

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 Untersuchungsmassstab 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 Zugangsroute 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 Kartellopfer 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 Zugangsroute 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 Kartellopfer. 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 Kartellopfers 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.