (zit.: RITZ/MARX, *Leniency*)
- ROACH KENT/TREBILCOCK MICHAEL J., *Private Enforcement of Competition Laws*, Osgood Hall LJ, vol. 34(3), 1996, S. 461 ff. (zit.: ROACH/TREBILCOCK, *Private Enforcement*)
- RODGER BARRY/SOUSA FERRO MIGUEL/MARCOS FRANCISCO, Transposition of the Antitrust Damages Directive: Critical Observations, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019 (zit.: RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, *Transposition*)
- ROMBACH PATRICIA, Geheimniskartelle oder effektive Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche in camera?, *GRUR* 2021, S. 334 ff. (zit.: ROMBACH, *Geheimniskartelle*)
- RUDOLPH TERESA/WOHLMANN HERBERT, Das System der Solidarität bei Schadenersatzklagen im Kartellrecht: Rückblick und Ausblick, *recht* 2016, S. 47 ff. (zit.: RUDOLPH/WOHLMANN, *Solidarität*)
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, *Zürich* 2009 (zit.: RÜEDI, *Beweismittel im Zivilprozess*)
- RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, in: Fellmann Walter/Weber Rolf H. (Hrsg.), *HAVE, Haftpflichtprozess 2011*, Zürich 2011, S. 157 ff. (zit.: RÜEDI, *Haftpflichtprozess*)
- RÜETSCHI DAVID, Das Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 Abs. 1 KG – Schnittstelle zwischen Zivilprozess und Verwaltungsverfahren, *sic!* 2008, S. 871 ff. (zit.: RÜETSCHI, *Gutachten*)
- SALEMME EMMA, *Enforcing European Competition Law Through Leniency Programmes in the Light of Fundamental Rights*, Baden-Baden 2019 (zit.: SALEMME, *Enforcing*)
- SANNER JULIAN A., *Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen in der privaten Kartelldurchsetzung*, München 2013 (zit.: SANNER, *Informationsgewinnung*)
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., Berlin 2012 (zit.: SCHÄFER/OTT, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*)
- SCHMIDT HEDVIG K., Private Enforcement – Is Article 82 EC special?, in: Mackenrodt Mark-Oliver/Conde Gallego Beatriz/Enchelmaier Stefan (Hrsg.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, München 2008, S. 137 ff. (zit.: SCHMIDT, *Private enforcement*)
- SCHOCH FRIEDRICH, *Informationsfreiheitsgesetz (IFG) – Kommentar*, 2. Aufl., München 2016 (zit.: SCHOCH, *IFG, § XX N YY*)

- SCHOTT MARKUS/GRIBI FABIENNE, Die Beschwerdebefugnis von Konkurrenten in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren setzt gemäss Art. 48 VwVG i. V. m. Art. 43 KG den konkreten Nachweis eines wirtschaftlichen Nachteils voraus, in: dRSK vom 11. Dezember 2013 (zit.: SCHOTT/GRIBI, Beschwerdebefugnis)
- SCHREIBER TILL/KRÜGER CARSTEN/BURKE PÁDRAIC, Practical challenges for cross-border follow-on actions, in: Parcu Pier Luigi/Monti Giorgio/Botta Marco (Hrsg.), Private Enforcement of EU Competition Law, The Impact of the Damages Directive, Cheltenham 2018, S. 15 ff. (zit.: SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges)
- Schröter Helmut/Jakob Thinam/Klotz Robert/Mederer Wolfgang (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Kap. XX, Art. YY N ZZ)
- Schwarze Jürgen/Becker Ulrich/Hatje Armin/Schoo Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden/Basel/Wien 2019 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. XX N YY)
- SCHWARZE JÜRGEN/WEITBRECHT ANDREAS, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts: die Verordnungen (EG) Nr. 1/2003, Baden-Baden 2004 (zit.: SCHWARZE/WEITBRECHT, Grundzüge, § XX N YY)
- SCHWEITZER HEIKE, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, S. 335 ff. (zit.: SCHWEITZER, Richtlinie)
- SCHWENZER INGBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2016 (zit.: SCHWENZER, Obligationenrecht)
- SCHWIETERT ANJA, Der effet utile und das Kartellzivilrecht, Die Vorgaben des Unionsrechts bei der Ausgestaltung der Zivilrechtsfolgen des Art. 101 AEUV, Baden-Baden 2018 (zit.: SCHWIETERT, Effet utile)
- SEIFERT KONSTANTIN, Informationsbeschaffung für Kartellschadenersatzverfahren – Kommen Geschädigte (noch) an die Akte des Bundeskartellamts?, NZKart 2017, S. 512 ff. (zit.: SEIFERT, Informationsbeschaffung)
- SEITZ CLAUDIA, Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG c. Wettbewerbskommission (Weko), Beschwerde gegen die Verfügung vom 5. Februar 2007 der Wettbewerbskommission, B-2050/2007; für die amtliche Publikation vorgesehen, AJP 2010, S. 650 ff. (zit.: SEITZ, Swisscom)
- SEMERARO STEVEN, Antitrust Law, A Context and Practice Casebook, Durham (US) 2015 (zit.: SEMERARO, Antitrust)
- SIEP LUDWIG, John Locke, Zweite Abhandlung über die Regierung – aus dem Englischen von Hans Jörn Hoffmann, durchgesehen und überarbeitet von Ludwig Siep, Kommentar von Ludwig Siep, Frankfurt am Main 2007 (zit.: SIEP, Zweite Abhandlung)
- SOYEZ VOLKER, § 89b Abs. 5 GWB – R. I. P., § 33g GWB – sleep well; WuW 2018, S. 368 ff. (zit.: SOYEZ, R. I. P.)
- SPITZ PHILIPPE, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, S. 113 ff. (zit.: SPITZ, Kartellzivilrecht)

- SPITZ PHILIPPE, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553 ff. (zit.: SPITZ, Problemstellungen)
- SPÜHLER KARL, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln unter besonderer Berücksichtigung des Daten- und Geheimnisschutzes, ZZZ 2004, S. 147 ff. (zit.: SPÜHLER, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln)
- Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK ZPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht)
- Stancke Fabian/Weidenbach Georg/Lahme Rüdiger (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadenersatzklagen, Frankfurt am Main 2018 (zit.: Stancke et al.-BEARBEITER/IN, Kap. XX N YY)
- STÄUBER RICHARD, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Zürich 2011 (zit.: STÄUBER, Schutz)
- STÄUBLE LUCA, Kartellgesetzrevision/Freier Einkauf im Ausland, recht 2013, S. 242 ff. (zit.: STÄUBLE, Kartellgesetzrevision)
- DE STEFANO GIANNI, Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario, GCLR 2012, S. 95 ff. (zit.: DE STEFANO, Damage Claimants)
- STEPHAN ANDREAS/NIKPAY ALI, Leniency from a Corporate Perspective, in: Beaton-Wells Caron/Tran Christopher (Hrsg.), Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age, Leniency Religion, Oxford 2015, S. 139 ff. (zit.: STEPHAN/NIKPAY, Leniency)
- STOCK CHRISTOPH, Der Schadensnachweis bei Hardcore-Kartellen, Ermittlung und prozessuale Feststellung kartellbedingter Preishöhenschäden im Rahmen von privaten Schadenersatzklagen unmittelbarer Kartellabnehmer aufgrund von § 33 Abs. 3 GWB, Baden-Baden 2016 (zit.: STOCK, Schadensnachweis)
- STÖCKLI HUBERT, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung: Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg i.Üe. 1999 (zit.: STÖCKLI, Ansprüche)
- STOFFEL WALTER A., Swiss Competition Law: Where from and where to?, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, S. 677 ff. (zit.: STOFFEL, Swiss Competition Law)
- STUCKE MAURICE, Reconsidering Antitrust's Goals, vol. 53(2), BCL Rev., 2012, S. 551 ff. (zit.: STUCKE, Reconsidering)
- STURNY MONIQUE, Parteistellung von Verbänden als Dritte in Kartellverwaltungsverfahren, in: dRSK vom 29. August 2014 (zit.: STURNY, Parteistellung)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit.: SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht)

- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), ZPO-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY)
- TAGMANN CHRISTOPH, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit.: TAGMANN, Sanktionen)
- TROLLER KAMEN, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2. Aufl., Basel 2006 (zit.: TROLLER, Précis)
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zit.: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht)
- TSCHUDIN MICHAEL, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, S. 1333 ff. (zit.: TSCHUDIN, Beweismass)
- TSCHUDIN MICHAEL, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, AJP 2013, S. 1017 ff. (zit.: TSCHUDIN, Strafe)
- TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Kettiger Daniel/Sägesser Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011 (zit.: TSCHÜMPERLIN, Publikation)
- VALLENDER KLAUS A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, S. 677 ff. (zit.: VALLENDER, Wirtschaftsverfassung)
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006 (zit.: VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit)
- VAN BAEL IVO, Due Process in EU Competition Proceedings, Alphen aan den Rijn 2011 (zit.: VAN BAEL, Due Process)
- VAN BAEL/BELLIS, Competition Law of the European Community, 5. Aufl., Austin 2010 (zit.: VAN BAEL/BELLIS, Competition)
- VAN DEN BERGH ROGER, Enforcement, in: Van den Bergh Roger/Camesasca Peter/Giannaccari Andrea (Hrsg.), Comparative Competition Law and Economics, Cheltenham (UK) 2017, S. 382 ff. (zit.: VAN DEN BERGH, Enforcement)
- VAN DER NOLL ROB/BAARSMA BARBARA, Compliance with cartel laws and the determinants of deterrence – an empirical investigation, ECJ, vol. 13(2-3), 2017, S. 336 ff. (zit.: VAN DER NOLL/BAARSMA, Compliance)
- VAN OPIJNEN MARC/PERUGINELLI GINEVRA/KEFALI ELENI/PALMIRANI MONICA, Online Publication of Court Decisions in the EU, Report of the Policy Group of the Project ‘Building on the European Case Law Identifier’, 15. Februar 2017 (<https://bo-ecli.eu/uploads/deliverables/Deliverable%20WS0-D1.pdf>) (zit.: VAN OPIJNEN/PERUGINELLI/KEFALI/PALMIRANI, Online Publication)
- VEENBRINK MARC, No one wants to be a smoking duck – a commentary on Case C-162/15 P – Evonik Degussa (<https://www.ru.nl/law/research/radboud-economic-law-conference/radboud-economic-law-blog/2017/one-wants-smoking-duck-commentary-case-162-15/>) (zit.: VEENBRINK, Smoking duck)

- VETTER MEINRAD/PEYER DANIEL, Bekannte Tatsachen – unter besonderer Berücksichtigung des Internets, Eine zivilprozessuale Analyse, in: Gschwend Lukas/Hettich Peter/Müller-Chen Markus/Schindler Benjamin/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter – Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, S. 760 ff. (zit.: VETTER/PEYER, Tatsachen)
- von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: Schweizerisches Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl., Basel 2011 (zit.: BEARBEITER/IN, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR I/2)
- VON BÜREN ROLAND, Zur Zulässigkeit der «passing-on defence» in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, SZW 2007, S. 189 ff. (zit.: VON BÜREN, Zulässigkeit)
- von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: Schweizerisches Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, 2. Aufl., Basel 1998 (zit.: BEARBEITER/IN, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/1)
- von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Kartellrecht: Schweizerisches Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Basel 2000 (zit.: BEARBEITER/IN, in: von Büren/David (Hrsg.), SIWR V/2)
- von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. XX N YY)
- WAGNER-VON PAPP FLORIAN, Access to Evidence and Leniency Materials (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733973) (zit.: WAGNER-VON PAPP, Access)
- WASER ASTRID, Verfahrensrechte der Parteien – neueste Entwicklungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Bern 2014 (zit.: WASER, Verfahrensrecht)
- WASER ASTRID, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002 (zit.: WASER, Grundrechte)
- WASER ASTRID/SUTTER DANIEL, Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen, in: Jusletter vom 13. März 2017 (zit.: WASER/SUTTER, Vergabestellen)
- WEBER WALLER S., The Temple of Leniency: Thoughts Inspired by the Work of Laura Guttuso, U. Queensland L. J., vol. 37 (1), S. 169 ff. (zit.: WEBER, Thoughts)
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N XX)
- WEITBRECHT ANDREAS, Kartellschadenersatz 2017, NZKart 2018, S. 106 ff. (zit.: WEITBRECHT, Kartellschadenersatz 2017)
- WERMELINGER AMÉDÉO, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, ZBl 2004, S. 174 ff. (zit.: WERMELINGER, Amtshilfe)

- DE WERRA JACQUES/GILLIÉRON PHILIPPE, *Commentaire Romand: Propriété intellectuelle: Loi sur le droit d'auteur, Loi sur la protection des marques, Loi sur les designs, Loi sur les brevets, Droit international privé, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: CR PI-BEARBEITER/IN, Art. XX LBI N YY)
- WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3. Aufl., Bern 2017 (zit.: WERRO, Responsabilité)
- WHISH RICHARD/BAILEY DAVID, *Competition Law*, 9. Aufl., Oxford 2018 (zit.: WHISH/BAILEY, Competition)
- WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht*, Bern 2000 (zit.: WIDMER/WESSNER, Haftpflichtrecht)
- WIEDERKEHR RENÉ/EGGENSCHWILER STEFAN, *Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zur materiellen Beschwerdebefugnis Dritter im öffentlichen Verfahrensrecht*, Bern 2018 (zit.: WIEDERKEHR/EGGENSCHWILER, Beschwerdebefugnis)
- WIEGANDT DIRK, *Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess, Zur Verzahnung von Kartellverwaltungs- und Kartellprivatrecht*, Tübingen 2018 (zit.: WIEGANDT, Verzahnung)
- WILS WOUTER P., *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, *World Competition*, vol. 40 (1), 2017, S. 3 ff. (zit.: WILS, Private Enforcement)
- WILS WOUTER P., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, *World Competition*, vol. 32 (1), 2009, S. 3 ff. (zit.: WILS, Relationship)
- WILS WOUTER P., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, *World Competition*, vol. 29(2), 2006, S. 183 ff. (zit.: WILS, Antitrust Fines)
- WILS WOUTER P./ABBOTT HENRY, *Access to the File in Competition Proceedings Before the European Commission*, *World Competition*, vol. 42(3), 2019, S. 255 ff. (zit.: WILS/ABBOTT, File)
- WIPRÄCHTIGER HANS/ZIMMERLIN SVEN, *Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts – Bemerkungen zu den Sanktionen und zum Sanktionsverfahren im revidierten Kartellgesetz*, in: Niggli Marcel A./Amstutz Marc (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, Basel 2007, S. 203 ff. (zit.: WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit)
- WOLFF MILENA, *Das unionale Dokumentenzugangsrecht und sein Verhältnis zum Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2018 (zit.: WOLFF, Dokumentenzugangsrecht)
- ZÄCH ROGER, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes*, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann Andreas (Hrsg.), *Revision des Kartellgesetzes: Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 45 ff. (zit.: ZÄCH, Vorgaben)
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005 (zit.: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht)

- ZÄCH ROGER, Gewährleistung von Wettbewerb im Spannungsfeld von Auslegung und Rechtsfortbildung, Juni 2006 (<https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:ffffffffff-f263-5b96-ffff-ffffc557d819/Folien-AVL-Gedankenstuetzen.pdf>) (zit.: ZÄCH, Gewährleistung von Wettbewerb)
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Private – Vorschläge zur Erleichterung der Prozessführung, in: Nowicka Aurelia (Hrsg.), *Prawo prywatne czasu przemian – Księga pamięta kowal dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśińskiemu*, Posen 2005, S. 1059 ff. (zit.: ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung)
- ZALEWSKA-GŁOGOWSKA MARTA, *The More Economic Approach under Article 102 TFUE, A Legal Analysis and Comparison with US Antitrust Law*, Baden-Baden 2017 (zit.: ZALEWSKA-GŁOGOWSKA, Approach)
- ZHENG JUN, *Judicial Review of Fine in EU Competition Law*, Zürich 2015 (zit.: ZHENG, Judicial Review)
- ZIMMERLI DANIEL, Urteil des Bundesgerichts 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016: Publikation der Sanktionsverfügung in Sachen «Nikon», dRSK vom 7. September 2016 (zit.: ZIMMERLI, Publikation)
- ZIMMERLI DANIEL, *Ausgewählte Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht 2013/2014, Aktuelle Anwaltspraxis 2015*, S. 699 ff. (zit.: ZIMMERLI, Entwicklungen)
- ZIMMERLI DANIEL, *Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht*, Bern 2007 (zit.: ZIMMERLI, Dogmatik)
- ZIRLICK BEAT, *Freizeichnung von der Deliktshaftung – Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich*, Bern 2003 (zit.: ZIRLICK, Freizeichnung)
- ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS R., *Das neue Kartellgesetz – Handkommentar*, Zürich/Basel/Genf 2004 (zit.: ZURKINDEN/TRÜEB, KG, Art. XX N YY)

