

Šime Jožipovič, Marko Perkušić¹

FINANZKRAFTBEZOGENE BUSSGELDER UND ZIVILRECHTLICHE MECHANISMEN DES RECHTSSCHUTZES GEGEN KARTELLE IM ENERGIESEKTOR

UDK: 346.546.4

Pregledni rad

Primljeno: 1. XII. 2014.

Kartelno pravo jedan je od ključnih elemenata zaštite tržišnog natjecanja na razini EU. Visoke novčane kazne koje imaju značajne financijske posljedice na uključena poduzeća pokazala su se kao djelotvorno sredstvo u borbi protiv kartela. Međutim, pravo kartela na razini EU ima svrhu sprječavanja kartela i sankcioniranja sudionika. Stoga ovim putem nije moguće naknaditi štetu svim subjektima koji su bili žrtve djelovanja kartela. Sud Europske Unije je stoga u više odluka izrazio stajalište da privatnim subjektima mora stajati na raspolaganju mogućnost potraživanja naknade štete. Nedavni prijedlozi Komisije u tom smjeru predstavljaju revoluciju u području privatnog prava u Europi; uvođenjem skupnih tužbi te izmjenama tereta dokazivanja po prvi put bi se ujednačeno u EU trebala dati mogućnost potraživanja naknade štete od kartela.

Ovaj članak kritički predstavlja novine koje bi trebale uslijediti implementacijom prijedloga Komisije te tematizira međudjelovanje financijskih sankcija koje izriče komisija i novina u sferi privatnog prava. Pri tome poseban naglasak leži na utjecaju mogućih izmjena u sferi privatnog prava na ekonomsku moć članova kartela. Tako se promatra ustaljeni postupak izricanja financijskih sankcija i njegova povezanost s bilancom poduzeća u odnosu s nepredvidljivim sustavom naknada šteta u sferi privatnog prava. U tom se kontekstu posebno preispituje financijski interes članova kartela da i nakon uvođenja ovih izmjena u pravni sustav sudjeluju u postupku pred komisijom kao krunski svjedok.

Ključne riječi: *Karteli, novčane kazne, skupne tužbe, financijski učinak, računovodstvena bilanca*

A) EINLEITUNG

Das Kartellrecht stellt eines der zentralen Elemente des Wettbewerbsschutzes innerhalb der EU dar². In Art. 101 ff. des AEUV ist das Fundament des EU-weiten Wettbewerbsschutzes definiert³. Dieser Umfasst die europarechtliche Behandlung von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von

¹ Max Planck Institut for Tax Law and Public Finance, sveučilišni odjel za forenzične znanosti

² Zur Bedeutung der Wettbewerbspolitik der EU im aktuellen wirtschaftlichen Umfeld siehe: Bericht der Kommission v. 6.5.2014 COM(2014) 249 final Bericht über die Wettbewerbspolitik 2013, S. 1.

³ Während die Fusionskontrolle einen weiteren elementaren Bestandteil des Kartellrechts darstellt, wird auf diese im folgenden Text nicht weiter eingegangen, da die aufgeführten Elemente für die Frage des effektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht eine überwiegende Bedeutung haben.

Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, welche eine Verfälschung des Binnenmarktes bezwecken⁴, sowie jede missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt⁵. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des EU-Rechts ist jedoch, dass das entsprechende Verhalten der Marktteilnehmer dazu geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ist dies nicht der Fall, sind grundsätzlich nicht die Wettbewerbsregeln der EU, sondern nationale Regelungen der Mitgliedsstaaten anwendbar⁶. Eine solche Einschränkung ist das Resultat der Zielsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, den Binnenmarkt vor Verzerrungen zu schützen⁷.

Der Schutz des Binnenmarkts wird innerhalb des Kartellrechtes durch ein breites Spektrum an Kompetenzen der Kommission gegenüber den Marktteilnehmern geregelt. Der Einflussbereich der Kommission reicht von intensiven Untersuchungskompetenzen⁸ bis hin zu spürbaren Sanktionen gegenüber solchen Unternehmen, welche gegen das Kartellrecht verstoßen⁹. Bedenkt man die wirtschaftliche Kraft solcher Unternehmen, die durch ihr Verhalten auf dem Markt alleine oder in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen eine Wettbewerbsverzerrung hervorrufen können¹⁰, ist es offensichtlich, dass die Ausstattung der Kommission mit entsprechenden Kompetenzen die einzig effektive Möglichkeit eines europaweiten Wettbewerbsschutzes darstellt¹¹.

Ein besonders komplexer Bereich des Kartellrechtes befasst sich mit Energieunternehmen¹². Diese unterliegen neben dem Kartellrecht¹³ auch

⁴ Art 101 Abs. 1 AEUV.

⁵ Art. 102 Abs. 1 AEUV.

⁶ S. u. „Anwendungsbereich des EU-Kartellrechtes“. Vgl. auch: I. Allgemeines in Ellger Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage 2012 Rn 61-62; Schuhmacher: AEUV Art. 101 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union 52. EL 2014 Rn. 46; Weiß AEUV Art. 101 AEUV in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Auflage 2011 Rn. 16.

⁷ Schuhmacher in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union 52. EL 2014 Art. 101 Rn. 8 ff.

⁸ Art. 17 ff VO (EG) Nr. 01/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln amtl. Angabe ABl. EG Nr. 1, Jahr 2003, S. 1.

⁹ Art. 23 ff VO (EG) Nr. 01/2003.

¹⁰ Siehe hierzu die Ausmaße der einzelnen Kartellstrafen und Unternehmensumsätze, z.B. „518 Millionen Euro Kartellstrafe für Spannstahl-Hersteller“, Quelle: Kommission, Pressemit. v. 30. 6. 2010.

¹¹ Burrichter/Hausschild, in: Immenga/Mestermäcker: Vorb. Art. 11-14 VO 17/62 Rn. 2.

¹² Zu denken ist beispielsweise nur an den jüngsten Fall im Bereich des Kartellrechtes gegenüber Energieunternehmen: Im Fall EuG v. 29.6.2012 – T-360/09 stellte der EuG fest, dass die Berechnungen der Kommission bezüglich der Dauer des Kartells sogar über 50% verfehlt waren, lies sich allerdings selbst nicht auf eine zeitraumbezogene Busgeldfestsetzung ein. Der vorliegende Fall stellte im Endeffekt die größte Senkung eines Busgelds im Jahr 2012 dar und zeigt somit, dass gerade in diesem Sektor Berechnungen weit auseinander gehen können. Vergleiche hierzu insb. Mühle: Die Entwicklung des europäischen Kartellrechtes 2012 EuZW 2013, 255.

¹³ Zu den EU-weiten Entwicklungen die dazu geführt haben, dass Energieunternehmen auch kartellrechtlich umfasst werden, siehe Breuer: Wasserpreise und Kartellrecht NVwZ 2009, 1249, 1250.

besonderen Regulierungsvorschriften¹⁴, die die öffentliche Kontrolle weiter ausdehnen¹⁵. Die wohl wesentlichsten Gründe für eine breitere Kontrollkompetenz der öffentlichen Hand sind die strategische Bedeutung dieses Sektors¹⁶, aber auch die Wirtschaftskraft der in ihm tätigen Unternehmen¹⁷ und die besondere Komplexität der Energiebranche, welche alleine durch Wettbewerbsrecht schwer zu kontrollieren wäre.

Überträgt man jedoch diese Zwecksetzungen in den privatrechtlichen Bereich, so stellen sich zahlreiche Fragen bezüglich der Effizienz und Durchführbarkeit des Schutzes der Rechts geschädigter Parteien im Bereich des Energierechts. Einzelne Privatrechtssubjekte haben grundsätzlich weitaus beschränktere finanzielle Mittel zur Verfügung, um gegen wettbewerbsrechtswidriges Verhalten vorzugehen. Dies gilt erst recht, wenn ihnen als Beklagter ein führender Energiekonzern entgegensteht¹⁸. Hinzu kommt, dass Privatrechtssubjekte nicht auf solche Maßnahmen, wie sie der Kommission zur Verfügung stehen, zurückgreifen können, um einen Einblick in das potenziell wettbewerbsrechtswidrige Verhalten der anderen Partei zu erlangen, und auch von Seiten der nationalen Energiebehörden erst einmal grundsätzlich keine Herausgabepflicht klassifizierter Informationen gegenüber Privatrechtssubjekten besteht¹⁹.

¹⁴ Siehe z.B. zu dem Verhältnis der Strompreisfestsetzung und Kartellrechtsprüfung: Weigt BTO Elt § 12 Tarifgenehmigung in Danner/Theobald, Energierecht 79. Ergänzungslieferung 2013 Rn. 60.

¹⁵ Siehe hierzu Scholz in Wiedemann, Kartellrecht 2. Auflage 2008 § 34 Rn 50-56.

¹⁶ Vgl. z.B. Mitteilung der Kommission v. 22.1.2014 COM (2014) 15 final Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020-203 auf europäischer Ebene, oder im zwischenstaatlichen Bereich die Mittelung zur deutsch-französischen strategischen Zusammenarbeit in diesem Bereich. Siehe: Deutsch-Französischer Ministerrat: gemeinsame Erklärung "Energie, Klima, nachhaltige Entwicklung" zu finden unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/gemeinsame-erklaerung-deu-fra-energie-klima,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

¹⁷ Siehe z.B. den Fall um das Italienisches Energieunternehmen Eni in dem eine Geldbuße von 181,5 Millionen Euro wegen Kartellverstoßes verhängt wurde, Urteil des EuGH vom 8.5.2013 - C-508/11.

¹⁸ Wie wichtig die Integration privatrechtlicher Schutzmechanismen im Verhältnis zu Energieunternehmen ist, stellte erst vor kurzem wieder das Kiobel-Urteil des US Supreme Court dar. In diesem Fall entschied der Supreme Court der USA, ob nationale Gerichte im Verhältnis zu international tätigen (Energie-) Unternehmen – in diesem Fall Rooyal Dutch Petroleum – zuständig sein können, obwohl nur eine bedingte Verbindung sowohl auf Seiten der Kläger als auch Beklagten besteht. Bedenkt man, dass die USA zu einem der wenigen Rechtssysteme gehören, die eine lange Tradition und entsprechende Rechtsetzung im Bereich der Sammelklagen haben, war es auch nicht verwunderlich, dass der Fall auf reges Interesse auch in Europa traf. So schreibt Wernicke, dass unter anderem auch deutsche Parlamentarier für einen Rechtsschutz in den USA plädierten, um einen effektiven Schutz vor Fehlverhalten internationaler Konzerne zu gewährleisten. Vgl. hierzu Wernicke: Von Sammelklagen und Kaperbriefen – Zum Kiobel – Urteil des US Supreme Court EuZW, 2013.

¹⁹ Informationszugriff ist durch den Schutz der Persönlichkeitsrechte von Individuen beschränkt. Daher ist trotz der weitreichenden Rechte auf Informationszugriff, welche auf Ebene der EU durch die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 v. 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission gewährleistet werden, kein direkter Anspruch auf die Herausgabe von beispielsweise potentiellen Geschäftsgeheimnissen gegeben. Kritisch hierzu, insb. mit Hinblick auf die Entwicklungen in der EU Palzer: Stolperstein für die Kommission? Die Kronzeugenregelung auf dem Prüfstand der Transparenz-VO EuR 2012, 583.

Der Zweck des Kartellrechts ist es, ein Marktgleichgewicht zu sichern²⁰. Dieses ist nötig, um Verbraucher, Konkurrenten und Abnehmer vor unlauteren Geschäftspraktiken zu schützen²¹. Somit sollte das Resultat einer funktionierenden Lösung auf europäischer Ebene, neben dem Schutz des Marktes *per se*, auch das beste Interesse der Verbraucher und Mitbewerber im Blick behalten. Bedenkt man die zahlreichen Herausforderungen, mit denen ein privater Kläger in einem Verfahren gegen Energieunternehmen, welche gegen Kartellrecht verstoßen haben, konfrontiert ist, ist es offensichtlich, dass es in diesem Bereich einer umfassenden Regulierung bedarf, um die Effektivität des Rechtsschutzes gewährleisten zu können.

Im Jahr 2013 hat die Kommission als Resultat eines langwierigen Entwicklungsprozesses in diesem Bereich mehrere Entwürfe und Vorgaben vorgestellt, welche privatrechtliche Ansprüche gegenüber Unternehmen, die gegen Kartellrecht verstoßen haben, regulieren und das Verhältnis zum öffentlichen Recht in diesem Bereich klären sollen. Während immer noch keine abschließende Regelung auf europäischer Ebene existiert, stellen sich bereits zahlreiche Fragen nach der Durchsetzbarkeit und Beständigkeit des vorgestellten Modells im Hinblick auf die Rechte und Bürden, die die jeweiligen Parteien dabei tragen müssten²². Sicher ist jedoch, dass die Einführung von kartellrechtlichen Sammelklagen sowohl für sich genommen als auch durch ihre Wirkung auf das Bußgeldverfahren der EU weitreichende Folgen haben wird.

Im Folgenden sollen daher die zu erwartenden Entwicklungen, die Wirkungen und Konsequenzen für alle Beteiligten betrachtet werden. Die Analyse teilt sich hierbei in zwei Kapitel; um einen genaueren Einblick in die Funktionsweise des vorgestellten privatrechtlichen Modells zu bekommen und seine Stellung innerhalb des Kartellrechts der EU zu definieren, wird im nächsten Kapitel auf die Stellung der Kommission, die Bedeutung ihrer kartellrechtlichen Kompetenz und den besonderen Wert bestimmter Rechtsinstitute eingegangen. Anschließend wird im darauffolgenden Kapitel die Entwicklung des Kartellprivatrechts und des Instituts des kollektiven Rechtsschutzes dargestellt und der Entwurf der Kommission analysiert. Die komplette Analyse betrachtet hierbei schwerpunktmäßig den Bereich der Energieunternehmen, welche aufgrund ihrer Wirtschaftskraft und der Komplexität des Sektors an sich oft besonders geeignet sind, Kartellrechtsverstöße zu begehen.

Durchgehend sollen hierbei die wesentlichsten Aspekte des privaten Rechtsschutzes und des EU-Bußgeldverfahrens verglichen und ihre Wechselwirkungen analysiert werden. Insbesondere die Bedeutung der Finanzkraft der Parteien während des Verfahrens und die möglichen Finanzschäden für

²⁰ Büdenbender: Einführung in das nationale wie das europäische Kartellrecht JA 2008, 481, 487.

²¹ Siehe Rn 560 ff i.V.m. Rn 587 Friedrich L. Ekey: Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts: Mit Grundzügen des Marken-, Domain- und Telekommunikationsrechts, 2013.

²² Siehe z.B. Deutmoser: Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa EuZW 2013, 652.

die Parteien durch ein Urteil stehen hierbei im Mittelpunkt. Des Weiteren soll anhand des Vergleichs des Informationszugangs, Handlungsspielraumes und der Durchsetzbarkeit von Forderungen zwischen den Reformlösungen einerseits und der Stellung der Kommission sowie einzelner Elemente der nationalen Lösungen in Deutschland, Frankreich, Österreich, Kroatien und den USA andererseits die Frage beantwortet werden, ob durch die Reform des (europäischen) Kartellprivatrechts ein beständiges Umfeld für den Schutz der durch Kartellrechtsverletzungen durch Energieunternehmen geschädigten Parteien geschaffen wurde.

B) DAS KARTELLRECHTLICHE PRÜFUNGSVERFAHREN IN DER EU

Das Kartellprüfungsverfahren ist ein komplexer mehrstufiger Prozess, in dem die Kommission eigenständig oder aufgrund einer vorliegenden Kartellbeschwerde die Konformität bestimmter Verhaltensweisen von Unternehmen oder Unternehmensgruppen mit den Vorschriften des Europarechts prüft²³. Auch wenn grundsätzlich neben den Mitgliedsstaaten auch jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegen kann²⁴, dazu berechtigt ist, eine Kartellbeschwerde an die Kommission zu richten, steht dieser jedoch frei zu entscheiden, ob und in welcher Weise sie Beschwerden nachgeht²⁵. Energieregulierungsbehörden haben meist eine Sonderstellung in Bezug auf die Notifikation der Kommission, da diese grundsätzlich sehr eng mit den nationalen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten und Informationsaustauschvereinbarungen abgeschlossen haben, welche ein gemeinsames Vorgehen vorsehen²⁶. Hierdurch soll eine effizientere Kontrolle insbesondere im Verhältnis zur Datenauswertung und rechtzeitigen Prüfung bei Verdachtsmomenten gewährleistet werden.

I Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts

Der Anwendungsbereich des Kartellrechts der EU ist in seinen wesentlichen Zügen bereits in den Legaldefinitionen der Art. 101 und 102 AEUV enthalten. Diese bestimmen einerseits den materiellen Anwendungsbereich, dienen aber auch als Kollisionsnorm, da sie rein nationale Sachverhalte von der Anwendung

²³ Siehe zu den einzelnen Elementen des Verfahrens: Schroeder/Schuhmacher/Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim: Das Recht der Europäischen Union 51. Ergänzungslieferung 2013, Rn 381.

²⁴ Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 und Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 773/2004. Vgl. auch Klees Kommissionsverfahren zur Anwendung der Art. 81 und 82 EG. In Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 26. Ergänzungslieferung 2008.

²⁵ Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO (EG) Nr. 01/2003. In den Jahren 2010 bis 2014 hat die Kommission insgesamt auf Ebene der gesamten EU 26 Fälle entschieden – Quelle: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

²⁶ Dies sieht man beispielsweise sehr gut am Abkommen zwischen der Kroatischen Energieregulierungsbehörde und dem Kroatischen Kartellamt: Sporazum o suradnji na području zaštite tržišnog natjecanja na tržištu energetskih djelatnosti između Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja i Hrvatske energetske regulatorne agencije, zu finden unter http://www.aztn.hr/uploads/documents/tn/sektori/sporazum_energ.pdf

ausschließen²⁷. Der Anwendungsvorrang des EU-Kartellrechts vor nationalen Normen ergeht allgemein aus den Vorschriften des Primärrechts und ihrer Stellung zu dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten. Nach Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV ist es möglich, das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und den Wettbewerbsregeln durch Unionsrechtsakte festzulegen. Dies geschah auch durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003, nach welchem ein Vorrang des Unionsrechts vorgesehen ist²⁸. Bezüglich des materiellen Anwendungsbereiches ist zu erkennen, dass grundsätzlich zahlreiche Mitgliedsstaaten einer ähnlichen Definition kartellrechtswidrigen Verhaltens, wie diese im AEUV vorgesehen ist, folgen²⁹. Somit tritt das nationale Kartellrecht im Wesentlichen in den Hintergrund, sofern ein den Handel zwischen Mitgliedsstaaten betreffender Sachverhalt vorliegt³⁰.

II Die Kompetenzen der Kommission

Die Kommission nimmt auf europäischer Ebene die Aufgaben der kartellrechtlichen Überwachung von Unternehmen wahr³¹. In dieser Funktion hat die Kommission regelmäßig die Aufgabe, solche Marktteilnehmer zu kontrollieren, die aufgrund ihrer Wirtschaftskraft für den europäischen Markt von vitaler Bedeutung sind³². Die Kontrolle kleinerer Marktteilnehmer wird meist bereits dadurch ausgeschlossen sein, dass diese entweder nur national tätig sind und somit nicht Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel nehmen können oder keinen relevanten Marktanteil besitzen, um wettbewerbsverzerrende Wirkungen verursachen zu können. Um die komplexen Strukturen der somit verbleibenden Marktteilnehmer eingehend analysieren zu können und einen effektiven Marktschutz gewährleisten zu können, benötigt die Kommission entsprechende Kompetenzen, welche die finanzielle und organisatorische Superiorität der

²⁷ Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 193; ders., in: GS, EUV/EGV, Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 177; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 EGV Generelle Prinzipien Rdnr. 117; Rehbinder, in: Immenga/Mestmäcker, EG-WettbR, Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 262; Bellamy/Child, Rdnr. 1.115; Faull/Nikpay, Rdnr. 3.340; Fezer, in: Staudinger, BGB, Int. WirtschR Rdnr. 317; terminologisch abw. Roth/Ackermann, in: FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 422.

²⁸ Siehe diesbezüglich insb. Nr. 17 Erwägungsgründe: „Um eine einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln und gleichzeitig ein optimales Funktionieren des Netzwerks zu gewährleisten, muss die Regel beibehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten automatisch ihre Zuständigkeit verlieren, sobald die Kommission ein Verfahren einleitet. Ist eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaats in einem Fall bereits tätig und beabsichtigt die Kommission, ein Verfahren einzuleiten, sollte sie sich bemühen, dies so bald wie möglich zu tun. Vor der Einleitung eines Verfahrens sollte die Kommission die betreffende nationale Behörde konsultieren.“

²⁹ Zum Verhältnis zwischen EU-Kartellrecht und Kartellrecht in den Mitgliedsstaaten und den Folgen für die Legislative in den Mitgliedsstaaten siehe: Weiß in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 2011 AEUV Art. 101 Rn 16 ff.

³⁰ Eine Ausnahme hierzu bildet beispielsweise die Norm des §20 Abs. 1 GWB – Diskriminierungsverbot.

³¹ Art. 105 AEUV.

³² Zu bedenken ist, dass die Kommission im letzten Jahrzehnt lediglich etwa 100 Fälle entschieden hat, gleichzeitig jedoch Bußgelder in Milliardenhöhe verhängt hat. Siehe hierzu die Statistik der Kommission zu Kartellentscheidungen zu finden unter: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

überwachten Unternehmen ausgleicht. Diese Kompetenzen teilen sich in zwei Bereiche auf: Kompetenzen, die zur Klärung des Sachverhalts dienen, und Sanktionskompetenzen, die darauf ausgerichtet sind, rechtswidriges Verhalten zu bestrafen. Teilweise überlagern sich die einzelnen Kompetenzen jedoch auch³³.

1. Die Prüfungskompetenz

Entscheidet sich die Kommission dazu, einen Sachverhalt auf seine Kartellwidrigkeit zu prüfen, stehen ihr grundsätzlich verschiedene Mittel zur Verfügung, um einen angemessenen Einblick in die Sachlage zu bekommen. Die Kommission ist generell dazu berechtigt, alle erforderlichen Auskünfte einzuholen und Nachprüfungen vorzunehmen, die benötigt werden, damit sie ihre Aufgaben erfüllen kann³⁴. Ähnlich wie die Kompetenz der Kommission in diesem Bereich an sich, werden die Vorgaben im Verhältnis zu den Vorschriften der Art. 101 und 102 AEUV in der VO (EG) Nr. 1/2003 konkretisiert. Die Kommission kann sowohl das Verhalten einzelner Unternehmen prüfen als auch die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder – sektorenübergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen³⁵. Zur erfolgreichen Durchführung der Prüfung kann die Kommission sowohl von Unternehmen³⁶ als auch dem betroffenen Mitgliedsstaat³⁷ im Rahmen des Auskunftsverfahrens sachrelevante Informationen fordern³⁸. Des Weiteren kann die Kommission alle natürlichen und juristischen Personen befragen, die der Befragung bezüglich des konkreten Sachverhalts zustimmen³⁹. Ein wesentlicher Bestandteil der Handlungsfähigkeit der Kommission ist die Nachprüfungskompetenz⁴⁰. Diese umfasst insbesondere das Recht der Kommission⁴¹:

- alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zu betreten;
- die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen, unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen, zu prüfen;
- Kopien oder Auszüge gleich welcher Art aus diesen Büchern und Unterlagen anzufertigen oder zu erlangen⁴²;

³³ So ist etwa die Sanktion von Verhaltensweisen, welche die Prüfung durch die Kommission behindern (Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 01/2003), von zentraler Bedeutung für das Prüfungsverfahren.

³⁴ Art. 337 AEUV.

³⁵ Art. 17 1 VO (EG) Nr. 01/2003.

³⁶ Art. 18 Abs. 1 VO (EG) Nr. 01/2003.

³⁷ Art. 18 Abs. 6 VO (EG) Nr. 01/2003.

³⁸ Zu einer grundsätzlichen Distinktion anhand des prüfenden Organs (deutsche Behörde oder EU Kommission): Haefcke, Beschlagnahmefähigkeit der Interviewprotokolle einer Internal Investigation, CCZ 2014, S 39 (CCZ Jahr 2014 Seite 42), die danach differenziert, wer (deutsche Behörde oder Europäische Kommission) die Ermittlungen führt.

³⁹ Art. 19 Abs. 1 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴⁰ Art 20 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴¹ Art 20 Abs. 2 a-e VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴² Dies umfasst unter anderem auch präventive Sicherungsmaßnahmen, die verhindern sollen, dass Daten verfälscht oder gelöscht werden. Vgl. z. B. EuGH v. 18.10.1989 374/84.

- betriebliche Räumlichkeiten und Bücher oder Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß zu versiegeln, wie es für die Nachprüfung erforderlich ist;

- von allen Vertretern oder Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen, und ihre Antworten zu Protokoll zu nehmen.

Außerdem kann die Kommission unter bestimmten Voraussetzungen auch andere Räumlichkeiten betreten⁴³ und die nationalen Aufsichtsbehörden mit bestimmten Aufgaben innerhalb des Aufsichtsprozesses beauftragen⁴⁴. Alle aufgelisteten Prüfungskompetenzen sind allerdings am Kriterium der Verhältnismäßigkeit zu messen, welches eine exzessive Nutzung verhindern soll⁴⁵. Dies bedeutet, dass die Kommission sowohl von nationalen Organen Unterstützung anfordern kann als auch die Untersuchungen selbst durchführen kann.

Im Bereich des Energierechts dürfte hier insbesondere eine Überlagerung mit den Kompetenzen der Energiebehörden auftreten, da für beide Behörden ähnliche Informationen – Leistung, Abnehmer, Distributionssystem – von Interesse sein werden, dies jedoch aus unterschiedlichen Gründen. Die Energiebehörden werden grundsätzlich eher an Energiesicherheit und faktischen Produktionswerten interessiert sein, während die Wettbewerbsbehörde solche Informationen eher für statistische Modelle zur Prüfung von Wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen brauchen wird. Zu denken ist beispielsweise an die Produktionskosten elektrischer Energie, um mögliches „Predatory-Pricing“ aufzudecken. Solche Daten wären nur schwer durch Wettbewerbsbehörden in einer faktischen Prüfung zu erlangen. Ähnliches gilt auch für Nachprüfungen bezüglich möglicher Behinderungen von Konkurrenten auf dem Strommarkt durch Reservierung übermäßiger Stromkapazitäten, sog. „capacity hoarding“⁴⁶. Werden branchenspezifische Gegebenheiten dazu genutzt, kartellrechtswidrige wirtschaftliche Vorteile zu erlangen, liegt grundsätzlich ein Kartellrechtsverstoß vor. Dieser ist jedoch für die Kommission nicht ohne weiteres erkennbar, da sich diese nicht auf alle Wirtschaftssektoren spezialisieren kann. Andererseits haben Energiebehörden grundsätzlich nicht die Expertise, in dem Verhalten von Energieunternehmen komplexe Kartellstrukturen aufzudecken, und selbst wenn dies möglich wäre, würde es ihnen an der nötigen Kompetenz mangeln, gegen solche Verstöße vorzugehen. Daher ist eine enge Zusammenarbeit zwischen den Behörden

⁴³ Art 21. VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴⁴ Art 22. VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴⁵ Vgl. u. a. EuGH verb. Rs. 46/87, 227/88, Hoechst/Kom., Slg. 1989, 2859 Rdnr. 19; EuGH Rs. T-224/00, Archer Daniels Midland/Kom., Slg. 2003, II-2597 Rdnr. 340.

⁴⁶ Siehe hierzu: Kommission., v. 10.4.2013 – AT.39727, ABl. 2013 C 251, ABLEU Jahr 251 C Seite 4 – ČEZ; s. hierzu im Europa-Report EuZW 2013, EUZW Jahr 2013 Seite 365.

gegenüber einer doppelten Kontrolle, welche Prüfungen der Energiegewinnungs- und Distributionsanlagen umfasst, zu bevorzugen.

2. Die Sanktionsmechanismen

Für die Rechtsdurchsetzung im Bereich des Kartellrechts stehen der Kommission wesentliche Sanktionsmechanismen zur Verfügung⁴⁷. Falls durch ein Prüfungsverfahren festgestellt wird, dass die Vorschriften des europäischen Kartellrechts verletzt wurden oder die Prüfung durch das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten des geprüften Unternehmens bzw. der Personen, für die eine Haftung seitens des Unternehmens vorliegt, erschwert wurden, so hat die Kommission die Möglichkeit, Bußgelder zu verhängen; im Verhältnis zur Behinderung der Nachprüfung bzw. Auskunftsanforderung kann die Kommission Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 1 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes festsetzen⁴⁸. Dies geschah beispielsweise in einem Verfahren der Kommission aus 2012, in welchem die Kommission gegen zwei Energieunternehmen in der Tschechischen Republik ermittelte⁴⁹. Im konkreten Fall missachteten die betroffenen Unternehmen die von der Kommission angeordnete Sperrung einiger E-Mail-Accounts. Die Kommission sah darin ein anweisungswidriges Vorgehen der Unternehmen, welches eine Gefahr der Verfälschung der Daten auf den Accounts in sich trug und somit eine Verletzung der Kooperationspflicht darstellte. Dies resultierte in der Verhängung einer Geldbuße in Höhe von 2,5 Millionen Euro.

Liegt ein Verstoß gegen die Vorschriften des Kartellrechts vor, kann die Kommission sogar ein Bußgeld in Höhe von bis zu 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes eines Unternehmens bzw. einer Unternehmensgruppe festsetzen⁵⁰. Die finanzielle Haftung jedes einzelnen Unternehmens für die Zahlung der Geldbuße darf jedoch auch 10 % seines im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen⁵¹. In Bezug auf die Durchsetzung ihrer Entscheidungen kann die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Zwangsgelder bis zu einem Höchstbetrag von 5 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Verzugs festsetzen⁵².

⁴⁷ Zur Kompetenzentwicklung und Stellung der Busgeldvorschriften im Kartellrecht vgl. z. B. Dannecker/Müller in Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union § 39 Rn 90.

3. Aufl. 2014.

⁴⁸ Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁴⁹ Kommission E. v. 28.3.2012 – COMP/39.739.

⁵⁰ Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁵¹ Art. 23 Abs. 4 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁵² Art. 24 VO (EG) Nr. 01/2003.

3. Die Kronzeugenregelung

Eine besondere Stellung im Kartellrecht der EU kommt dem Kronzeugen zu. Unter dem Begriff des Kronzeugen im Kartellrecht versteht man jenes Unternehmen, welches neue wesentliche Beweismittel vorlegt, welche es der Kommission ihrer Auffassung nach ermöglichen, ein Kartell, an dem dieses Unternehmen teilgenommen hat, aufzudecken⁵³. Diese Sonderstellung ist eine Folge der Tatsache, dass Kartelle meist äußerst komplexe Gebilde darstellen, welche für Außenstehende, selbst wenn diese Spezialisten in diesem Bereich sind, nicht ohne Weiteres einsehbar sind⁵⁴. Kartelle basieren auf Absprachen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehreren Wettbewerbern zwecks einer Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt und/oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter⁵⁵. Daher stellen die Aussagen von Kronzeugen ein äußerst wertvolles Mittel für die Aufdeckung und somit die Bekämpfung solcher Strukturen dar. Eine solche Auffassung hat sich auch in den einzelnen Mitgliedsstaaten sowie weitreichend auch international durchgesetzt⁵⁶. So ist der Kronzeuge selbst von der Zahlung eines Bußgeldes befreit, während jeder weitere Kartellteilnehmer durch seine nachträgliche Mitwirkung eine Teilbefreiung genießen kann, sofern er einen Mehrwert für die Sachverhaltsklärung liefert⁵⁷. Dass das Institut des Kronzeugen somit ein wertvolles Element des gesamten Kartellrechts darstellt, ist unstrittig. Problematisch wird dies jedoch, falls durch eine zu breite Anwendung der Regelung der wirtschaftliche Schaden für die betroffenen Unternehmen soweit sinkt, dass der Strafcharakter des Kartellrechts verloren geht und die Abschreckungswirkung ausbleibt⁵⁸. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Beweiswert einer Kronzeugenaussage immer der Würdigung des Einzelfalles folgt und insbesondere in der Praxis des EuGH einer tiefgehenden Beweiswertanalyse unterliegt⁵⁹.

III Die Bedeutung der Finanzkraft von Unternehmen in Bezug auf kartellrechtliche Bußgelder

Durch die Kommission verhängte Bußgelder haben sich in der Vergangenheit als effiziente Gegenmaßnahme zu Kartellen in der EU bewährt und hatten zum Teil gravierende Auswirkungen auf die Bilanzen der am Kartell

⁵³ § 8 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, 2006/C 298/11. Vgl. u.A. Lampert/Matthey in Hauschka, Corporate Compliance 2. Auflage 2010 § 26. Rn 37-39.

⁵⁴ Siehe Nr. 3 der Gründe - Mitteilung 2006/C 298/11.

⁵⁵ Siehe Nr. 1 der Gründe - Mitteilung 2006/C 298/11.

⁵⁶ Vgl. z.B. zur Entwicklung in Dänemark: Eriksen: Die Reform des dänischen Kartellrechts – Das Wettbewerbsrecht Dänemarks unter besonderer Berücksichtigung des dänischen Kartellrechts (GRUR Int 2004, 573).

⁵⁷ § 26 Mitteilung 2006/C 298/11.

⁵⁸ Siehe Braun: Effektivere gerichtliche Kontrolle von EU-Kommissionsentscheidungen in Kartellbußgeldsachen: Trendwende in der EuG-Rechtsprechung? CCZ 2013, 109, 112.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.07.2012 - C-264/11 P.

beteiligten Unternehmen. Im Folgenden wird einleitend auf die Kriterien der Bußgeldfestsetzung der Kommission, die Umsatzdefinition und die Gewinnaussichten aus steuerbilanzrechtlicher und handelsbilanzrechtlicher Sicht eingegangen, um anschließend am Beispiel der Bußgelder im Energiesektor die Auswirkungen auf die Bilanzen der betroffenen Unternehmen und ihre Finanzkraft zu prüfen.

1. Kriterien der Bußgeldberechnung

Die Bußgeldberechnung bei Kartellverstößen richtet sich nach der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen⁶⁰. Diese Leitlinien definieren teils klare objektive Kriterien für die Bußgeldhöhe, aber auch Kriterien, die der Kommission einen größeren Ermessensspielraum bei der Festsetzung lassen. Grundsätzlich soll das Bußgeld sowohl wirtschaftliche Kraft des Unternehmens als auch Intensität des Schadens und Schwere des Vergehens berücksichtigen. Aber auch die Wichtigkeit der Abschreckungswirkung⁶¹ ist zu berücksichtigen⁶². Um dem Ziel des Marktschutzes gerecht zu werden und alle genannten Faktoren in das Bußgeldverfahren miteinfließen zu lassen, sieht die Leitlinie ein zweistufiges Verfahren der Bußgeldbemessung vor; im ersten Schritt wird für jedes einzelne Unternehmen und jede einzelne Unternehmensvereinigung ein Grundbetrag berechnet. Im zweiten Schritt wird der Grundbetrag entsprechend bestimmter Faktoren angepasst⁶³. Abschließend ist festzuhalten, dass die Feststellung jeweils zwei Obergrenzen unterliegt. Diese betragen 30% des betroffenen Umsatzes⁶⁴ und 10% des weltweiten Gesamtumsatzes des Unternehmens⁶⁵.

2. Bestimmung des Umsatzes – Herausrechnung der Steuern und Abgaben

Der erste Schritt zur Berechnung des Bußgeldes dient der Bestimmung des Gesamtwertes, der mit dem Verstoß im Zusammenhang stehenden Güter⁶⁶. Dieser Wert ist wesentlich sowohl für die Bußgeldbemessung als auch für die Limitierung anhand der Festsetzungen des maximalen Gesamtbusgeldes⁶⁷. Grundsätzlich wird der Gesamtumsatz innerhalb der EU aller Unternehmen eines am Kartell beteiligten Konzerns zusammengerechnet⁶⁸. Allerdings sind auch

⁶⁰ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006/C 210/02.

⁶¹ Die Bedeutung der Abschreckungswirkung ist u.A. in der stärkeren Bebußung von größeren Unternehmen zu erkennen. Zu der Frage der ungleichmäßigen Bußgelder: Soyecz: Die Bußgeldleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten EuZW 2007, 596-600, 597.

⁶² So thematisiert in: Bußgeld-Leitlinien Nr. 4 u. 30,31.

⁶³ Bußgeld-Leitlinien Nr. 9 ff.

⁶⁴ Bußgeld-Leitlinien Nr. 21.

⁶⁵ Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

⁶⁶ Bußgeld-Leitlinien Nr. 13.

⁶⁷ Siehe hierzu auch Engelsing: Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006 LSK 2007 470, 476.

⁶⁸ Bußgeld-Leitlinien Nr. 13.

anteilige Anrechnungen von anderen Teilnehmern an einem Kartell denkbar, wenn dies aufgrund der konkreten Gegebenheiten – insbesondere im Hinblick auf globale Kartelle – angebracht erscheint⁶⁹. Steuern und Abgaben müssen aus dem Umsatz herausgerechnet werden⁷⁰. Dies bezieht sich insbesondere auf die Mehrwertsteuer, aber gerade im Energiesektor dürften hiervon auch Öko-Abgaben und Sondersteuern umfasst werden.

In folgendem Beispiel wird die Stellung eines Energieunternehmens, welches an einem Kartell beteiligt ist, dargestellt. Es ist zu beachten, dass Kartelle äußerst sektorenspezifisch sind. Im Beispiel des Energieunternehmens ist von folgenden Ausgangsfaktoren auszugehen:

Energiekonzern E hat sich an einem Kartell beteiligt, welches Gas über dem Marktpreis an Endverbraucher verkauft. Energiekonzern E hat insgesamt eine Menge von 300 000 000 m³ verkauft, davon in EU-Mitgliedsstaat A 100 000 000 m³, in EU-Mitgliedsstaat B 50 000 000 und in Staat C, welcher außerhalb der EU liegt, 150 000 000 m³. Der Endpreis, welchen der Verbraucher in Staat A zu zahlen hat, betrug 0,57 Cent/m³. Dieser setzte sich aus Gaspreis zuzüglich einer Umweltabgabe von 10% und einer Umsatzsteuer von 25% zusammen. Der Endpreis, welchen der Verbraucher in Staat B zu zahlen hat, betrug 0,50 Cent/m³. Dieser setzte sich aus Gaspreis zuzüglich einer Abgabe für die Förderung von erneuerbaren Energien von 7% und einer Umsatzsteuer von 15% zusammen. Der Endpreis, welchen der Verbraucher in Staat C zu zahlen hat, betrug 0,45 Cent/m³. Dieser setzte sich aus Gaspreis zuzüglich einer besonderen Energiesteuer von 10% zusammen.

I Gaspreis vor Steuern:

In Staat A :

Der Gaspreis vor Steuern ergibt sich daraus, dass der Gasverkaufspreis 0,57Euro/m³ geteilt wird durch den Faktor 1,35 (0,1 Umweltabgabe + 0,25 Umsatzsteuer).

Der Gaspreis vor Steuern in Staat A beträgt 0,42 Euro/m³.

In Staat B :

Der Gaspreis vor Steuern ergibt sich daraus, dass der Gasverkaufspreis 0,50 Euro/m³ geteilt wird durch den Faktor 1,22 (0,07 Abgabe für die Förderung von erneuerbaren Energien + 0,15 Umsatzsteuer).

Der Gaspreis vor Steuern in Staat B beträgt 0,41 Euro/m³.

In Staat C :

Der Gaspreis in Staat C ist irrelevant, da Staat C außerhalb der EU liegt und somit nicht für die Berechnung des Grundbetrages berücksichtigt wird.

⁶⁹ Bußgeld-Leitlinien Nr. 18.

⁷⁰ Bußgeld-Leitlinien Nr. 17.

II Relevanter Umsatz in den EU-Mitgliedstaaten

Nimmt man den hierdurch berechneten Gaspreis und multipliziert ihn mit der Summe der verkauften m³ Gas in der EU, kommt man zu dem relevanten Gesamtumsatz.

Relevanter Umsatz in Staat A:

In Staat A wurden insgesamt 100 000 000 m³ zum Preis von 0,42 Euro/m³ Gas verkauft. Hieraus ergibt sich ein Gesamtumsatz von 42 000 000 Euro.

Relevanter Umsatz in Staat B:

In Staat B wurden insgesamt 50 000 000 m³ zum Preis von 0,41 Euro/m³ Gas verkauft. Hieraus ergibt sich ein Gesamtumsatz von 20 500 000 Euro.

Relevanter Umsatz in Staat C:

In Staat C ist kein relevanter Umsatz angefallen, da Staat C außerhalb der EU liegt.

III Relevanter Gesamtumsatz – Grundbetrag

Der relevante Gesamtumsatz ergibt sich aus der Summe der relevanten Umsätze in Staat A und B, also 42 000 000 Euro + 20 500 000 Euro. Der Grundbetrag beträgt somit 62 500 000 Euro.

3. Bestimmung der Strafhöhe

Wurde in der ersten Stufe der Grundbetrag festgelegt, gilt als wesentlichster Faktor für die Bemessung der Strafe die Dauer des Kartells, die von der Kommission in Jahren und halben Jahren berechnet wird. Dabei wird die Dauer jeweils für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten auf ein halbes Jahr und über sechs Monaten auf ein Jahr gerundet⁷¹. Durch Grundbetrag und Dauer des Kartells werden zwei wesentliche Punkte für die Berechnung der Bußgeldhöhe definiert. Diese reichen jedoch keineswegs aus, um ein angemessenes Ergebnis zu erzielen⁷². So ist insbesondere der Faktor des Profits, also des konkreten wirtschaftlichen Vorteils, den das Unternehmen aus dem Kartell gezogen hat, abhängig davon, inwieweit der Verkaufswert vom adäquaten Marktwert abweicht.

Daher fließen neben dem Faktor des betroffenen Umsatzes und der Dauer des Kartells zahlreiche weitere Elemente in die Berechnung der Bußgeldhöhe ein, um ein zielgerichtetes, auf die Umstände des Einzelfalles bedachtes Ergebnis zu erreichen. So sind unter anderem der Marktanteil der Kartellteilnehmer, die Intensität des Verstoßes und die Art des Verstoßes von Bedeutung⁷³. Gerade die

⁷¹ Bußgeld-Leitlinien Nr. 24.

⁷² Siehe hierzu insb. EuGH, Urteil vom 30.04.2014 - C-238/12 P Rn 63. "Die Dauer einer Zuwiderhandlung ist jedoch weder der einzige noch zwangsläufig der wichtigste Aspekt, der von der Kommission und/oder dem Gericht bei der Berechnung der Geldbuße zu berücksichtigen ist."

⁷³ Bußgeld-Leitlinien Nr. 19.

Schwere der Verletzung in ihrer Gesamtheit soll als Maßstab dienen⁷⁴. Insbesondere horizontale Kartelle werden als besonders marktschädigend angesehen und die Bußgelder daher entsprechend angepasst⁷⁵. Aber auch Elemente wie die Zusammenarbeit im Prüfungsverfahren werden gewürdigt⁷⁶. Abschließend ist jedoch auch zu beachten, dass die Kommission bei der Bemessung des Bußgelds auch darauf zu achten hat, dass dieses eine abschreckende Wirkung hat, wodurch in bestimmten Fällen überproportionale Bußgelder verhängt werden. Dies ist insbesondere bei Großkonzernen, deren Umsatz nur zu einem Bruchteil mit dem Kartell zu tun hat zu erwarten⁷⁷.

4. Konsequenzen der Geldbuße für Unternehmen und Verbraucher

Wie die Entwicklung der Bußgeldbemessung durch die Kommission gezeigt hat, können Bußgelder enorme Ausmaße annehmen⁷⁸. Diese haben einen wesentlichen Einfluss auf die Jahresbilanz der betroffenen Unternehmen und können somit weitreichende Folgen nach sich ziehen. Ein Bußgeld, welches bis zu 10% des weltweiten Umsatzes betragen kann, ist für kein Unternehmen leicht zu verkraften. Der finanzielle Schaden für das Unternehmen schließt mit großer Wahrscheinlichkeit eine positive Jahresabschlussbilanz aus. Hinzu kommt die Frage der steuerrechtlichen Behandlung der Geldbuße. Wird diese als vollständig oder teilweise nicht absetzbar behandelt, so können je nach Staat zusätzliche Belastungen durch Steuerpflichten in Höhe von 10, 20 oder mehr Prozent entstehen. Erst jüngst erging zu diesem Thema vor österreichischen Gerichten eine Entscheidung. In diesem in 2013 entschiedenen Fall⁷⁹ folgte das Gericht der Auffassung der Kommission, dass die von ihr verhängte Geldbuße zur Gänze pönalen Charakter hat und keinen Gewinnabschöpfungsanteil enthält⁸⁰. Was dies bedeutet, kann anhand folgenden Beispiels dargestellt werden:

Unternehmen X hat im Geschäftsjahr 2014 einen Gewinn von 4 000 000 Euro erwirtschaftet, bei einem Gesamtumsatz von 500 000 000 Euro, welche komplett innerhalb der EU erwirtschaftet wurden. Aufgrund kartellrechtswidrigen Verhaltens muss Unternehmen X nun eine Geldbuße in Höhe von 5 000 000 Euro

⁷⁴ Vgl. hierzu Schuhmacher in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union Art. 101 Rn. 439.

⁷⁵ Bußgeld-Leitlinien Nr. 23.

⁷⁶ Bußgeld-Leitlinien Nr. 28.

⁷⁷ Bußgeld-Leitlinien Nr. 30, 31.

⁷⁸ Kartellrecht: Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme ein Jahrzehnt lang an zwei Kartellen beteiligt – Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 1.47 Mrd. EUR, Pressemitteilung: European Commission - IP/12/1317 05/12/2012.

⁷⁹ Berufungsentscheidung – Steuer (Senat) des UFSW vom 16.12.2013

RV/3498-W/11-RS1 u. 2.

⁸⁰ RV/3498-W/11-RS1 u. 2. Anders: Kiegler: Steuerliche Abzugsfähigkeit von EG-Kartellgeldbußen als Betriebsausgaben – zugleich Anmerkung zu BFH, Beschluss vom 24. 3. 2004 (DStR 2004, 1974-1979), 1977 ff.

zahlen. Der Körperschaftssteuersatz für Unternehmen X beträgt 25%. Hierdurch ergibt sich folgendes:

Gesellschaftsrechtlich wird aus dem Gewinn von 4 000 000 Euro ein Verlust von 1 000 000 Euro.

$$4\,000\,000\text{ Euro} - 5\,000\,000\text{ Euro} = -1\,000\,000\text{ Euro}$$

Steuerrechtlich sind diese 5 000 000 Euro nicht absetzbar und das Unternehmen wird besteuert, als ob ein Gewinn in Höhe von 4 000 000 Euro vorliegen würde.

$$4\,000\,000\text{ Euro} - 0\text{ Euro} = 4\,000\,000\text{ Euro}$$

Steuerrechtlich wird somit der lediglich fiktiv vorliegende Gewinn von 4 000 000 Euro besteuert. Bei einem Steuersatz von 25% würde dies eine weitere Belastung von 1 000 000 Euro bedeuten.

$$4\,000\,000\text{ Euro} * 0,25 = 1\,000\,000\text{ Euro}$$

Hierdurch ergibt sich eine faktische Gesamtbelastung des Unternehmens von 6 000 000 Euro; diese wird jedoch dadurch relativiert, dass das Unternehmen, wenn es das Bußgeld nicht zahlen müsste, ohnehin 1 000 000 Euro an Steuern zu zahlen hätte. Die Absetzbarkeit des Bußgeldes würde somit den wirtschaftlichen Schaden für das Unternehmen insoweit mindern, dass er unter dem Maß wäre, dass die Kommission vorgesehen hatte.

Gewinn nach Steuern, wenn kein Bußgeld existieren würde:

$$4\,000\,000\text{ Euro} - (4\,000\,000\text{ Euro} * 0,25) = 3\,000\,000\text{ Euro}$$

Gewinn nach Steuern mit Einbeziehung des Bußgeldes:

$$-1\,000\,000\text{ Euro} - (4\,000\,000\text{ Euro} * 0,25) = -2\,000\,000\text{ Euro}$$

Wirtschaftlicher Schaden für Unternehmen X:

$$3\,000\,000\text{ Euro} + 2\,000\,000\text{ Euro} = 5\,000\,000\text{ Euro}$$

Ein kartellrechtliches Bußgeld wird sich aufgrund seiner Auswirkungen auf die Bilanz bzw. den Gewinn des Unternehmens auch auf den Aktienpreis der betroffenen Unternehmen auswirken, da diese aufgrund ihrer Größe oftmals frei an der Börse gehandelt werden. Im Endeffekt werden die Unternehmen daher versuchen, ihre zukünftige wirtschaftliche Betätigung darauf auszurichten, die negativen Auswirkungen der Geldbuße möglichst schnell zu neutralisieren. In der Literatur wird daher häufig darauf hingewiesen, dass gerade darin die Gefahr der Abwälzung der Kosten auf den Verbraucher liegt⁸¹. Durch höhere Gewinnmargen,

⁸¹ Zur Abwälzung im Einzelnen: Jaeger in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kartellrecht 2. Auflage 2009 Rn 49.

ein schlechteres Preis-Leistungsverhältnis oder sonstige, für die Verbraucher negative Maßnahmen könnten Unternehmen größere Gewinne erwirtschaften, welche die Bußgeldkosten neutralisieren. Dieses Problem scheint auch für die Kommission nur schwer lösbar⁸².

C) ZIVILRECHTLICHES VORGEHEN GEGEN KARTELLRECHTSWIDRIGES VERHALTEN

Besteht ein kartellrechtswidriges Verhalten, hat dies meistens Auswirkungen auf eine breite Anzahl von Privatrechtssubjekten. Die Einzelschäden für die jeweils Betroffenen können hierbei häufig gering ausfallen⁸³, der hochgerechnete Gesamtschaden jedoch erhebliche Ausmaße annehmen⁸⁴. Hieraus ergibt sich in der Praxis das unbillige Ergebnis, dass Unternehmen durch illegale Geschäftspraktiken einen wirtschaftlichen Vorteil zum Nachteil der zahlreichen Geschädigten erlangen, die Geschädigten jedoch aus wirtschaftlichen Gründen nicht gewillt sind, das Risiko und die Kosten, die mit einer Individualklage einhergehen, zu tragen. Die Möglichkeit der Kommission, gegen solches Verhalten vorzugehen, stellt an sich auch nicht immer eine valide Lösung dar, da die Kommission in der Entscheidung, Sachverhalte zu prüfen, unabhängig ist und ihre Entscheidung auch auf Ebene der Mitgliedsstaaten bindend ist und somit den Schutz auf dieser Ebene ausschließen kann⁸⁵.

Die Kommission hat, um dieses Problem anzugehen, im Jahr 2011 in Vorbereitung der Reform Stellung genommen⁸⁶ und insbesondere betont, dass Bürger und Unternehmen eher davon absehen werden, individuell Klage gegen unerlaubte Verhaltensweisen zu erheben, wenn der individuelle Schadenersatzanspruch im Vergleich zu den Prozesskosten unverhältnismäßig groß wäre und daher Individualklagen kein adäquates Mittel darstellen, um gegen kartellrechtliche Verstöße vorzugehen⁸⁷. Eine möglicherweise effektive Alternative zu den existierenden Individualklagen sieht die Kommission in der besseren Einbindung des kollektiven Rechtsschutzes in das Kartellrecht. Dieser ist in Europa nur bedingt Teil der bisher existierenden Strategien zur Lösung dieses Problems gewesen. Somit ist zu erkennen, dass von Seiten der Kommission

⁸² Vgl. hierzu Karsten Schmidt AcP 206 (2006), 169, 199.

⁸³ Gerade in Bezug auf Elektrizitäts- und Gaspreise dürfte dies zutreffen, da die Preise auf einzelne Einheiten berechnet auch für Verbraucher gering erscheinen, diese sich jedoch aufgrund des dauerhaften Konsums, der regelmäßig benötigten Mengen und der Anzahl der Konsumenten zu horrenden Gesamtschäden summieren.

⁸⁴ Vgl. Hierzu z.B. den Fall des "Vitaminkartells", in welchem in den USA durch eine Class action ein milliardenschwerer Schadenersatz gezahlt wurde, während im Großteil der EU aufgrund der geringen Einzelschäden kaum Ansprüche geltend gemacht wurden. Siehe dazu Glöckner in WRP 2007, 490, 494.

⁸⁵ Schweizer in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht 5. Auflage 2012 zu Kommentierung VO (EG) Nr. 1184/2006 und Art 175 ff. VO (EG) Nr. 1234/2007 Rn 60-63.

⁸⁶ Vgl. Europäische Kommission, Öffentliche Konsultation: "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress", SEK (2011) 173 endg. v. 4. 2. 2011.

⁸⁷ SEK (2011) 173 endg. v. 4. 2. 2011. Rn. 4.

eine neue Richtung des privatrechtlichen Schutzes gegen Kartellrechtsverstöße festgelegt wurde, welche die Verbindung des kollektiven Rechtsschutzes mit Elementen des Kartellprivatrechts zu verbinden versucht.

Während das Kartellrecht an sich im Wesentlichen immer stärker durch europarechtliche Normen beeinflusst wird, stellt die privatrechtliche Rechtssetzung im Bereich der mit dem rechtswidrigen Verhalten von Kartellteilnehmern einhergehenden Ansprüche der Geschädigten immer noch primär eine nationale Angelegenheit dar. Im Folgenden wird die aktuelle Rechtslage in den EU-Mitgliedsstaaten, vor allem in Deutschland dargestellt, um anschließend auf das Reformvorhaben der EU in diesem Bereich einzugehen.

I Rechtsschutz auf nationaler Ebene bis zum Zeitpunkt der Reform

Während Fragen der öffentlich-rechtlichen Folgen bzw. die Beurteilung des Sachverhalts von Seiten der Kommission durch die Gerichte der EU geprüft werden⁸⁸, ist der zivilrechtliche Disput grundsätzlich vor nationalen Gerichten zu lösen⁸⁹. Auch wenn das deutsche Recht generell einen Anspruch auf Schadenersatz im Falle von Kartellen anerkannt hatte, war dies vor einigen Jahren aufgrund faktischer und juristischer Faktoren teilweise nur schwer durchzusetzen⁹⁰. Daher gab es zahlreiche Reformansätze in den vergangenen Jahren, um ein moderneres Modell in Deutschland zu implementieren. Heute ist in Deutschland die Klagebefugnis für Fälle bezüglich Kartellverstößen neben den allgemeinen Vorschriften des BGB und der ZPO im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt⁹¹. Grundsätzlich hat jeder „Betroffene“ das Recht, seine Forderung vor Gericht geltend zu machen⁹². Dies umfasst sowohl direkte als auch indirekte Abnehmer der kartellbehafteten Ware⁹³.

Die Beweislast sowohl für das Vorliegen eines Rechtsverstoßes als auch des entstandenen Schadens liegt grundsätzlich bei dem Kläger⁹⁴, wird jedoch im Falle

⁸⁸ Bei Klagen gegen Entscheidungen, mit denen die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt hat, hat der Gerichtshof entsprechend Art. 31 VO (EG) Nr. 01/2003 die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung. Er kann die festgesetzte Geldbuße oder das festgesetzte Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen.

⁸⁹ Art. 6 VO (EG) Nr. 01/2003.

⁹⁰ Zu denken ist beispielsweise nur an die Unbestimmtheit der Person, gegen welche die Schadenshandlung gerichtet war. Vgl. hierzu Alexander: Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht (GRUR Int 2013, 635).

⁹¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S.

1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 78 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert

worden ist.

⁹² § 33 Absatz 3 GWB.

⁹³ Zöttl: Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatz-Ansprüchen – Status Quo in Deutschland, EuZW 2012, 573.

⁹⁴ Art. 33. GWB.

einer *follow on* Klage dadurch relativiert, dass das Gericht an die Feststellung des Verstoßes, der von Seiten der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde, gebunden ist⁹⁵. Eine ähnliche Regelung kennt neben dem deutschen Recht auch das österreichische Pendant⁹⁶. Ansonsten ist diese Regelung im Hinblick auf andere Wettbewerbsbehörden innerhalb der EU im europäischen Vergleich jedoch eher als exotisch zu bewerten, da dort meist nur eine eingeschränkte Bindung an Kommissionsentscheidungen entsprechend der Vorgaben der VO (EG) Nr. 01/2003 existiert⁹⁷. Das Recht auf Akteneinsicht gilt nur bedingt⁹⁸ und die Rechtsprechung stand einer umfassenden Einsicht eher skeptisch gegenüber⁹⁹. Grundsätzlich ergibt sich die Frage des Informationszugriffs als zentrales Problem des privaten Rechtsschutzes¹⁰⁰. So ist beispielsweise auch in Frankreich zu erkennen, dass zwischen dem Recht auf effektiven Rechtsschutz und der Pflicht des Marktschutzes an sich oftmals mangelhafte Zwischenlösungen entstehen, die die Rechtssicherheit einschränken¹⁰¹.

II Die Reform des EU-Kartellprivatrechts

1. Die Entwicklung des EU-Kartellprivatrechts

Das Kartellrecht der EU stellt einen essentiellen Teil des Europarechts dar, welcher bereits seit den frühen Entwicklungsphasen der EU eine bedeutende Rolle für die Annäherung der nationalen Märkte aneinander gespielt hat. So hat der EuGH bereits 1974 im Hinblick auf die Kartellrechtsnormen des europäischen Primärrechts festgestellt, dass für den effektiven Schutz der infrage stehenden Rechtsgüter neben der Überwachung durch die entsprechenden Organe auch eine Rechtsschutzmöglichkeit für Einzelpersonen, die durch solches Handeln geschädigt wurden, bestehen muss, und diese vor nationalen Gerichten durchzusetzen ist¹⁰². Diese Rechtsprechung wurde weiter gestärkt durch das

⁹⁵ Art. 33 Abs. 4. GWB.

⁹⁶ § 37a KartellG 2005, BGBl I Nr. 61/BGBl Jahr 1961 I Seite 2005, eingefügt durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, BGBl I Nr. 13/BGBl Jahr 2013 I Seite 2013.

⁹⁷ Siehe hierzu Mederer: Richtlinienvorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847, 851.

⁹⁸ Im GWB wird dies explizit lediglich Beteiligten nach § 67 Absatz 1 Nummer 1 und 2 und Absatz 2 gewährt, welche die Kartellbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigegeben hat.

⁹⁹ Vgl. AG Bonn, Beschl. v. 18. 1. 2012 – AGBONN 20120118 Aktenzeichen 51 Gs 53/09.

¹⁰⁰ Zu den Strategien und praktischen Anwendungen des Informationszugriffs sowie den unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten von Informationen siehe Brian Anderson, Andrew Trask: *The Class Action Playbook*, 2012.

¹⁰¹ Vgl. hierzu Vogel: Die private Durchsetzung des Kartellrechts – Status Quo in Frankreich EuZW 2012, 897, 899.

¹⁰² EuGH, Urt. v. 30. 1. 1974 – EUGH Aktenzeichen 12773 127/73, Slg. 1974.

Urteil im Fall *Courage/Crehan*¹⁰³, in welchem der EuGH den Ansatz etablierte, dass sich ein Anspruch auf Schadenersatz im Bereich des Wettbewerbsrechts unmittelbar aus dem Primärrecht ergeben kann. Als Folge dieser Entscheidung wurde die Bedeutung der Wettbewerbsvorschriften der EU im Verhältnis zu privatrechtlichen Forderungen ausgebaut und die Autonomie der nationalen Gerichte weiter eingeschränkt¹⁰⁴.

Auch die Kommission hat als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH eine genauere Analyse des Kartellrechts in diesem Hinblick durchgeführt. So wurde 2005 die sog. *Ashurst Studie*¹⁰⁵ veröffentlicht, anhand welcher wesentliche Mängel im Hinblick auf den unzureichenden Schutz privatrechtlicher Ansprüche gegenüber Unternehmen, die Kartellverstöße begangen haben, aufgedeckt und die Notwendigkeit gezielter effizienter Regulierung in diesem Bereich festgestellt wurde¹⁰⁶. Auf die Resultate diese Studie reagierte die Kommission noch im selben Jahr mit dem dazu veröffentlichten *Grünbuch*¹⁰⁷, welches die wesentlichen Problemstellungen definierte und als Grundlage für die Suche nach adäquaten Lösungsansätzen dienen sollte. Als wesentliche Mängel der existierenden nationalen Systeme wurden vor allem folgende Punkte aufgeführt:

- mangelnder Zugriff auf Informationen und die Unmöglichkeit, Beweise zu sichern¹⁰⁸;
- Beweislastzuweisung in Bezug auf die Schuld des Unternehmens¹⁰⁹;
- Festsetzung des Schadenumfangs¹¹⁰;
- Koordination von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsregeln¹¹¹;
- die Gefahr, dass die beklagten Unternehmen, sofern sie unterliegen, ihre Verluste auf die Verbraucher abwälzen¹¹²;
- Fehlen eines effektiven Schutzes bei kleineren Einzelschäden, da in solchen Fällen aus

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001 – EUGH Aktenzeichen C45399 C-453/99, Slg. 2001.

¹⁰⁴ Vgl. Van Bael & Bellis: *Competition law of the European Community*, 2005 S. 1182.

¹⁰⁵ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, zu finden unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf im Folgenden: *Ashurst Studie*

¹⁰⁶ *Ashurst Studie*, S 115 ff.

¹⁰⁷ Hempel: *Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht* WUW 2005, 137

¹⁰⁸ 2.1 *Grünbuch* – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts {SEK(2005) 1732}

/* KOM/2005/0672 endg.

¹⁰⁹ 2.2 *Grünbuch* {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 endg.

¹¹⁰ 2.3 *Grünbuch* {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 endg.

¹¹¹ Hierzu Kritisch: Micklitz: *Brauchen Konsumenten und Unernehmen eine neue Achiektur des Verbraucherrechts?* – Plädoyer für ein begliches System (NYW Beil. 2012, 77).

¹¹² 2.4 *Grünbuch* {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 endg.

praktischen und ökonomischen Erwägungen auf eine Klage verzichtet wird¹¹³;
- die Feststellung des anwendbaren Rechts¹¹⁴.

Auf das Grünbuch folgte 2008 das Weißbuch, welches eine Ansammlung von Lösungsansätzen enthält, die die Kommission für zweckdienlich hält¹¹⁵. Dieses enthielt unter anderem Vorschläge zur Sammelklage durch ein „Opt-in“-Verfahren sowie Regelungen zum Informationszugriff und zur Rechtsdurchsetzung. Die Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes¹¹⁶ im Bereich des Kartellrechts wurde zu einem zentralen Thema für die Kommission, und der kollektive Rechtsschutz stellte ein potenziell starkes Instrument für die Verbesserung der Position der Geschädigten dar. Insbesondere die Kumulation von Finanzkraft auf Seiten des Klägers sah man als wesentlich für die Angleichung der Handlungsmöglichkeiten der Parteien und somit ein faires Verfahren an. Auf das Weißbuch folgten ein weiteres Arbeitspapier – „Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz“¹¹⁷ in 2011. Auch andere veröffentlichte Dokumente der Kommission zielten auf die Notwendigkeit der Definierung eines kollektiven Rechtsschutzes als Grundlage für eine Effizienzsteigerung ab¹¹⁸. Im Grunde ist jedoch festzuhalten, dass die Implementation eines europaweiten Modells aufgrund der potenziellen Missbrauchsgefahren eher langsam vorankam.

Erst in 2013 hat die Kommission durch mehrere Akte im Bereich des kartellrechtlichen Rechtsschutzes einen neuen Versuch zur Reformierung des Kartellprivatrechts unternommen. Im Zentrum der Reform soll der „Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union“ stehen¹¹⁹. Dieser wird durch die Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen in Folge von Wettbewerbsrechtsverstößen¹²⁰ und dem

¹¹³ 2.5 und 2.6. Grünbuch {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 endg.

¹¹⁴ 2.8 Grünbuch -{SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 endg.

¹¹⁵ White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406} /* COM/2008/0165 final */

¹¹⁶ Vgl. z.B. Clausitzer: Experiment EU-Sammelklagen – Brsseler Podiumsdiskussion mit Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes (EuZW 2013, 169).

¹¹⁷ Arbeitsdokument der Kommission: öffentliche Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz, Brüssel, den 4. Februar 2011 SEK(2011) 173 endg.

¹¹⁸ Siehe u.A. die wesentlichen Ansätze der verbraucherpolitischen Strategie der EU aus dem Jahre 2007 - Kommission, Mitteilung an den Rat, das Europ. Parlament und den Europ. Wirtschafts- und Sozialausschuss v. 13. 3. 2007 – Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013), KOM (2007) KOM Jahr 2007 Seite 99 endg.

¹¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹²⁰ Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. AEUV Artikel 101 und AEUV Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2013/C 167/07, ABIEU Nr. C 167 v. 13. 6. 2013, S. ABIEU Jahr 2013 C Seite 19.

damit verbundenen „praktischen Leitfaden“¹²¹ ergänzt. Für die zentrale Frage der Sammelklagen hat die Kommission für einen noch weiteren Rahmen eine Kommunikation zu den Rahmenbedingungen für Sammelklagen verfasst¹²². Die darin enthaltenen Vorgaben sollen binnen zwei Jahren nach Veröffentlichung in die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten integriert werden¹²³. In ihrer Gesamtheit sollen diese Akte der Kommission alle im Grünbuch thematisierten und aus den Folgekonsultationen ergangenen Problemstellungen adressieren und eine funktionale Regelung für privatrechtliche Klagen im Bereich des Kartellrechts schaffen.

2. Die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien

Um einen Anspruch gegenüber einem Unternehmen, welches gegen Kartellrechtsvorschriften verstößt, geltend machen zu können, müssen vorab mehrere Voraussetzungen erfüllt sein. Der Kläger muss einen Schaden erlitten haben, das Unternehmen muss gegen die Vorschriften des Kartellrechts verstoßen haben und der so entstandene Verstoß muss ursächlich für den Schaden sein. Die Beweislast für das Vorliegen dieser Tatsachen liegt weitestgehend beim Kläger. Für das besondere Verhältnis zwischen Unternehmen, die ein Kartell begründen, reichen übliche Mittel der Informationssammlung jedoch nicht aus, um dem Kläger einen angemessenen Einblick in das Handeln des Beklagten zu liefern. Dies kann häufig bereits im Stadium der Erwägung einer Klageerhebung negativ auf den Kläger Einfluss nehmen, da dieser aufgrund seines Informationsdefizits keinerlei Möglichkeiten hat, die Validität seiner Vermutung zu prüfen¹²⁴. Jedoch ist auch im späteren Prozess eine effektive Prozessführung nur schwer möglich. Somit ist es unumgänglich, dass Kläger eine angemessene Einsicht in relevante Informationen bekommen, um ihr Recht auf einen fairen Prozess zu sichern.

Andererseits ist es ebenfalls verständlich, dass die einzelnen Wettbewerbsbehörden vor allem im allgemeinen Interesse tätig sind und somit bestehende und zukünftige Verfahren nicht dadurch gefährdet werden dürfen, dass Einzelpersonen privatrechtliche Forderungen durchsetzen sollen. Auch Unternehmen haben ein starkes legitimes Interesse, ihre Geschäftsgeheimnisse zu schützen¹²⁵. Innerhalb dieses Konflikts versuchte die Kommission durch die

¹²¹ Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. AEUV Artikel 101 oder AEUV Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union; abrufbar http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html (Datum des letzten Abrufs: 11. 10. 2013).

¹²² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions “Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress”, COM(2013) 401 final Strasbourg, 11.6.2013.

¹²³ Rn. 38 und Erwägungsgrund 24 Comm. “Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress”, COM(2013) 401 final Strasbourg.

¹²⁴ Zur Informationsproblematik und Abwägungsgründen der Kommission Deutelmoser: Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa (EuZW 2013 652).

¹²⁵ Auch die Kommission hat dieses legitime Interesse thematisiert und erkannt, dass Unternehmen grundsätzlich nur in angemessenen Rahmen mit Freigabepflichten belastet werden dürfen. Siehe Vorschlag

Regulierung dieses Bereichs in den entsprechenden Vorschriften eine Balance zwischen den einzelnen Interessen herzustellen.

Die Kommission geht davon aus, dass bereits vor der eigentlichen Klagerhebung eine Informationsdistribution an die potentiellen Kläger möglich sein muss. Nur so würde es möglich, dass Kläger vom vollen Umfang ihres Klagerechts Gebrauch machen können¹²⁶. Ein weiterer positiver Aspekt ist, dass hierdurch eine breite Masse angesprochen wird und somit die Wirtschaftlichkeit einer Kollektivklage leichter zu erreichen ist. Zu Recht wird dieser Punkt jedoch gleichermaßen kritisch bewertet, da ein „Werben um Kläger“ in dieser frühen Phase insbesondere im Hinblick auf die Missbrauchsproblematik äußerst bedenklich erscheint¹²⁷.

Die Sicherung der Informationsdistribution im Verfahren soll durch die nationalen Gerichte gewährleistet werden. Diese müssten über wirksame Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder sonstigen vertraulichen Informationen, die im Verlauf des Verfahrens offengelegt werden, verfügen. Die Gerichte müssen ferner Sanktionen verhängen können, die ausreichend abschreckend sind, um zu verhindern, dass relevante Beweise zerstört werden, oder dass einer Offenlegungsanordnung nicht nachgekommen wird¹²⁸. Auch wenn eine effektive Übertragung von Informationen an den Kläger von der Kommission angestrebt wird, stellt die Kommission doch zahlreiche Limitierungen im Hinblick auf die Art der Information auf. Die Einschränkungen teilen sich in absolute und zeitlich begrenzte Einschränkungen.

- Absolute Einschränkungen betreffen Kronzeugenunternehmenserklärungen und Vergleichsausführungen. Die Kommission sieht den Schutz dieser Unterlagen als absolut unausweichlich, da ihre Offenlegung die Wirksamkeit des Kronzeugenprogramms und von Vergleichsverfahren ernsthaft gefährden könnte¹²⁹. Hierbei folgt die Kommission einem einfachen ökonomischen Ansatz. Würden bestimmte Informationen einen wesentlichen Nachteil für ein Unternehmen in einem privatrechtlichen Verfahren bedeuten, so wäre die Teilnahme an dem „Kronzeugenprogramm“ proportional zu der Bedeutung der Information und dem möglichen Schadensersatz weniger attraktiv. Da der genaue Umfang des Schadensersatzes von verschiedenen Merkmalen abhängt, unter anderem eben auch der Anzahl der Kläger, wäre die Teilnahme am „Kronzeugenprogramm“ ein schwer kalkulierbares Risiko und dadurch unattraktiv. Fraglich ist jedoch, ob eine so unbeschränkt strukturierte Einschränkung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zum Informationszugriff ist¹³⁰.

4.2. b COM(2013) 404 final v. 11.06.2013 mit Verweis auf Richtlinie 2004/48/EG v.29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L157 v 30.4.2004 S. 45).

¹²⁶ Vorschlag 4.2. b COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹²⁷ Vgl. Deutmoser: Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa EuZW 2013, 652, 654.

¹²⁸ Siehe 4.2 Vorschlag COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹²⁹ Vorschlag 4.2. a COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹³⁰ Kritisch hierzu: Dr. Christine Lehmann vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie,

- Zeitlich begrenzte Einschränkungen betreffen Unterlagen, die die Parteien eigens für das behördliche Durchsetzungsverfahren ausgearbeitet haben, oder die die Wettbewerbsbehörde im Laufe ihres Verfahrens erstellt hat. Diese Unterlagen können für die Zwecke einer Schadensersatzklage erst offengelegt werden, nachdem die Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren beendet hat.¹³¹ Für involvierte nationale Organe wie Energiekontrollbehörden oder nationale Wettbewerbsbehörden besteht grundsätzlich keine Ausnahme. Hierdurch soll ein ungestörter Verfahrensablauf gesichert und dem Vorrang des allgemeinen Interesses Sorge getragen werden.

Alle anderen Unterlagen müssen grundsätzlich zugänglich gemacht werden, wenn der Kläger glaubhaft machen kann, dass dies angemessen und gerechtfertigt ist. So muss das Gericht insbesondere beachten, dass dem Beklagten lediglich eine Freigabepflicht in Bezug auf solche Informationen aufzuerlegen ist, welche mit den streitigen Elementen des Sachverhalts verbunden sind¹³². Hier obliegt es dem Kläger, eine konkrete Verbindung zwischen den einzelnen Elementen, auf welchen er seine Forderung begründet, und den fraglichen Informationen herzuleiten¹³³. Dieser Versuch, ein Gleichgewicht zwischen den Interessen von Kläger und Beklagten herzustellen, erscheint plausibel, der Rahmen des Informationszugangs wird im Wesentlichen jedoch durch die Judikative formiert werden. Dementsprechend ist abzuwarten, ob eine solche Lösung die gewünschten Resultate erzielen wird.

3. Die Bedeutung der Bindung an bestehende Entscheidungen

Einen weiteren erleichternden Faktor für den Kläger stellt die Bindung der nationalen Gerichte an substantielle Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden in anderen EU-Mitgliedsstaaten dar. Eine solche Regelung existierte zwar bisher bereits in Deutschland, dürfte jedoch im Hinblick auf die intereuropäische Durchsetzung von Kartellansprüchen weitreichende positive Folgen für den Kläger haben. Hierdurch dürften *follow on* Klagen vereinfacht werden, da ein wesentlicher Teil der Beweisführung aufgrund der bestehenden Entscheidung entfällt. Im Verhältnis zur Entscheidungsbindung kommt erneut zum Ausdruck, dass die Kommission privatrechtliche Verfahren eher in Form von Anschlussverfahren als in Form von Parallelverfahren sehen möchte. Grundsätzlich ist jedoch anzuerkennen, dass die Kommission die Bindung lediglich in eine Richtung angestrebt hat. So ist eine Negativentscheidung im Hinblick auf das Vorliegen eines kartellrechtswidrigen Sachverhalts an sich noch kein Ausschlussgrund für den Klageanspruch¹³⁴. Dies hat dann auch den angenehmen Nebeneffekt für die Wettbewerbsbehörden und

Die Zukunft privater Schadensersatzklagen nach dem Richtlinienentwurf der Kommission vom 11. Juni 2013 - Tagung des Studienkreises Wettbewerb und Innovation Ulrich Pfeffer / Per Rummel.

¹³¹ Vorschlag 4.2. b COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹³² Zur jüngsten Entwicklung im Bereich der Aufdeckungspflicht siehe: EuGH, Donau Chemie v. 06.06.2013 - C-536/1

¹³³ Art. 5 COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹³⁴ Vgl. hierzu die Begründung in 4.3.1 Vorschlag COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

die Kommission, dass die Kläger unabhängig ihrer Entscheidung keinen direkten Schaden erleiden und somit auch kein Rechtskonflikt auf dieser Linie ausbrechen kann.

4. Schadensbewertung und Schadensdistribution

Im Bereich der Ermittlung des Schadens und seiner Höhe hat die Kommission in ihrer Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen darauf hingewiesen, dass von einer widerlegbaren Vermutung des Eintritts eines Schadens auszugehen ist¹³⁵. In praktischer Hinsicht ist dies daraus zu begründen, dass in der absoluten Mehrzahl der Fälle mit einer Kartellrechtsverletzung auch ein Schaden einhergehen wird. In Bezug auf die Stellung des Klägers hat dies jedoch zur Folge, dass er nicht etwa den Eintritt des Schadens, sondern lediglich seinen Status als potentiell geschädigte Partei beweisen muss. Problematisch hingegen ist, dass der Beweis des Ausmaßes des entstandenen Schadens weiterhin bei dem Kläger liegt. Bereits die Beweisführung bezüglich der Existenz des Schadens kann äußerst schwierig sein. Seine exakte Höhe festzustellen ist oftmals unmöglich. Deswegen wird in der Mitteilung dargelegt, dass durch die Frage des Ausmaßes des Schadens nicht der Anspruch auf Schadensersatz selbst ausgeklammert werden kann. Insbesondere im Hinblick auf Sammelklagen, in welchen es um sehr geringe Einzelschäden geht, dürfte dies äußerst hilfreich für die Kläger sein, da diese ansonsten aufgrund der Unmöglichkeit, die Höhe des Schadens zu beweisen, und des geringen Ausmaßes der Einzelschäden, das eine faire Bewertung des Schadens erschwert und teils unmöglich macht, an der Erstreitung ihres Rechts gehindert werden könnten. Andererseits bringt dies auch die Beklagten in eine unangenehme Position, da sie gegen einzelne Kläger, deren Schaden sie bestreiten, gezielt vorgehen müssten, was im Fall einer Sammelklage extreme Ausmaße annehmen könnte¹³⁶.

Im Hinblick auf die Aufteilung der Schadensersatzpflicht sieht die Lösung der Kommission eine gesamtschuldnerische Haftung aller Beteiligten vor¹³⁷. Ziel dieser Regelung ist es, eine möglichst große Vermögensmasse für die Entschädigung des Klägers zu sichern und ihm das Vorgehen gegen die Beklagten zu erleichtern. Während diese Regelung im vielstaatlichen Raum der EU zwar enorme Vorteile für den Kläger bietet, da sich dieser grundsätzlich dafür entscheiden könnte, einen im entsprechenden Staat ansässigen Schuldner zu wählen, musste die Kommission zum Schutze des eigenen Prüfungsprozesses doch weitere Einschränkungen vornehmen. So sieht die Kommission insbesondere dadurch, dass ein Kronzeuge grundsätzlich auf Rechtsmittel verzichten wird, die Gefahr gegeben, dass private Kläger die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vor Gericht nutzen werden, um so der komplexen Beweisführung aus dem Weg zu gehen, die sie im Verhältnis zu den anderen Beteiligten, welche Rechtsmittel

¹³⁵ Siehe Rn. 5 des Praktischen Leitfadens.

¹³⁶ Siehe z.B. *Wal-Mart v. Dukes*, 564 U.S. (2011), *Smiley v. Citibank*, 517 U.S. 735, (1996) usw.

¹³⁷ Art. 11 Vorschlag COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

eingelegt haben, noch nicht geltend machen könnten. Um dem jedoch aus dem Weg zu gehen, kann entsprechend Art. 11 des Vorschlags der Kommission ein „Kronzeuge“ nur insoweit haftbar gemacht werden, wie er direkt für den Schaden verantwortlich ist bzw. wie hoch sein Anteil im gesamten Vorhaben zu bewerten ist. Diese Regelung wird jedoch dadurch relativiert, dass der „Kronzeuge“ auch dann haftbar gemacht werden kann, wenn die Begleichung des Anspruchs durch die anderen Beklagten unmöglich geworden ist¹³⁸. Hierdurch soll doch ein endgültiger Vorrang der Rechte der Gläubiger vor dem allgemeinen Interesse im Hinblick auf das Kronzeugenprogramm gegeben werden. Diese Lösung ist auch zu begrüßen, da die Kommission sonst gegebenenfalls hoheitsrechtlich über Ansprüche der Geschädigten gebieten könnte.

5. Schutz der Interessen der einzelnen Kläger

Ein wesentliches Problem im Bereich des kartellrechtlichen Rechtsschutzes stellt das Phänomen des rationalen Desinteresses dar. Danach wird ein Kläger grundsätzlich davor zurückschrecken, Klage zu erheben, auch wenn sein Anspruch berechtigt ist, wenn der Erfolg mit unverhältnismäßigen Hürden verbunden ist¹³⁹. Die einzelnen Geschädigten sind aufgrund der finanziellen Last eines umfangreichen Gerichtsverfahrens, welches auch noch gegen eines oder mehrere wirtschaftsstarke Unternehmen zu führen ist, häufig demotiviert, eine Klage zu erheben. Die bereits erläuterte Bindung an Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden ist dabei sicherlich ein wesentlicher erleichternder Faktor für *Follow-on*-Verfahren. Jedoch kommen Parallelverfahren logischerweise nicht in den Genuss dieses Vorteils und selbst in *Follow-on*-Verfahren bestehen weitere Beweispflichten im Hinblick auf wesentliche Grundlagen der Forderung (Höhe des Schadens, Ursächlichkeit). Somit benötigt es weiterer Mechanismen, um den einzelnen Geschädigten einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Ein weiteres Element der Stärkung der Position des Klägers liegt in der Anzahl der Kläger im kollektiven Rechtsschutzverfahren, welches die Kommission in ihrer Empfehlung vorgestellt hat. Durch die Kumulierung von Klägern werden die Kosten für den Einzelnen gesenkt und das Resultat einer *Cost-benefit*-Analyse positiv beeinflusst. Wie weit dies gehen kann, wurde erst jüngst im Fall *Wal-Mart v. Dukes* vor dem US Supreme Court bewiesen, in welchem sich insgesamt 1,6 Millionen Kläger der Klage anschlossen¹⁴⁰.

Neben dem Schutz der Rechtsposition der Kläger im Verhältnis zu den Beklagten hat die Kommission auch Überlegungen im Verhältnis des Klägers und Beklagten zu Drittparteien, welche einen Vorteil aus der Sammelklage

¹³⁸ Art. 11 Vorschlag COM(2013) 404 final v. 11.06.2013.

¹³⁹ Siehe zum Begriff des „rationalen Desinteresses“ Stephanie Eichholtz: Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002, S 34.

¹⁴⁰ Siehe: *Wal-Mart v. Dukes*, 564 U.S. (2011); zu bedenken ist hier allerdings auch, dass der US Supreme Court im Endeffekt doch davon ausging, dass zwischen den Klägern nicht ein angemessenes Niveau an Gemeinsamkeiten vorlag. Somit ist der Fall eher ein Beweis der wirtschaftlichen und faktischen Effekte einer Sammelklage.

ziehen wollen, angestellt. So müssen Kläger bei Einreichung der Klage auch ein umfangreiches Finanzstatement abgeben, in welchem darzulegen ist, wie und insbesondere durch wen die Prozesskosten getragen werden. Das Gericht soll dann das Verfahren aussetzen können, wenn bei der Verwendung von Mitteln Dritter¹⁴¹:

- ein Interessenkonflikt zwischen dem Dritten, der Klagepartei und ihren Mitgliedern besteht;

- der Dritte nicht über ausreichende Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen gegenüber der Klagepartei, die das Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes eingeleitet hat, nachzukommen;

- die Klagepartei nicht über ausreichende Mittel verfügt, um bei einer Niederlage vor Gericht die Kosten der Gegenseite tragen zu können.

6. Auswirkungen auf die Finanzkraft von Unternehmen und finanzielle Erwägungen von Kronzeugen

Betrachtet man die finanziellen Wirkungen der beiden Mechanismen des Marktschutzes – der Bußgelder der Kommission und der privaten Klagen gegen Kartelle – so kommt man nicht umher, sich die Frage nach den möglichen Wechselwirkungen und Konsequenzen ihrer parallelen Existenz zu stellen. Die Kommission geht davon aus, dass die vorgestellten privatrechtlichen Maßnahmen eine ergänzende Stellung zu dem Bußgeldverfahren haben werden, da beide Mechanismen grundsätzlich unterschiedliche Ziele verfolgen¹⁴². Zuvor wurde daher bereits darauf eingegangen, welche Wirkungen das Bußgeldverfahren auf die Erfolgchancen privater Kläger haben wird. Auch wurde der Ansatz der Kommission betrachtet, bestimmte Informationen geheim zu halten, um das Institut des Kronzeugen nicht zu gefährden. Ein wesentlicher Aspekt wurde bisher allerdings noch nicht angesprochen; Geldbußen, welche die Kommission verhängt, haben bereits jetzt wesentliche finanzielle Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen¹⁴³. Genau dies ist auch gewünscht, da ohne „Spürbarkeit“ der Zweck des Marktschutzes nicht erreicht werden kann. Jetzt wird diese finanzielle Belastung allerdings noch durch den privatrechtlichen Schadensersatz ergänzt. Die kartellrechtlichen Bußgelder sind auf die Finanzstärke der beteiligten Unternehmen zumindest teilweise angepasst. Somit ist die Chance groß, dass Unternehmen diese grundsätzlich werden tragen können. Im Verhältnis zu Sammelklagen, welche sich lediglich auf den entstandenen Schaden, nicht aber auf

¹⁴¹ COM (2013) 401 v. 11.6.2013.

¹⁴² IMPACT ASSESSMENT REPORT Damages actions for breach of the EU antitrust rules accompanying the proposal for a Directive on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Rn 29.

¹⁴³ Vgl. hierzu beispielsweise aus der Presse: <http://www.handelsblatt.com/finanzen/recht-steuern/unternehmensrecht/immer-hoehere-bussgelder-eu-kartellrecht-belastet-die-wirtschaft/3220734.html>

die faktische Möglichkeit des Unternehmens, diesen zu begleichen, konzentriert, ist das Schicksal des Unternehmens weitaus ungewisser¹⁴⁴.

Hieraus ergeben sich zwei Probleme; sollten Bußgeld und Schadenersatz ein Unternehmen soweit finanziell belasten, dass dieses seine wirtschaftliche Tätigkeit nicht weiter ordnungsgemäß ausüben kann, so könnte dies die Existenz bedeutender Industrieunternehmen in Europa gefährden. Und während eine Sanktionierung dieser Unternehmen sicherlich das Ziel des Kartellrechts ist, dürfte die Zerschlagung des Unternehmens weit über dieses Ziel hinauschießen. Diesbezüglich wird man in Zukunft entweder die Bußgeldhöhe anpassen müssen oder die Praxis der Schadenersatzklagen wird sich dahingehend entwickeln müssen, eine reale Wertabschöpfung durchzuführen.

Ein weiteres Problem dürfte darin liegen, dass an Kartellen beteiligte Unternehmen sich zweimal überlegen dürften, von der Kronzeugenregelung Gebrauch zu machen, da sie diese nur von dem Bußgeld, nicht aber vor privatrechtlichen Ansprüchen schützen wird. Es ist zwar gewährleistet, dass Informationen aus dem Kronzeugenprogramm geschützt sind, allerdings sieht die Mitteilung der Kommission vor, dass die Unmöglichkeit der genauen Schadensbemessung die Haftung für den Schaden nicht ausschließen darf. Dies könnte zur Folge haben, dass Gerichte die Schadenshöhe an der Höhe des Schadens, den die anderen Unternehmen, die am Kartell beteiligt waren, verursacht haben, ausmachen. Ein Kronzeuge würde sich somit dazu bekennen, einem Kartell angehört zu haben und die Kommission dabei unterstützen, andere Teilnehmer am Kartell mit einer Geldbuße zu belegen. Diese würden wiederum in einem Verfahren gegen den Bußgeldbeschluss zahlreiche Informationen offenlegen, welche dann im privatrechtlichen Verfahren gegen sie genutzt werden könnten, und dies könnte dann indirekt auch auf den Kronzeugen übertragen werden.

Daher wird sich eine Zusammenarbeit mit der Kommission wohl nur auf solche Fälle beschränken, in denen ein Kartellmitglied entweder nicht in bedeutendem Ausmaß in der EU Schadenersatzansprüche zu fürchten hat, oder aufgrund der Nachforschungen der Kommission eine Aufdeckung des Kartells ohnehin sehr wahrscheinlich erscheint und durch die Kronzeugenregelung lediglich Schadensbegrenzung betrieben werden soll. Da es rechtlich jedoch kaum möglich wäre, einen privatrechtlichen Schadenersatzanspruch komplett auszuschließen, um die Effizienz des Kronzeugenprogramms zu unterstützen, und es außerdem sehr fraglich wäre, ob dies überhaupt wünschenswert ist, kann man davon ausgehen, dass die Kommission in diesem Bereich das Maximum des möglichen Schutzes eines Kronzeugen erreicht hat.

¹⁴⁴ Vgl. Hierzu auch Schwabs Anmerkung zum Anteil der Unternehmen in den USA, die durch Sammelklagen in die Insolvenz getrieben wurden, erwähnt in Clausitzer: Experiment EU-Sammelklagen – Brsseler Podiumsdiskussion mit Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes (EuZW 2013 , 171).

E) ERGEBNISSE

Die Kartellrechtsvorschriften des Europarechts sind ohne Frage unerlässlich für den Schutz des Binnenmarktes. Entsprechend ihrer Zielsetzung ist daher auch die besondere Stellung der Kommission als Beschützer des Binnenmarktes mit allen damit einhergehenden Kompetenzen verständlich. Die Möglichkeit der Kommission, gegen Kartelle vorzugehen, ist einerseits jedoch nicht immer eine absolute Lösung, da die Kommission in der Entscheidung, Sachverhalte zu prüfen, unabhängig ist. Selbst wenn die Kommission jedoch tätig wird, werden die Kartelle an sich zwar für die Zukunft ausgeschaltet, der Schaden, der Verbrauchern jedoch entstanden ist, wird hierdurch nicht wieder gutgemacht. Daher ist der privatrechtliche Schutz gegen Kartelle ein wesentliches Thema in der Debatte um eine effektive Reaktion auf Kartelle. Dass der Schutz der Rechte einzelner Geschädigter bisher jedoch nur eingeschränkt durchgesetzt wurde, war klar erkennbar im Rahmen der Entwicklung des Kartellprivatrechts. Europaweit gab es zwar verschiedene Ansätze, einzelnen Geschädigten einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Dieser hielt sich aufgrund der Supranationalität der Problematik allerdings in Grenzen. Somit ist es auch nicht verwunderlich, dass sich die Kommission intensiv mit der Problemstellung der privatrechtlichen Klagen im Kartellrecht auseinandergesetzt hat. Dass den ersten Studien in diesem Bereich ein langwieriger Prozess folgte, der den neuen Reformansätzen voranging, ist wohl einerseits der Komplexität der Materie bzw. den zahlreichen diesem Rechtsbereich inhärenten Missbrauchsmöglichkeiten und andererseits dem Konflikt zwischen Interessen der Kläger, der Beklagten und dem Allgemeinwohl an sich zuzurechnen.

Gerade aus dieser Komplexität haben sich zahlreiche Einzelprobleme in den Bereichen der Beweisführung, Entschädigung, Koordination von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsregeln, Effektivität des Rechtsschutzes und der wirtschaftlichen Folgen ergeben. Im Grunde war die Kommission mit der delikaten Aufgabe betraut, einen angemessenen Mittelweg zu finden, der das beste Interesse der Parteien und den Schutz des Marktes in einem jeweils adäquaten Maße berücksichtigt. Hierbei war die Kommission insbesondere mit dem Ausgleich der Rechtsposition der Kläger beschäftigt, da sich diese zwar einerseits in der sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich offensichtlich schwächeren Position befanden, aber zu starke Zugeständnisse ihnen gegenüber Rechtsmissbrauch anregen oder die Kartellaufsicht an sich erschweren könnten.

Durch die Regulierung von Sammelklagen werden Hürden für die Kläger abgebaut, da sich die Rentabilität einer Klage aufgrund der Kostenteilung der Parteien erhöht. Auch der Informationszuwachs, auch wenn meist eher gering, kann in manchen Fällen, beispielsweise bei der Zusammenwirkung mit geschädigten Unternehmen, vorteilhaft sein. Die Regulierung dieses Bereiches sieht zwar Einschränkungen bezüglich der Finanzierung vor, diese sind allerdings nur logisch und dienen zumeist in erster Linie dem Schutz der Kläger vor ausbeuterischem Verhalten eines Dritten.

Im Bereich des Informationsdefizits auf Seiten des Klägers wurde daher insbesondere Rücksicht auf die Art der herausgegebenen Informationen genommen. Hier werden zahlreiche Einschränkungen vorgesehen, die die Informationsübertragung auf ein für den Fall benötigtes Minimum reduzieren sollen. Dabei werden zwar zahlreiche Limitationen für den Kläger vorgesehen, allerdings wird die Forderung im Wesentlichen von seinen Argumenten bezüglich der Zweckmäßigkeit der Information abhängig gemacht. Allgemein kann man festhalten, dass die Einschränkungen im Bereich des Informationszugriffs somit als gerechtfertigt anzusehen sind. Dem Kläger steht ein Recht darauf zu, seine Forderungen effektiv einklagen zu können. Er ist jedoch kein öffentliches Organ und kann somit auch kein entsprechendes Vertrauen genießen. Auch wenn es als schwierig anzusehen ist, die Bedeutung einzelner angeforderter Unterlagen vor Gericht nachzuweisen, kann es einem Unternehmen nicht zugemutet werden, Betriebsgeheimnisse ohne absolut triftigen Grund an eine Person auszuhändigen, deren Verschwiegenheit nicht aus ihrer öffentlich-reichlichen Position ergeht.

Die Übertragung der Beweislast sowie die Bindung an Entscheidungen im Bereich der Kartellaufsicht können gerade in diesem Kontext als bessere Lösung angesehen werden als eine breitere Informationspflicht. Auch die Limitierung des Beklagten in Bezug auf seine Verteidigung diskreditiert die Angemessenheit dieser Vorschriften nicht. Im Hinblick auf die Entscheidung der Wettbewerbsbehörden stehen dem beschuldigten Unternehmen sowieso Rechtsmittel zur Verfügung. Die teilweise Beweislastumkehr hingegen ist eine logische Folge des Informationsungleichgewichtes und des Schutzes der Informationen des Beklagten selbst. Auch die Art und der Umfang des Schadenersatzanspruches ist als angemessen zu bewerten. Die gesamtschuldnerische Haftung ergeht aus der Tatsache, dass auch die Schadensursache ein Resultat der gemeinsamen Willensbetätigung der Unternehmen war.

Die Sonderposition des Kronzeugen sowohl im Hinblick auf Schadenersatzansprüche als auch in Bezug auf das Informationsherausgabeverbot der entsprechenden Vereinbarung ist als grundsätzlich verhältnismäßig zu bewerten. Die Stellung des Kronzeugen in Prüfungsverfahren ist von so wesentlicher Bedeutung, dass man in gewisser Hinsicht sogar einen zu geringen Schutz vermuten könnte. Insbesondere die Tatsache, dass ein Kronzeuge unter bestimmten Voraussetzungen auch für Schadenersatzansprüche gegenüber den anderen Kartellmitgliedern haftbar gemacht werden kann, könnte eine außerordentlich abschreckende Wirkung für die Zusammenarbeit mit den Behörden haben. Dies wird insbesondere im Verhältnis zu kleineren Kartellmitgliedern der Fall sein, welche ihr wirtschaftliches Überleben davon abhängig machen würden, dass die wesentlichen Kartellmitglieder ihren Anteil begleichen werden. Auch wenn die vorgesehene Lösung somit für Kartellprüfungsverfahren zu negativen Folgen führen könnte, ist festzuhalten, dass es zumindest in der jetzigen Konstellation die einzig adäquate Lösung ist, und dies zumindest bis zu einer höherrangigen fixen Regelung zum Status des Kronzeugen, welche den Ermessensspielraum der Kommission einschränkt, bleiben wird.

Als weiterer wesentlicher Punkt des Verfahrens ist noch auf die Unterscheidung zwischen einer unabhängigen Klage im Verhältnis zu einer *Follow-on*-Klage einzugehen. Die Übertragung der Beweislast und Anerkennungspflicht in Bezug auf Entscheidungen der Wettbewerbsaufsichtsbehörden lassen klar erkennen, dass man sich nur zögernd für die Stärkung einer Sammelklage im Bereich des Wettbewerbsrechts entschieden hat. So müssen diese Elemente ebenfalls bewiesen werden, trotz der strikten Einschränkungen in Bezug auf die Herausgabe von Information. Somit erscheint die Durchsetzbarkeit einer Klage ohne die Deckung durch eine entsprechende Entscheidung der Wettbewerbsbehörde eher eingeschränkt. Da die Kontrolle durch die Kommission nicht erzwungen werden kann, ist im Sinne der Rechtsstaatlichkeit den einzelnen Parteien zwar eine Möglichkeit zu geben, selbstständig gegen Kartellrechtsverletzungen vorzugehen, durch die gesteigerten Anforderungen werden allerdings weitere Hürden für den Kläger geschaffen, anhand welcher es fraglich ist, ob ein effizienter Rechtsschutz erreicht werden kann.

Somit ist gerade für Situationen, in denen die Meinung der Geschädigten mit der der Kommission auseinandergeht, der Rechtsschutz nicht ausreichend gegeben. Dies bedeutet allerdings nicht gleichzeitig, dass deswegen das Problem des Rechtsmissbrauchs aus der Welt geschafft ist. Vielmehr scheint es, als ob die Missbrauchsproblematik lediglich teilweise gelöst wurde, und insbesondere im faktischen Wirkungsbereich – Imageschaden, Aufschub wirtschaftsrechtlicher Prozesse – weiter existent ist. Somit ist es fraglich, ob gerade in diesem Bereich durch eine solche Lösung nicht mehr Probleme geschaffen als gelöst werden.

FINANCIAL STRENGTH RELATED FINES AND CIVIL MECHANISMS OF LEGAL PROTECTION AGAINST CARTELS IN THE ENERGY SECTOR

Cartel law is one of the key elements for the protection of market competition at EU level. Hefty fines which have significant financial consequences on included companies have proved to be effective means in the battle against cartels. However, the law on cartels at EU level has as its aim to deter cartels and sanction the participants. Therefore, in this way, it is not possible to rectify the damage done to all subjects who have fallen victim to cartel activity. The Court of the European Union has therefore in several judgements expressed the opinion that private individuals must have at their disposal the possibility of seeking damages. The recent suggestions by the Commission in this direction represent a revolution in private law in Europe. Therefore introducing expensive lawsuits and amending the burden of proof for the first time should equally in the EU provide the possibility of seeking damages from cartels

This paper critically presents novelties which should result from the implementation of the suggestions by the Commission. It also thematises the mutual activity of financial sanctions expressed by the Commission and novelties in the area of private law. Furthermore, particular emphasis lies in the influence of possible amendments in the area of private law on the economic power of cartel members. Continual procedure of expressing financial sanction is regarded in this way as is the connection with the company's balance related to the unpredictable system of damages in private law. In this context, the financial interests of cartel members is in particular examined and that, after introducing these amendments in the legal system, they participate in the procedure before the Commission as crown witnesses.

Key words: *Cartels, fines, expensive lawsuits, financial effect, accounting balance*