

# Die Richtlinie zur privaten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsverstößen

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)

Studienvereinigung Kartellrecht – International Forum on EU  
Competition Law, 3./4. April 2014

Brussels

## Stand des Gesetzgebungsverfahrens

- 18.3.2014: 3. Trilog (EP, Rat, Kommission) – Kompromissvorschlag.
- 26.3.2014: Kompromissvorschlag angenommen durch AStV.
- 15.4.2014: Verabschiedung der RL durch das EP => Dann: Bestätigung im Rat
- RL-Kompromiss „... presents a finely-tuned compromise that goes to the limits of the flexibility of the co-legislators. It has therefore to be considered as a package-deal that cannot be reopened at any part without jeopardizing the whole agreement“.

# I. Grundlagen und Grundfragen des privaten Schadensersatzes bei Wettbewerbsverstößen



- Seit *Courage* (2001) und *Manfredi* (2006): Effet utile von Art. 101 AEUV gebietet SchEA für „jedermann“, der durch ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten geschädigt ist.
  - Seitdem Stärkung privater SchE-Klagen als Ziel der Kommission. Aktivitäten:
    - Grünbuch „Schadenersatzklagen“ (2005)
    - Weißbuch „Schadenersatzklagen“ (2008)
    - Entwurf eines Leitfadens zur Schadensermittlung (2011)
    - Richtlinie zur privaten Durchsetzung von Kartell-Schadenersatzansprüchen v. 11.6.2013 + begleitende Dokumente:
      - ❖ Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Kartell-Schadenersatzklagen, ABl. 2013 Nr. C 167/19 + Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung
      - ❖ Empfehlung v. 11.6.2013: Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten, ABl. 2013 Nr. L 201/60
- ⇒ Grundthemen des RL-V
- ❖ Stärkung der privaten SchEA von indirekten Abnehmern
  - ❖ Zusätzlich (und vorrangig?): Verhältnis von privater und öff. Durchsetzung

- **Verhältnis öff./private Durchsetzung:**

- Ausgangspunkt: Dominanz der öff. Durchsetzung in EU + MS. Kaum private SchE-Klagen.
- *Courage* und *Manfredi*: Private SchEA stärken die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln
  - ⇒ Primär **funktionale Begründung des SchEA**
  - ⇒ Daneben auch: subj.-rechtl. Begründung (EuGH, *Donau Chemie*)
- Ursprüngliche Grundannahme: Komplementarität von öff. und privater Durchsetzung.
- Derzeit im Mittelpunkt: Spannungen zwischen öff. / privater Durchsetzung:
  - ❖ Hohe private SchEA können u.U. (str.!) Anreize zur Beteiligung an Kronzeugenprogrammen beeinträchtigen. Str. deshalb insbes.: Rechte privater SchE-Kläger auf Einsicht in Kronzeugenunterlagen? (siehe nunmehr: EuGH, *EnBW*, 2014).
  - ❖ Grundlegender: Öff. und private Durchsetzung sollen zusammen eine optimale Abschreckung gewährleisten. Sind private SchE-Zahlungen bei Bemessung der Bußgelder zu berücksichtigen?

### RL-Kompromiss als wichtiger Schritt zur Realisierung der Ziele?

1. Beitrag des RL-Kompromisses zur Stärkung von privaten Kartell-SchEA?

- ❖ Im Vergleich zur dt. Rechtslage: eher nicht. Schwächung der Direktabnehmer

2. Auflösung der Spannung zwischen öff. und privater Durchsetzung?

- ❖ Schutz von Kronzeugenprogrammen: Regelung (+); unionsrechtskonform?
- ❖ Grundsätzliches Verhältnis private/öff. Durchsetzung nicht in praktikabler Weise geklärt.

3. Insgesamt: Keine Reduktion, sondern Steigerung der Komplexität von privaten SchE-Prozessen.

## II. Der Richtlinienvorschlag (Stand 24.3.2014) im Überblick



### A. Allgemeines:

- Anwendungsbereich: SchEA nach EU- und nationalem Wettbewerbsrecht (soweit parallel anwendbar)
- Rechtsgrundlage: Art. 103 AEUV / Art. 114 AEUV (urspr. strittig)
- 2 Ziele:
  - (1) Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung optimieren;
  - (2) Bessere Durchsetzung von SchEA in den MS.

### B. Effektivierung des privaten SchEA

- **Z.T. Kodifizierung des „acquis“:**
  - Art. 2 Abs. 1 RL-V: SchEA für jeden durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten; Vermögensschaden + entgangener Gewinn. Verzinsung ab Schadensentstehung. [*Courage / Manfredi*]
  - Art. 3 RL-V: Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.
  - Art. 16 Abs. 1 RL-Kompromiss: Effektivitätsgrundsatz gilt auch für *Schadensberechnung*.
    - Insbes.: Schätzungsbefugnis des Gerichts, wenn das „Ob“ des Schadens festgestellt ist (s. § 287 ZPO).

- **Z.T. über Rspr. hinausgehende Vorgaben zur Effektivierung des SchEA:**
  - Art. 9 RL-V: Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden für Follow-on-Klage
    - ❖ In D: § 33 Abs. 4 GWB.
    - ❖ Kritik in anderen MS: Gefährdung der Unabhängigkeit der Gerichte.
    - ❖ Art 9 RL-Kompromiss:
      - ✓ Bindungswirkungen von Entscheidungen der eigenen Wettbewerbsbehörden und Gerichte.
      - ✓ Entscheidungen ausländischer Kartellbehörden = jedenfalls „prima facie“-Beweis für Verstoß.
  - Art. 16 Abs. 2a RL-Kompromiss (entsprechend Art. 16 Abs. 1 RL-V): Widerlegliche Vermutung eines Schadens bei Kartellverstoß
    - ❖ Aus dt. Sicht bei Kartellen unproblematisch (BGH (2005) – *Transportbeton*).
  - Relevante Änderungen für das dt. Recht: Ausgestaltung der „passing on defense“ / der Beweisanforderungen für mittelbare Geschädigte (Art. 13 RL-V) (näher: s.u.)
    - ❖ Absenkung der Beweisanforderung und Stärkung der Klageanreize für alle *mittelbaren* Abnehmer (Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme)
    - ❖ Erschwerung der Geltendmachung von SchEA durch *direkte* Abnehmer

- **Verjährungsregelung**, Art. 10 Abs. 4 RL-Kompromiss (Mindestharmonisierung): Verlängerung der Verjährungsfrist auf mindestens 5 Jahre.
- **Zugang zu Beweismaterial**, Art. 5 RL-V: Pflicht nationaler Gerichte zur Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln durch Gegenseite/Dritten auf Antrag.
  - ❖ Voraussetzungen:
    - ✓ Substantiierte Behauptung eines SchEA (Kartellverstoß, Schaden, Kausalität); und
    - ✓ Verhältnismäßigkeit der Offenlegung (Interessenabwägung).
    - ✓ Bezeichnung offenzulegender Beweismittel der Kategorie nach kann genügen (Art. 5 Abs. 2 RL-V; aber so konkret wie möglich – keine „fishing expeditions“)
    - ✓ Geschäftsgeheimnisse schließen Offenlegung nicht aus, aber angemessener Schutz
  - ⇒ Geht über § 142 ZPO hinaus: Kein Ermessen des Gerichts.
  - ⇒ Aber schon bislang Auskunftsanspruch aus § 242 BGB wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Durchsetzung seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selber beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer und ohne unbillig belastet zu sein zu geben vermag (BGHZ 95, 274, 279 – *Gema-Vermutung*).

- **Nicht Gegenstand der RL:**

- Kausalitätsbegriff – welche Schäden sind zurechenbar?
- ✓ Z.B. Zurechenbarkeit von sog. „umbrella“-Schäden (EuGH, Rs. C.557/12 – *Kone*; Schlussanträge GA Kokott v. 30.1.2014: Praktische Wirksamkeit von Art. 101 AEUV kann die Kompensation von hinreichend vorhersehbaren Preisschirmeffekten gebieten)
  
- Ausgestaltung des SchEA als Verschuldenshaftung / Verschuldensbegriff
- ✓ Z.B. Behandlung des Rechtsirrtums: Ist Schenker (C-681/11 – 2013) auf SchEA übertragbar?



### C. Regelungen zum Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung

- **Schwerpunkt 1: Schutz der Akten einer Wettbewerbsbehörde vor Offenlegung, Art. 6, Art. 7 RL-V**
  - Art. 6 Abs. 2a RL-Kompromiss – **absolutes Offenlegungsverbot für Kronzeugenunterlagen** („Schwarze Liste“)
    - ⇒ Art. 6 Abs. 1a RL-Kompromiss: Akteneinsichtsrechte nach der TransparenzVO bleiben unberührt [*aber Unterlagen dürfen gem. Art. 7 im SchE-Prozess nicht verwendet werden*]
    - ⇒ Nationales Gericht kann auf Antrag prüfen, ob die vorbehaltenen Dokumente tatsächlich zur Kategorie der Kronzeugen angehören
  - Art. 6 Abs. 2 RL-Kompromiss: **Offenlegung von Informationen, die** von natürlichen oder jur. Personen oder von einer Wettbewerbsbehörde **eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden, nur nach Abschluss des Verfahrens** durch Entscheidung/Beschluss oder auf sonstige Weise („Graue Liste“).
    - ⇒ Ansprüche aus der TransparenzVO bleiben unberührt (dazu *EnBW*, C-365/12 P, 2014), dürfen aber gem. Art. 7 im SchE-Prozess nicht verwendet werden.

- Im Übrigen gilt Art. 5 RL-Kompromiss; Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Offenlegung von Dokumenten einer Wettbewerbsbehörde (Art. 6 Abs. 1c):
  - ✓ Hinreichend klare Spezifizierung der benötigten Dokumente nach Art, Gegenstand und Inhalt;
  - ✓ Schutz der Effektivität der öff. Durchsetzung
  - ✓ Offenlegung von Dokumenten einer Wettbewerbsbehörde nur, wenn die Information von anderer Seite nicht zu erlangen ist.
  
- **Art. 7 RL-V: Schranken für die Verwendung von Beweismitteln, die durch Einsicht in Akten der Wettbewerbsbehörden erlangt wurden**
  - Kronzeugenerklärung/Vergleichsunterlagen dürfen im SchE-Prozess nicht verwendet werden (Art. 7 Abs. 1)
  
  - Dokumente der „grauen Liste“ aus Art. 6 Abs. 2 dürfen ebenfalls nicht verwendet werden, solange das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist.
  
  - Alle anderen Dokumente, die eine natürliche Person/ein Unternehmen durch Einsicht in Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, dürfen nur von dieser Person/ihrem Rechtsnachfolger verwendet werden => Kein Handel mit Dokumenten, die im Rahmen eines öff. Wettbewerbsverfahrens erlangt wurden (Begr-Erwäg. 23).

- **Schwerpunkt 2: Korrektur des Gesamtschuldnerausgleichs, Art. 11 Abs. 2-4 RL-V**
  - Grundsatz – Art. 11 Abs. 1 RL-V: **Gesamtschuldnerische Haftung** der am Wettbewerbsverstoß Beteiligten (vgl. §§ 830 Abs. 1 S. 1, 840 BGB)
  - Art. 11 Abs. 2a RL-Kompromiss: **Privilegierung von KMU mit niedrigem Marktanteil** (< 5 %) – Haftung nur ggü. direkten/mittelbaren Abnehmern, wenn gesamtschuldnerische Haftung das Überleben gefährden würde und eine Entwertung des Anlagevermögens drohen würde.
  - Art. 11 Abs. 2b RL-Kompromiss: **Privilegierung des Kronzeugen**, dem ein Bußgelderlass zugestanden wurde: Haftung im Außenverhältnis grds. nur ggü. direkten/mittelbaren Abnehmern; Haftung ggü. weiteren Geschädigten nur, wenn sie von den anderen Kartellanten keinen vollständigen Schadensersatz erhalten können.
    - (P): „privatrechtsgestaltender VA“. Künftig Mitwirkungsbefugnisse potentiell Geschädigter im behördlichen Verfahren gg den Kronzeugen?
  - Art. 11 Abs. 3 RL-V: **Binnenausgleich** zwischen den Gesamtschuldnern nach Maßgabe der relativen Verantwortung der am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen für den durch den Verstoß verursachten *Schaden* (Kriterien: Umsatz, Marktanteile, Rolle im Kartell etc. – nach Maßgabe nationalen Rechts). Der Kronzeuge soll auch im *Binnenausgleich* nur bis zur Höhe desjenigen Schadens haften, „den die Zuwiderhandlung seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat“.

### III. Schwerpunkt 1: Effektivierung des „private enforcement“ durch den RL-V?

- Die Ausgestaltung der SchEA von Direktabnehmern und von mittelbaren Abnehmern und der „passing-on defense“-

Frage: Erleichtert der RL-V im Vergleich zur geltenden dt. Rechtslage die Durchsetzung privater SchEA?

A. SchEA des Direktabnehmers

**Bisherige Rechtslage in D nach BGH, ORWI:**

- **Direktabnehmer** muss **Kartellverstoß** (Bindungswirkung, § 33 Abs. 4 GWB!) und **Schadenshöhe** (§ 287 ZPO) beweisen
  - ⇒ **RL-V: Keine Änderung** (s. Art. 9, Art. 16 Abs. 1, Art. 16 Abs. 2a RL-Kompromiss)
  
- **Weiterwälzungseinwand** (Vorteilsausgleichung): **Kartellant muss beweisen:**
  - ❖ Tatsächliche **Weiterwälzung** + **kein entgangener Gewinn** beim Abnehmer wg. Weiterwälzung.
  - ❖ Große Zurückhaltung bei Erleichterungen der Darlegungslast zugunsten des Kartellanten
    - ⇒ Hohe Anforderungen an Weiterwälzungseinwand. Gute Chancen für Klagen von Direktabnehmern.

**Weiterwälzungseinwand nach Art. 12 Abs. 1 RL-V: Kartellant muss beweisen:**

- ❖ Tatsächliche Weiterwälzung => Aber ggfs. Anspruch auf Offenlegung von Beweismitteln durch privaten SchE-Kl. (Art. 5 Abs. 1 u. Abs. 2 RL-V). Anders als *ORWI* keine Zurückhaltung bzgl. sekundärer Beweislast (Begr.-Erwägung 13: „equality of arms“)
- ❖ Ob **Weiterwälzungs-Vorteil** des Abnehmers durch einen anderweitigen Nachteil – insbes. **entgangenen Gewinn** – **kompensiert** wurde, ist **nicht relevant**. Entgangener Gewinn muss vom Kl. als eigener Schadensposten geltend gemacht und bewiesen werden.
  - ⇒ D.h.: Weiterwälzungseinwand des Kartellanten ggü. *ORWI* stark erleichtert. SchE-Klagen werden für Direktabnehmer unattraktiver

#### Würdigung der Regelung im RL-V zum SchEA von Direktabnehmern:

- ✓ Grundlage der *ORWI*-Lösung: Berücksichtigung eines durch den Kartellaufschlag entstandenen entgangenen Gewinns bei Vorteilsausgleichung, wenn und weil dieser naheliegenderweise mit der Weiterwälzung verbunden ist. Andernfalls droht wg. der Schwierigkeiten des Nachweises eines entgangenen Gewinns eine unbillige Entlastung des Kartellanten.
- ✓ Zusammenhang von Weiterwälzung + entg. Gewinn von der Kommission im Praktischen Leitfaden anerkannt (Rn. 163):

„Der Preisanstieg infolge der Abwälzung eines Preisaufschlags und die erlittenen Absatzeinbußen stehen ... in einem unmittelbaren Zusammenhang. Für die Abwälzung eines Preisaufschlags wie auch für Mengeneffekte sind letztlich dieselben Faktoren (insbesondere die Nachfrageelastizität bei nachgelagerten Kunden) maßgeblich ...“.

- ⇒ RL-V fördert das Ziel effektiver Durchsetzung privater SchEA nicht/ ist auch konzeptionell nicht überzeugender als die gegenwärtige dt. Rechtslage.
- ⇒ Warum wird Vollharmonisierung gewählt, anstatt den MS einen Ausgestaltungsspielraum zu belassen?

## B. SchEA mittelbarer Abnehmer

### **Bisherige Rechtslage in D nach BGH, ORWI:**

- Mittelbarer Abnehmer muss beweisen: Wettbewerbsverstoß + kartellbedingter Preisaufschlag ggü. Direktabnehmer, sowie
  - ❖ **Weiterwälzung** an mittelbaren Abnehmer – jede Marktstufe; Kausalität des Kartells.
  - ❖ Keine Weiterwälzungsvermutung. Aber Anscheinsbeweis bei marktabdeckendem Kartell und perfektem Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.
  
- ⇒ Weiterwälzungsbeweis wird mit jeder Marktstufe schwieriger. Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme sinkt.

### **Künftige Rechtslage nach dem RL-V:**

- Wenn mittelbarer Abnehmer Wettbewerbsverstoß + kartellbedingten Preisaufschlag ggü. Direktabnehmer bewiesen hat, dann:
  - ❖ Art. 13 Abs. 2 RL-V: **(widerlegliche) Weiterwälzungsvermutung über alle Marktstufen, wenn mittelbarer Abnehmer kartellbefangene Waren/Dienstleistung erworben hat.**
  - ✓ Schätzungsbefugnis des Gerichts bzgl. Höhe der Weiterwälzung (künftig: Kommissions-Leitlinien, Art. 15a RL-Kompromiss).
  
- ⇒ D.h. **Volle Beweislastumkehr für die Weiterwälzung zu Lasten des Kartellanten – auf jeder Marktstufe!**
  
- ⇒ Deutliche Erleichterung von Klagen indirekter Abnehmer auf allen Marktstufen. Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme steigt.

#### Würdigung der vereinfachten Geltendmachung von SchEA durch mittelbare Abnehmer

##### 1. Einwand: Beweiserleichterung hat keine Grundlage in einem typischen Geschehensablauf:

- ✓ Kommission (Vollrath, NZKart 2013, 434, 442): Anscheinsbeweis.
  - ✓ Kritik: Ob/Umfang einer Weiterwälzung hängen von konkreten Marktgegebenheiten ab.
  - Kommission, Praktischer Leitfaden (Rn. 168 ff.):
    - Ob/Grad der Schadensabwälzung ist marktabhängig.
    - I.d.R. keine Weiterwälzung, wenn der Direktabnehmer auf dem nachgelagerten Markt mit Unternehmen konkurriert, die ihre Waren auf einem nicht kartellierten Markt beziehen.
    - Weiterwälzung wahrscheinlich bei marktabdeckendem Kartell; Umfang abhängig von der Wettbewerbsintensität auf dem nachgelagerten Markt:
      - ✓ Vollständiger Wettbewerb: 100%ige Weiterwälzung; Unvollständiger Wettbewerb: Weniger als 100%
      - ✓ Relevante Kriterien: Preiselastizität der Nachfrage; Veränderung der Grenzkosten bei veränderten Produktionsmengen: wenn die Grenzkosten bei Produktionsdrosselung erheblich sinken, wird eher nicht weitergewälzt; Dauer der Zuwiderhandlung – je länger, desto wahrscheinlicher wird Weiterwälzung.
- ⇒ D.h.: Anscheinsbeweis für Weiterwälzung nur unter viel engeren Voraussetzungen. Vermutung in Art. 13 Abs. 2 hat keine Grundlage in einem typischen Geschehensablauf.

## 2. Einwand: Beweiserleichterung für indirekte Abnehmer auf jeder Marktstufe schafft unbewältigtes Problem der Mehrfachinanspruchnahme von Kartellanten

– Problem wird im RL-Kompromiss gesehen – aber nicht gelöst:

- Art. 2 Abs. 2a: „Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages“ – aber wie?
- Art. 15 RL-Kompromiss: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die mit einer Schadensersatzklage befassten einzelstaatlichen Gerichte bei der Prüfung, ob die sich aus der Anwendung des Art. 13 ergebende Beweislast beachtet ist, Folgendes gebührend berücksichtigen:
  - (a) Schadensersatzklagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, aber von Klägern auf anderen Vertriebsstufen erhoben wurden [*Prozessverbindung?*], oder
  - (b) Urteile, mit denen über solche Klagen entschieden wird [*Wie? Andere Urteile können Beweislastverteilung nicht modifizieren*]; oder
  - (ba) relevant information in the public domain resulting from public enforcement cases“ [??]
- Wichtigstes Hilfsmittel u.U.: Art. 15a RL-Kompromiss: Hilfestellung zur Schätzung des Teils des Preisaufschlags, der weitergegeben wurde – Entwicklung von Vermutungsregeln, die indirekten Abnehmern trotz grundsätzlicher Beweislastumkehr den Nachweis erschweren?

#### 3. Einwand: Sind die durch den RL-V begünstigten mittelbaren Abnehmer geeignete Kläger?

- Schwierigkeiten beim Beweis der Höhe des Preisaufschlags auf der 1. Marktstufe.
- Je mehr Schäden zu Streuschäden werden: Klageanreize allenfalls bei deutlicher Stärkung von Sammelklagen
  - ⇒ Angestrebt (Empfehlung der Kommission), aber weitere Entwicklung in der Praxis offen.

**Fazit 1:** RL-V will Klagen von mittelbaren Abnehmer/Endverbraucher begünstigen. Vernachlässigt werden die „institutionellen“ Anforderungen an ein funktionsfähiges deliktsrechtliches Ausgleichssystem: Beweisbarkeit von Schäden/ Klageanreize / Erkenntnismöglichkeiten von Gerichten / Verhältnis privater SchEA zu öff. Durchsetzung.

**Fazit 2:** Das zentrale Problem privater SchE-Klagen – die Schwierigkeiten bei der Quantifizierung des Schadens – wird von der RL gesehen (Begr.-Erwäg. 34: Quantifizierung des Schadens ist faktenintensiv und kostenträchtig. „As such, [it] can constitute a substantial barrier preventing effective claims for compensation“); aber nicht gelöst (Begr.-Erwäg. 35: Entwicklung von Regeln zur Quantifizierung des Schadens /von Regeln betreffend zulässige Methoden bleiben den MS überlassen, nach Maßgabe des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips).

# IV. Schwerpunkt 2: Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung



- 1) **Beschränkungen der Offenlegung und Verwendung von Beweismitteln aus Akten einer Wettbewerbsbehörde, Art. 6, Art. 7 RL-V**
- Zentraler Streitpunkt des RL-V: Einsichtnahme in Akten der Wettbewerbsbehörde, insbes. Kronzeugenanträge.
    - Kommission: Absolutes Offenlegungsverbot notwendig zum Schutz von Kronzeugenprogrammen.
    - Gegenargument:
      - ✓ Anreize für Kronzeugen entfallen nicht mit (ggfs. beschränkten) Offenlegungspflichten;
      - ✓ Möglichkeit der Offenlegung von Unterlagen durch die Gegenseite/Dritte ist bei heimlichen, gut organisierten kein Ersatz für Einsicht in Kronzeugenerklärung (entgg. Begr-Erwäg. 21a);
      - ✓ Ausschluss von Akteneinsicht ist unvereinbar mit Rspr. des EuGH zu Akteneinsichtsrechten (*Pfleiderer*, C-360/09, 2011, *Donau-Chemie*, C-536/11, 2013; *EnBW*, C-365/12 P, 2014)
  - ❖ *Donau Chemie*: Verpflichtung zu einer Einzelfall-Abwägung zwischen dem Interesse an der Informationsübermittlung und dem Interesse am Schutz der Information.
 

„[J]ede starre Regel [...] [kann] die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung den Einzelnen verleiht, beeinträchtigen“ (Rn. 31). Das gilt „insbesondere dann, wenn es den Betroffenen nur aufgrund der Einsichtnahme in Schriftstücke, die in den Akten des vor der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde betriebenen Verfahrens enthalten sind, möglich ist, über die zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs notwendigen Beweise zu verfügen.“ (Rn. 32).

- ❖ EuGH, Urteil v. 27.2.2014, Rs. C-365/12 P – *EnBW*: Neujustierung des Akteneinsichtsrechts nach der Transparenz-VO 1049/2001
- ✓ Kein Grundsatz der engen Auslegung der Ausnahmen der TransparenzVO in Art. 4. Stattdessen: Praktische Konkordanz zwischen der Akteneinsichtsregelung in der Transparenz-VO und den Akteneinsichtsrechten in den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften (VO 1/03 und VO 773/2004).
- ✓ Die Kommission ist in der Anwendung der Ausnahmen ohne konkrete und individuelle Prüfung jedes Einzeldokuments zu der Annahme berechtigt, dass die Gewährung von Einsicht in die Verfahrensakte grds. geschäftliche Interessen verfahrensbeteiligter Unternehmen und den Untersuchungstätigkeit beeinträchtigt (Rn. 93).
- ✓ Aber: Die Vermutung für die Zulässigkeit einer Verweigerung von Akteneinsicht muss **widerleglich** sein (Rn. 100 ff.). Wenn der Akteneinsicht Beantragende nachweist, dass für ihn die Notwendigkeit des Zugangs zu dem einen oder anderen Dokument der Kommissionsakte besteht, muss die Kommission die Interessen Fall für Fall abwägen
  - D.h.: Einzelfallabwägung erforderlich, wenn
    - ❖ der Kläger das Dokument, in das Einsicht genommen werden soll, konkret (nicht nur der Kategorie nach) bezeichnet
    - ❖ und nachweist, dass die Information zur Substantiierung des SchEA/dessen Quantifizierung erforderlich ist.

**Würdigung der Regelung in Art. 6, Art. 7 RL-Kompromiss:**

- (P): Vereinbarkeit des absoluten Offenlegungs-/Verwertungsverbots für Kronzeugenunterlagen mit EuGH-Rspr. zu Akteneinsichtsrechten?
  - ❖ U.U. dann, wenn die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen durch Offenlegung von Kronzeugenunterlagen zugunsten privater SchE-Kläger prinzipiell gefährdet wäre.
  - ⇒ Gegenwärtig nicht plausibel. Gefährdung der Kooperationsanreize durch private SchEA nur, wenn der Kronzeuge hierdurch höher belastet ist, als er es ohne Kronzeugenantrag wäre/in einem Maße, die die ersparte Geldbuße übersteigt => beides gegenwärtig nicht der Fall.
  - ⇒ Umgekehrt kann Durchsetzung eines SchEA ohne Offenlegung gefährdet sein.
- ⇒ Unionsrechtl. Zulässigkeit der Regelung vom EuGH zu klären.
- ⇒ Art. 6, Art. 7 RL-Kompromiss ist keine gelungene Regelung zur Klärung des Verhältnisses zwischen öff./privater Durchsetzung

## 2) Korrektur der gesamtschuldnerischen Haftung / des Gesamtschuldnerausgleichs, Art. 11 Abs. 2-4 RL-Kompromiss

- Begünstigung von KMU (Art. 11 Abs. 2 RL-Kompromiss) problematisch! Warum Begünstigung von KMU?
  - ⇒ Näherliegend: (teilweiser) Erlass des Bußgelds bei Gefährdung der Überlebensfähigkeit („inability to pay“)
- Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Innen- und (beschränkt) im Außenverhältnis gut begründbar:
  - Kronzeuge steht Geschädigten früher als andere Kronzeugen als Haftungsgegner zur Verfügung (keine Anfechtung) / soll dadurch keinen Schaden haben.
  - Kronzeuge hat Aufdeckung des Kartells ermöglicht = Schadensminderung.

Folgen für das Bußgeldverfahren: Anhörungs-/Akteneinsichtsrechte und Anfechtungsrechte bei „privatrechtsgestaltendem VA“? Behinderung der öff. Durchsetzung?

- ⇒ M.E. nicht zwingend.
  - Private Rechtsstellung wird durch Anerkennung als Kronzeuge/Bußgelderlass verschlechtert => grds. Beteiligungsrechte als „Betroffene“;
  - Beschränkung dieser Rechte muss Verhältnismäßigkeit wahren. Hier: Recht auf SchE wird nicht entzogen; Kronzeuge haftet subsidiär.
- Details der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Gesamtschuldnerausgleichs im Innenverhältnis unklar / nationalen Rechtsordnungen überlassen.

### 3) Bußgeldmindernde Berücksichtigung von Vergleichen über privaten SchE vor Erlass des Bußgeldbescheids

Art. 17 Abs. 2b RL-Kompromiss: Möglichkeit der bußgeldmindernden Berücksichtigung von Vergleichen über privaten SchE vor Abschluss des Bußgeldverfahrens.

- Begründung (Begründungserwägung 37): Vergleichsanreize für Kartellanten und Geschädigte schaffen.
  - ⇒ Positiv: Anerkennung der Interdependenz von öff. / privater Durchsetzung
    - Starke private Durchsetzung hat *auch* Abschreckungsfunktion => Bei Bußgeldbemessung berücksichtigen.
    - Öff. Bußgelder haben ein Gewinnabschöpfungselement. Muss bei starker privater Durchsetzung geringer ausfallen.
  - ⇒ Aber: Hohe Unsicherheit für die Parteien vor Erlass des Bußgeldbescheides:
    - ✓ Bindungswirkung der behördlichen Entscheidung noch nicht eingetreten;
    - ✓ Zeitraum der Operation des Kartells noch nicht festgestellt;
    - ✓ Kartellzugehörigkeit noch nicht festgestellt u.a.
  - ⇒ D.h.: Vergleichsanreize müssten eher für die Zeit nach Veröffentlichung des Bußgeldbescheids geschaffen werden => Möglichkeiten zur nachträglichen Anrechnung auf das Bußgeld.
  - ⇒ Gegenwärtige Lösung überzeugt nicht.

# V. Fazit



1. Grundanliegen des RL-V begrüßenswert:

- Stärkung privater SchE-Kläger: mehr Rechtssicherheit / Beseitigung der Hindernisse für SchE-Klagen
- V.a. auch: Bessere Abstimmung von privater und öff. Durchsetzung

2. Ziele werden nicht / nur teilweise erreicht:

a) Ziel der verbesserten Durchsetzung von SchEA zweifelhaft – mangelnde Verankerung des RL-V in der Realität nationaler Zivil- und Prozessrechtsordnungen

- Klageanreize für *Direktabnehmer* („beste“ Kläger) geschwächt.
- Klageanreize für *mittelbar Geschädigte* (mit Entfernung vom Kartell zunehmend schwache Kläger) durch VermutungsTB ohne faktische Grundlage gestärkt
  - ✓ Aber unklar, ob das für Klageanreize ausreicht => Zukunft von Kollektivklagen?
  - ✓ Außerdem: Gefahr von Mehrfachinanspruchnahmen von Kartellanten / Probleme nicht gelöst.
- Schwierigkeiten bei der Quantifizierung von Schäden bleiben.

b) Optimierte Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung? Nicht überzeugend

- Unionsrechtliche Zulässigkeit des absoluten Offenlegungsausschlusses für Kronzeugen-/Vergleichsunterlagen unklar.
- Privilegierung von Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich im Ansatz gut, aber Auswirkungen auf Stellung der dadurch benachteiligten Geschädigten im behördlichen Verfahren gegenwärtig ungeklärt („privatrechtsgestaltender VA“)
- Frage der funktionalen Komplementarität von öff./privater Durchsetzung nicht befriedigend gelöst.

### 3. Forderungen für die Zukunft

#### a) Private SchE-Klagen:

- Dezentrale „Experimente“/Rechtswettbewerb statt unionsweiter Lösungen – Entwicklung von „best practices“

#### b) Verhältnis öff./private Durchsetzung:

- Zukunftsthema für die EU. Bislang keine befriedigenden Antworten.
- Herausforderung v.a. Berücksichtigung von steigenden privaten SchE-Forderungen in der öff. Durchsetzung – nicht nur/nicht primär Akteneinsichtsrechte.

