

Stellungnahme zum Entwurf der Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte

Kurzzusammenfassung:

Die Kommission ist grundsätzlich verpflichtet, sich in ihrem Besitz befindliche Dokumente an ein mitgliedstaatliches Zivilgericht zu übermitteln, wenn sie darum durch ein Gericht ersucht wird. Gemäß dem Entwurf der Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte¹ (nachfolgend **E-Mitteilung**) soll diese Pflicht dahingehend eingeschränkt werden, dass eine Übermittlung nur dann erfolgt, wenn die am Zivilprozess beteiligten Parteien oder Dritte die Dokumente «nicht mit zumutbarem Aufwand bereitstellen können» (Randnummer 14 E-Mitteilung) oder die Beweismittel «nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können» (Randnummer 26 E-Mitteilung). Das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» entspricht dem Art. 6 Abs. 10 Kartellschadensersatzrichtlinie² (nachfolgend **KartellschadensersatzRL**), welcher die Übermittlung von sich im Besitz von mitgliedstaatlichen Behörden befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte regelt. Im Gegensatz hierzu richtet sich die Zusammenarbeit und insofern auch die Frage betreffend die Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003, der selbst Ausdruck des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit ist. Mit der Anwendung des der KartellschadensersatzRL entlehnten Kriteriums des «zumutbaren Aufwands» auf die Übermittlung von Dokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte besteht die Gefahr eines Bruches mit dem primärrechtlichen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Die in dieser Stellungnahme vorgeschlagenen Änderungen stellen sowohl einen zielführenden als auch primärrechtskonformen Ansatz dar.

Der Erlass der KartellschadensersatzRL und die damit verbundenen Offenlegungspflichten unter Privaten (Art. 5 KartellschadensersatzRL) und der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden (Art. 6 KartellschadensersatzRL) beziehungsweise deren Rezeption in das jeweilige mitgliedstaatliche Recht haben bis dato nicht zu dem verheißenen «Gezeitenwechsel» in der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung geführt. So zeigen sich etwa die deutschen Zivilgerichte betreffend der neuen Offenlegungsansprüche allgemein zurückhaltend.³ Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle enthält zumindest punktuell Ergänzungen des Offenlegungsanspruchs unter Privaten.⁴ So wird klar gestellt, dass es für die Offenlegung einer sich im Besitz von Privaten oder Dritten befindliche Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde nach §89b Abs. 5 GWB keiner Eilbedürftigkeit bedarf. Zudem soll die aktuelle Fassung des

* Vorliegende Stellungnahme wurde erstellt von Benedikt Freund, MLaw, Rechtsanwalt (Zürich/CH), Doktorand an der Universität Zürich, gefördert durch das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (München/D), E-Mail: benedikt.freund@rwi.uzh.ch.

¹ Der Entwurf der Mitteilung ist auf der Kommissionswebseite abrufbar, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/index_en.html; (alle Webfundstellen zuletzt abgerufen am 18. Oktober 2019).

² Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, S. 1).

³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.05.2018, I-W (Kart) 2/18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.04.2018, VI-W (Kart) 2/18; siehe kritisch zu den beiden Beschlüssen SOYEZ VOLKER, § 89b Abs. 5 GWB – R. I. P., § 33g GWB - sleep well; Wirtschaft und Wettbewerb 2018, S. 368 ff.; ALEX PETRASINCU/KARL-CHRISTOPH VON STEUBEN, Wie Phoenix aus der Asche – Zeitliche Anwendbarkeit der Offenlegungsregeln des § 33g GWB im Lichte jüngster Rechtsprechung, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2018, S. 286 ff.

⁴ Abrufbar unter <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/10/GWB-Digitalisierungsgesetz-Fassung-Ressortabstimmung.pdf>; vgl dazu auch PATRICK HAUSER/JANNIK OTTO, Bericht zum 15. Gesprächskreis Kartellrecht des IKartR der HHU Düsseldorf: 10. GWB-Novelle und Schienenkartell-Urteil des BGH, Wirtschaft und Wettbewerb 2019, S. 373 f., S. 373.

§89b Abs. 7 GWB dahingehend konkretisiert werden, dass das Gericht bei der Wahl der erforderlichen Maßnahmen, um den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten, einen öffentlich bestellten Sachverständigen mit einem Gutachten zu dem erforderlichen Umfang des im Einzelfall gebotenen Schutzes derartiger Informationen beauftragen kann. Es bleibt jedoch offen, ob die geplanten Neuerungen schlussendlich umgesetzt werden und zudem ausreichen, um der zurückhaltenden Handhabung durch die deutschen Zivilgerichte entgegenzuwirken.

Diese Problematik stellt sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in vielen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Gemäß Ansicht der Kommission verfügen die Gerichte in den Mitgliedstaaten nicht über ausreichende Erfahrung im Umgang mit Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen. Den mitgliedstaatlichen Gerichten stellen sich daher praktische Fragen, wie derartige Informationen wirksam geschützt werden können, ohne die Interessen der potenziell Geschädigten bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche zu gefährden.⁵ Vor diesem Hintergrund hat die Kommission die E-Mitteilung veröffentlicht, welche den mitgliedstaatlichen Gerichten praktische und nicht verbindliche Anregungen für die Wahl der wirksamsten Geheimnisschutzmaßnahme bei der Gewährung von Offenlegungsanträgen zur Hand geben soll.⁶ Die Kommission hat die Öffentlichkeit bis zum 18. Oktober 2019 um Konsultation des entsprechenden Konsultationspapiers gebeten, was nachfolgend erfolgt.

Diese Stellungnahme befasst sich ausschließlich mit den Randnummern 14 und 26 und den entsprechenden Fußnoten und präsentiert diesbezügliche Änderungsvorschläge. Hierzu wird der aktuelle Wortlaut der zu ändernden Randnummern wie Fußnoten wiedergegeben (1). Im Anschluss wird die sich in Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 statuierte Pflicht der Kommission, sich in ihrem Besitz befindliche Dokumente an Zivilgerichte zu übermitteln (2) und die durch die E-Mitteilung geplante Anpassung dieser Pflicht bzw. das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» dargestellt (3). Nachfolgend wird dargelegt, in welchen Konstellationen das Unionsinteresse vorrangig ist und eine Ausnahme der Pflicht zur Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten begründet (4). Sodann gilt kritisch zu würdigen, ob die geplante Anpassung durch ein überwiegendes Unionsinteresse überhaupt gerechtfertigt ist (5). Hieraufhin gilt es darzulegen, dass sich Zivilgerichte bei ihrem Ermessensentscheid, ob die Übermittlung von Dokumenten der Kommission erbeten wird, zwar nicht nach dem Kriterium des «zumutbaren Aufwands» orientieren müssen, sie dieses Kriterium jedoch in Hinblick auf eine einheitliche Ausgestaltung der Übermittlungspflicht der Behörden — Kommission wie mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden — berücksichtigen sollten (6). Abschließend werden die Ausführungen zusammengefasst und die Anpassungsvorschläge dargestellt (7).

1) Randnummern 14, 26 sowie Fußnoten 11, 27 und 28

Randnummer 14 auf Seite 4 der E-Mitteilung lautet wie folgt (Hervorhebung durch den Verfasser):

«Auf Antrag einer Partei können nationale Gerichte die Offenlegung von Beweismitteln gegenüber einer Partei oder einem Dritten anordnen. Können die Parteien eines Zivilverfahrens oder Dritte die ermittelten Beweismittel **nicht mit zumutbarem Aufwand bereitstellen** und betrifft der Antrag Unterlagen, die in der Akte der Kommission oder der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde enthalten sind, so kann das nationale Gericht die Anordnung direkt an letztere richten.¹¹ Dies könnte der Fall sein, wenn die betreffende Partei eine bestimmte Unterlage nicht ausfindig machen

⁵ Siehe Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 29. Juli 2019 (zit. Pressemitteilung), https://ec.europa.eu/germany/news/20190729-kartellrecht_de.

⁶ Siehe Pressemitteilung (Fn. 5).

kann (z. B. wenn die Datei beschädigt ist oder frühere, physische Unterlagen durch ein Feuer in den Geschäftsräumen vernichtet wurden).»

Die Fußnote 11 auf Seite 4 der E-Mitteilung lautet wie folgt:

«Siehe Artikel 4 Absatz 3 EUV zum Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu Ersuchen auf Übermittlung von Informationen durch die Kommission sowie Rechtssache C-2/88 Imm., J. J. Zwartveld u. a., ECLI:EU:C:1990:315, Rn. 22. Siehe auch Artikel 6 Absatz 10 der Schadensersatzrichtlinie, wonach die Offenlegung von Beweismitteln durch eine Wettbewerbsbehörde ein letztes Mittel ist („Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die nationalen Gerichte die Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten der Wettbewerbsbehörde enthalten sind, nur dann bei der Wettbewerbsbehörde beantragen, wenn die Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können.“).»

Die Randnummer 26 auf Seite 8 der E-Mitteilung lautet wie folgt (Hervorhebung durch den Verfasser):

«Nach dem in Artikel 4 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit können nationale Gerichte im Rahmen von Zivilverfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV beschließen, die Kommission um Stellungnahmen zu Fragen, die die Anwendung des EU- Wettbewerbsrechts betreffen, oder um die Übermittlung rechtlicher, wirtschaftlicher oder verfahrensmäßiger Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, zu bitten.²⁷ So können nationale Gerichte beispielsweise Unterlagen aus der Kommissionsakte anfordern, **sofern diese nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können**.²⁸ In diesem Zusammenhang ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Kommission, wie vorstehend bereits dargelegt, keine Unterlagen der schwarzen Liste bzw. – bei noch nicht abgeschlossenen Verfahren – keine Unterlagen der grauen Liste übermittelt (siehe Randnummer 18).»

Die Fußnote 27 auf Seite 8 der E-Mitteilung lautet Fassung wie folgt:

«Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr.1/2003; Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten, Rn. 21, 27 und 29; Rechtssache Postbank, Rn. 65; siehe auch Rechtssache Zwartveld, Rn. 21–22.»

Die Fußnote 28 auf Seite 8 der E-Mitteilung lautet wie folgt:

«Siehe Artikel 6 Absatz 10 der Schadensersatzrichtlinie.»

2) Pflicht zur Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte

Gemäß Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 kann ein Zivilgericht die Kommission um die Übermittlung von grundsätzlich allen Informationen und die sie verkörpernden Dokumente der Verfahrensakte ersuchen.⁷ Gemäß der europäischen

⁷ Erw. 15 KartellschadensersatzRL (Fn. 2); Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, RITTER/WIRTZ, Band 1, EU/Teil 2, Art. 15 VO 1/2003 Rn. 2; RENATO NAZZINI, Competition Enforcement and Procedure, 2. Aufl., Oxford 2016, Rn. 7.122; ROMINA POLLEY, Third Party Access to File in Competition Cases, in: EFTA Court (Hrsg.), The EEA and EFTA Court – Decentred integration, Oxford 2014, S. 438; Jonathan Faull/Ali Nikpay

Rechtsprechung — und entgegen dem Wortlaut der Bestimmung, der zufolge die Gerichte die Kommission um «Übermittlung [...] bitten [...] können» — ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 die grundsätzliche Pflicht der Kommission, sich in ihrem Besitz befindliche Dokumente Zivilgerichten bei der Anwendung des Unionsrechts zu übermitteln.⁸ Bezeichnenderweise lautet die entsprechende Überschrift der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten (nachfolgend **Bekanntmachung/Zusammenarbeit**) «Verpflichtung der Kommission zur Übermittlung von in ihrem Besitz befindlichen Informationen an einzelstaatliche Gerichte», und folglich dem Sinne der Rechtsprechung entspricht.⁹

Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 wiederum bildet Ausfluss des in Art. 4 Abs. 3 EUV festgehaltenen Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit.¹⁰ Die Grenzen der loyalen Kooperation, etwa ab wann eine Übermittlung von Dokumenten eingeschränkt oder abgelehnt werden kann, hängen von den im Einzelfall betroffenen Rechtsgütern ab. Demgemäß ist eine starre Grenzziehung grundsätzlich nicht angebracht. Dies bedeutet, dass es nach der aktuellen Ausgangslage stets einer Einzelfallprüfung bedarf, ob und inwiefern dem Ersuchen eines mitgliedstaatlichen Gerichts nachzukommen ist.¹¹ Die durch die Einführung des Kriterium des «zumutbaren Aufwands» bedingte Einschränkung der Pflicht zur Übermittlung scheint demnach dem Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit fremd zu sein und findet bis dato keine Anwendung auf die Übermittlung von Dokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte.

Die europäische Rechtsprechung hat hingegen als gegen eine Übermittlung sprechende Gründe bisher den — vorliegend nicht einschlägigen — Schutz des Berufsgeheimnisses¹² sowie das vorrangige Unionsinteresse anerkannt. Folgend wird das einzuführende Kriterium des «zumutbaren Aufwands» und daraufhin das Unionsinteresse näher dargestellt. Dies ermöglicht zu untersuchen, ob das einzuführende Kriterium des «zumutbaren Aufwands» Ausdruck eines vorrangigen Unionsinteresses darstellt und eine zulässige Einschränkung der Übermittlungspflicht ist.

(Hrsg.), *The EU Law of Competition*, 3. Aufl., Oxford 2014, DE SMITJER/SINCLAIR, Rn. 2.274; vgl. auch Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015, NOTHDURFT, Art. 15 Rn. 12.

⁸ EuG, T-353/94, *Postbank*, ECLI:EU:T:1996:119, Rn. 64; EuGH, C-2/88, *Zwartwald*, EU:C:1990:440, Rn. 10 f.; EuGH, C-2/88-IMM, *Zwartverld*, ECLI:EU:C:1990:315, Rn. 22; BJÖRN LUNDQVIST/HELENE ANDERSSON, *Access to Documents for Cartel Victims and Cartel Members—Is the System Coherent?*, in: Maria Bergström/Marios Iacovides/Magnus Strand (Hrsg.), *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*, Oxford 2016, S. 165 ff., S. 172; DE SMITJER/SINCLAIR, Fn. 7, Rn. 2.274; NOTHDURFT, Fn. 7, VO 1/2003 Art. 15 Rn. 10.

⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 54), geändert durch die Bekanntmachung der Kommission über die Änderung der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags (ABl. C 256 vom 5.8.2015, S. 5), Überschrift III.A. 1., Rn. 21 ff.

¹⁰ DAVID AHSTON, *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, Cheltenham 2018, Rn. 4.107; Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Sonderausgabe, EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*, Nach Art. 83 EGV, München 2005, DALHEIMER, Art. 15 Rn.1; NAZZINI, Fn. 7, Rn. 7.123; ZUBER, Fn. 7, Art. 15 Rn. 4; DE SMITJER/SINCLAIR, Fn. 7, Rn. 2.274; Erw. 15 KartellschadensersatzRL, Fn. 2; siehe bereits EuGH, C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 53.

¹¹ So widerspräche es diesem Grundsatz, wenn die Gerichte die Kommission mit Übermittlungsanträgen überzögen, obwohl die Dokumente für das entsprechende Verfahren nicht relevant sind; vgl. EuGH, C-2/88-IMM, *Zwartverld*, ECLI:EU:C:1990:315, Rn. 25 f.

¹² EuG, T-353/94, *Postbank*, ECLI:EU:T:1996:119; siehe exemplarisch auch die Stellungnahme der Kommission gemäß Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 vom 5.5.2014, C(2014) 3066 final, *Interchange fee litigation before the Judiciary of England and Wales: Wm. Morrison Supermarkets plc and Others v MasterCard Incorporated and Others*; EuG, T-164/12R, *Alstom*, ECLI:EU:T:2012:637, Rn. 52 f.; NAZZINI, Fn. 7, Rn. 7.122.

3) Kriterium des «zumutbaren Aufwands»

Die in Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 stipulierte Pflicht soll durch die E-Mitteilung und entgegen der aktuellen Ausgangslage dahingehend eingeschränkt werden, dass eine Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumente an Gerichte nur dann zu erfolgen hat, wenn die am Zivilprozess beteiligten Parteien oder Dritte die ersuchten Dokumente «nicht mit zumutbarem Aufwand bereitstellen können» (Randnummer 14) oder die Beweismittel «nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können» (Randnummer 26). Das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» entspricht dem Art. 6 Abs. 10 KartellschadensersatzRL, auf den in den Fußnoten 11 und 28 E-Mitteilung entsprechend verwiesen wird. Der mittlerweile in sämtlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen implementierte Art. 6 Abs. 10 KartellschadensersatzRL sieht vor, dass der Zugriff eines mitgliedstaatlichen Gerichts auf Dokumente subsidiär — gemäß Fußnote 11 stellt der Zugriff auf die Dokumente der Wettbewerbsbehörden «das letzte Mittel» dar — zur Offenlegung unter Privaten zu erfolgen hat.

Art. 6 Abs. 10 KartellschadensersatzRL und die sie jeweils umsetzende nationale Bestimmung sollten ausschließlich die Übermittlung von sich im Besitz mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte und nicht die Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte regeln. Die KartellschadensersatzRL hält dementsprechend auch fest, dass die Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten nach dem primärrechtlichen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 richtet.¹³ Es gilt hingegen zu bedenken, dass gemäß Art. 6 Abs. 10 i.V.m. Art. 2 Abs. 8 KartellschadensersatzRL der Begriff der Wettbewerbsbehörde sowohl die nationalen Wettbewerbsbehörden, die gemäß Art. 2 Abs. 7 KartellschadensersatzRL die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden darstellen, als auch die Kommission umfasst. Somit lag das Verständnis nahe, dass die Offenlegung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten von dem Kriterium des «zumutbaren Aufwands» abhängig gemacht wurden.¹⁴ Dies im Widerspruch zur Erwägung 15 KartellschadensersatzRL, welche in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH¹⁵ unmissverständlich festhält, dass sich die Übermittlung von Dokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV richtet.

Die Grundlagen der Zusammenarbeit der Kommission einerseits und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden andererseits mit den mitgliedstaatlichen Gerichten fußen somit auf unterschiedlichen Grundlagen. Um prüfen zu können, ob das durch die E-Mitteilung eingeführte Kriterium des «zumutbaren Aufwands» eine zulässige Einschränkung der primärrechtlichen Pflicht der Kommission zur Kooperation mit mitgliedstaatlichen Gerichten darstellt, wird nachfolgend das Unionsinteresse erläutert und aufgezeigt, wann dieses vorrangig ist, bevor im Folgeschritt geprüft wird, ob das einzuführende Kriterium einen zulässigen Ausdruck des vorrangigen Unionsinteresses bildet.¹⁶

¹³ Erw. 15 KartellschadensersatzRL (Fn. 2).

¹⁴ Nach der Implementierung der 9. GWB-Novelle nunmehr auch die Ausgangslage in Deutschland bzw. §89e Abs. 1 i.V.m. §89c Abs. 1 Ziff. 2 GWB.

¹⁵ EuGH, C-2/88, Zwartwald, EU:C:1990:440, Rn. 10 f.; EuGH, C-2/88-IMM, Zwartverld, ECLI:EU:C:1990:315, Rn. 22; EuGH, C-275/00, *First/Franex*, ECLI:EU:C:2002:711, Rn. 49; EuGH, C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu*, ECLI:EU:C:1991:91, Rn. 53; EuG, T-353/94, *Postbank*, ECLI:EU:T:1996:119, Rn. 64; vgl. auch NOTHDURFT, Fn. 7, VO 1/2003 Art. 15 Rn. 10 f. m.w.N.

¹⁶ Ähnliche Überlegungen könnten *mutatis mutandis* auf die jeweiligen mitgliedstaatlichen Anpassungen angewandt werden, welche das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» in Bezug auf die Übermittlung von sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befindlichen Dokumenten bereits eingeführt haben, vgl. exemplarisch Fn. 14.

4) Vorrangiges Unionsinteresse

Kann eine Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten zu «Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit» führen oder die Unabhängigkeit der Union gefährden, ist es der Kommission gemäß der Rechtsprechung des EuGH gewährt, von einer Übermittlung abzusehen.¹⁷ In diesen Fällen ist das Unionsinteresse an der wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts vorrangig und spricht gegen eine Übermittlung der verlangten Dokumente. Die Kommission hebt sodann in ihrer Bekanntmachung/Zusammenarbeit unter Bezug auf die erwähnte Rechtsprechung hervor, dass eine Übermittlung untersagt wird, wenn es zu einer Gefährdung der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben, namentlich ihrer Untersuchungstätigkeit, kommen könnte.¹⁸

Eine mögliche Beeinträchtigung der Untersuchungstätigkeit der Kommission durch die Übermittlung von Dokumenten ist auf mannigfache Weise vorstellbar. Die Übermittlung von sich in ihrem Besitz befindlichen Dokumenten an ein Zivilgericht kann etwa während eines Verwaltungsverfahrens Aufschluss über die durch die Kommission gewählte Ermittlungsstrategie geben, weshalb der öffentlichen Durchsetzung halber von einer Übermittlung abgesehen werden kann.¹⁹ Speziell die Frage nach dem Umgang mit Dokumenten und Informationen, welche der Kommission im Rahmen eines Kronzeugenverfahrens freiwillig übermittelt wurden, hat sich in der jüngsten Vergangenheit als eigentlicher Zankapfel entpuppt. Diesbezüglich vertrat die Kommission noch in der alten Fassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit den Standpunkt, dass die Herausgabe jeglicher durch den Kronzeugen zur Verfügung gestellten Dokumenten — unabhängig davon, ob es sich um Kronzeugenunternehmenserklärungen oder bereits bestehende Dokumente, sog. pre-existing documents, handelt — ohne dessen Einwilligung zu verweigern ist.²⁰ Dies erfolgte unter der Annahme, dass eine Übermittlung jeglicher sich in ihrem Besitz befindlichen Dokumenten aus Kronzeugenverfahren eine «Gefährdung der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben» und insofern eine Gefahr der Untersuchungstätigkeit darstelle. Das Unionsinteresse, das im vorliegenden Zusammenhang als Interesse an der wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts verstanden wird, wurde pauschal als vorrangig zur Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und mithin auch zum Interesse am Rechtsschutz des Einzelnen taxiert.

Die Bekanntmachung/Zusammenarbeit wurde in diesem Punkt mittlerweile angepasst und unterteilt die im Rahmen eines Kronzeugenverfahrens eingereichten Dokumente in Kategorien.²¹ Je nach Kategorie ist das Unionsinteresse bzw. das Interesse an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts vorrangig zu einer Übermittlung.²² Gemäß der neuen Fassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit kann die Übermittlung von Dokumenten aus Kronzeugenverfahren folglich nicht mehr en bloc, ohne nach Dokumentenkategorie zu differenzieren,

¹⁷ EuGH, C-275/00, *First/Franex*, ECLI:EU:C:2002:711, Rn. 49; EuGH, C-2/88, *Imm.*, *Zwartveld*, ECLI:EU:C:1990:440, Rn. 11; EuG, T-353/94, *Postbank*, ECLI:EU:T:1996:119, Rn. 93.

¹⁸ Bekanntmachung/Zusammenarbeit (Fn. 9), Rn. 26.

¹⁹ HELMUTH SCHRÖTER/THINAM JAKOB/ROBERT KLOTZ/WOLFGANG MEDERER, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, BECKER, Kap. 3, Art. 15 Rn. 34.

²⁰ A.F. Bekanntmachung/Zusammenarbeit (Fn. 9), Rn. 26.

²¹ Vgl. auch Art. 16a der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. L 123 vom 27.4.2004, S. 18), geändert durch die Verordnung (EU) 2015/1348 der Kommission vom 3. August 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. L 208 vom 5.8.2015, S. 3), (nachfolgend DurchführungsVO).

²² Vgl. Art. 16a Abs. 2 f. DurchführungsVO (Fn. 21); vgl. auch die Bekanntmachung/Zusammenarbeit, Rn. 26, Fn. 9.

abgelehnt werden. Im Einklang mit der KartellschadensersatzRL²³ unterscheidet die Bekanntmachung/Zusammenarbeit nun zwischen zwei respektive drei Kategorien von Dokumenten:²⁴ (1) Die Dokumente der schwarzen Kategorie, bestehend aus Kronzeugenunternehmenserklärungen und Vergleichsausführungen, sind absolut geschützt. (2) Die Dokumente der grauen Kategorie, bestehend aus Dokumenten,²⁵ die eigens für das Verfahren der Kommission erstellt wurden, oder welche die Kommission im Laufe ihres Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt hat, sind bis zum Verfahrensabschluss absolut geschützt. (3) Die nicht explizit erwähnte weiße Kategorie umfasst sämtliche Dokumente, die nicht zur ersten oder zweiten Dokumentenkategorie zählen²⁶ und zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht erst im Hinblick auf oder während eines Kronzeugenverfahrens erstellt wurden.²⁷ In Follow-on Prozessen kann die Übermittlung von Dokumenten der weißen Kategorie an ein mitgliedstaatliches Gericht grundsätzlich jederzeit erfolgen.²⁸

Durch die Kategorisierung wird das Unionsinteresse konkretisiert. Dieses ist vorrangig, absolut und schließt eine Übermittlung aus, wenn Dokumente der schwarzen Kategorie angefragt werden und temporär vorrangig und absolut, wenn Dokumente der grauen Kategorie angefragt werden. Das Unionsinteresse ist jedoch grundsätzlich nicht vorrangig und schließt eine Übermittlung grundsätzlich nicht aus, wenn Dokumente der weißen Kategorie angefragt werden. Dass die neue Fassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» nicht enthält, mag auf einen ersten Blick erstaunen. Obwohl die Bekanntmachung/Zusammenarbeit im Hinblick auf die Einführung der KartellschadensersatzRL angepasst wurde, die schließlich ein solches Kriterium in Art. 6 Abs. 10 KartellschadensersatzRL explizit für die Übermittlung von Dokumenten der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden an Zivilgerichte vorsieht,²⁹ ging die Neufassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit nicht mit der Aufnahme des Kriteriums des «zumutbaren Aufwands» einher. Dass die Aufnahme des Kriteriums des «zumutbaren Aufwands» bewusst nicht erfolgte und kein Versehen darstellt, lässt sich wie folgt erklären: Das durch die KartellschadensersatzRL eingeführte Kriterium des «zumutbaren Aufwands» kann nicht auf die Übermittlung von Dokumenten der Kommission an mitgliedstaatliche Gerichte übertragen werden, da die Grundlagen für eine Übermittlung — einerseits das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit und andererseits die KartellschadensersatzRL — unterschiedlich sind, nicht denselben Voraussetzungen unterliegen und das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit fremd ist.

Die Kompatibilität des auf Unionsebene einzuführenden Kriteriums des «zumutbaren Aufwands» wird daher nachfolgend im Lichte des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit kritisch hinterfragt. Bevor dieser Frage nachgegangen wird, ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass aus Kongruenzgründen davon abzusehen ist, ein derartiges Kriterium in eine Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen in Zivilprozessen aufzunehm-

²³ Auch wenn die KartellschadensersatzRL durch die Mitgliedstaaten umzusetzen war und sich nicht an die Unionsorgane gerichtet hat, wurden die unionalen Zugangsmöglichkeiten an die Anforderungen der KartellschadensersatzRL angepasst. Die zeigt sich besonders deutlich anhand der Anpassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit, Fn. 9, die nun die gleiche Dokumentenkategorisierung wie die KartellschadensersatzRL enthält; vgl. auch Erw. 15 KartellschadensersatzRL; ASHTON, Fn. 8, Rn. 4.107 ff.; FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Access to Evidence and Leniency Materials, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733973, Text bei Fn. 419.

²⁴ Bekanntmachung/Zusammenarbeit, Rn. 26, Fn. 9; ASHTON, Fn. 8, Rn. 4.110 f. und Fn. 108; NAZZINI, Fn. 7, Rn. 7.125.

²⁵ Der Mitteilungs- bzw. Bekanntmachungstext sprechen von Informationen und nicht von Dokumenten.

²⁶ Erw. 17 KartellschadensersatzRL (Fn. 2).

²⁷ NAZZINI, Fn. 7, Rn. 7.125.

²⁸ Art. 6 Abs. 9 KartellschadensersatzRL (Fn. 2); Stellungnahme der Europäischen Kommission gemäß Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 vom 27.01.2017, http://ec.europa.eu/competition/court/2017_euribor1.pdf, S. 10 Rn. 25; ASHTON, Fn. 8, Rn. 4.115 f., 4.119.

²⁹ Nach vorliegendem Verständnis sollte das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» nicht auf die Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an mitgliedstaatliche Gerichte Anwendung finden, vgl. dazu die Ausführungen in 3).

men, wohingegen die einschlägige Bekanntmachung/Zusammenarbeit, welche die Interaktion zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission regelt, unberührt gelassen wird. Eine derartige Regelung ist dem Einheitsgrundsatz der Rechtsordnung abträglich und für den Rechtsuchenden schlicht verwirrend.

5) Kompatibilität der Randnummern 14 und 26 mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Die Randnummern 14 und 26 sind als Versuch der Kommission zu werten, auf europäischer und auf mitgliedstaatlicher Ebene die verschiedenen Zugangsvorschriften zu den Dokumenten der Wettbewerbsbehörden und der Kommission in Gleichlauf zu bringen. Dies ist an sich eine positiv zu bewertende Bestrebung. Dieses Ziel rechtfertigt hingegen nicht, den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit durch neuartige, sich nicht aus der Rechtsprechung und dem Zweck des Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 ergebende Kriterien, die kein vorrangiges Unionsinteresse darstellen, zu beschränken. Dass es sich beim Kriterium des nicht «zumutbaren Aufwands» um ein nicht mit dem Grundsatz der loyalen Kooperation kompatibles Kriterium handelt, ergibt sich aus folgender Randnummer des Urteils des EuGH in der Rechtssache *First/Franex* (Hervorhebung durch den Verfasser):

«Benötigt ein nationales Gericht Informationen, über die nur die Kommission verfügt, so verpflichtet der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Artikel 10 EG [Art. 4 Abs. 3 EUV] diese, die vom nationalen Gericht erbetenen Informationen unverzüglich zu übermitteln, sofern die Ablehnung einer solchen Übermittlung nicht aus **zwingenden Gründen** gerechtfertigt ist, die mit der Notwendigkeit im Zusammenhang stehen, Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit und der Unabhängigkeit der Gemeinschaft zu verhindern oder deren Belange zu wahren.»³⁰

Es erscheint höchst fraglich, ob das durch die Mitteilung eingeführte Kriterium des «zumutbaren Aufwands» einen derartigen «zwingenden Grund» darstellt und mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 kompatibel ist. Die pauschale Annahme, dass eine Übermittlung von Dokumenten aus Kartellverwaltungsverfahren an ein mitgliedstaatliches Gericht, das in einem Follow-on Prozess ebenfalls die europäischen Wettbewerbsregeln anwendet,³¹ tatsächlich zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Kommission führt und somit ein vorrangiges Unionsinteresse darstellt, kann nur im Einzelfall bestimmt werden. Zudem ist nicht bekannt, dass die Kommission unter einer notorischen Überbelastung leidet, weil sie durch Art. 101 oder Art. 102 AEUV anwendende mitgliedstaatliche Zivilgerichte mit Übermittlungsanträgen überlastet wird, was das Bestehen eines vorrangigen Unionsinteresses indizieren würde. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass die am Kartellverwaltungsverfahren der Kommission beteiligten Unternehmen jeweils eine vertrauliche wie nicht-vertrauliche Fassung der von ihnen an die Kommission übermittelten Informationen und den entsprechenden Dokumenten einzureichen haben.³² Dies kann den Aufwand der Behörde bei der Bearbeitung eines allfälligen Antrags bedeutend verringern. Ob somit ein Antrag auf Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte im Einzelfall immer zu einer Gefährdung der der Kommission übertragenen Aufgaben führt,

³⁰ EuGH, C-275/00, *First/Franex*, ECLI:EU:C:2002:711, Rn. 49.

³¹ Vgl. anstelle vieler EuGH, C-724/17, *Skanska*, ECLI:EU:C:2019:204, Rn. 26 mit Verweis auf EuGH, C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 22 und die dort aufgeführte Rechtsprechung.

³² Art. 16 Abs. 2 DurchführungsVO (Fn. 21); auch die nicht-vertrauliche Fassung der Dokumente kann, bei einer der europäischen Rechtsprechung gerechten Handhabung von Geschäftsgeheimnissen wie vertraulichen Informationen und in Anbetracht des Verlust der wirtschaftlichen Bedeutung einer Information mit zunehmendem Zeitablauf besonders in Follow-on Schadenersatzprozessen für potenziell Geschädigte von einem nicht zu unterschätzenden Nutzen sein; vgl. EuG, T-462/12, *Pilkington Group*; ECLI:EU:T:2015:508, Rn. 60; EuGH, C-162/15, *Evonik Degussa*, ECLI:EU:C:2017:205, Rn. 64 ff.; EuG, T-341/12, *Evonik Degussa*, ECLI:EU:T:2015:51, Rn. 84; RITTER/WIRTZ, Fn. 7, Art. 27 VO 1/2003 Rn. 27; FABIAN BADTKE/JAN MORITZ LANG, Aktuelle Entwicklungen beim Akteneinsichtsrecht in Wettbewerbsverfahren, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2016, S. 276 ff., S. 279.

lässt sich — wie es die Kommission anzunehmen scheint — nicht verallgemeinern. Auch vermag der Umstand, dass die Übermittlung von sich im Besitz von mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden befindlichen Dokumenten subsidiär zur Offenlegung unter Privaten zu erfolgen hat, in Anbetracht der unterschiedlichen Regelungsgrundlagen keine zulässige Einschränkung der unionsrechtlichen Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Zivilgerichten begründen. Inwiefern das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» einen von der Rechtsprechung verlangten «zwingenden Grund» darstellt, ist nicht ersichtlich.

Es lässt sich demzufolge feststellen, dass sich die Rechtsprechung des EuGH³³ nicht dahingehend verstehen lässt, dass ein mitgliedstaatliches Gericht in einem Follow-on Prozess die Übermittlung von Dokumenten erst verlangen kann, wenn die Kommission die einzige mögliche Informationsquelle ist oder die Dokumente nicht mit zumutbarem Aufwand von einer Verfahrenspartei oder Dritten beigebracht werden können. Entgegen der der E-Mitteilung zugrunde liegenden Annahme ist das Unionsinteresse nicht bis zu dem Zeitpunkt vorrangig, an dem der Nachweis des zumutbaren Aufwands erbracht ist. Eine derartige Einschränkung geben die Rechtsprechung zum Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und der Zweck des Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 nicht her.³⁴ Um der sich aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ergebenden Verpflichtung gerecht zu werden, hat die Kommission im Einzelfall zu prüfen, ob Dokumente aus einem Kartellverwaltungsverfahren übermittelt werden können.³⁵ Die pauschale Annahme, dass eine Übermittlung erst erfolgt, wenn der Nachweis der Unzumutbarkeit erbracht ist, rechtfertigt sich nicht im Hinblick auf den Schutz der der Kommission übertragenen Aufgaben und riskiert, mit dem Loyalitätsgrundsatz zu brechen und somit nicht mit dem Primärrecht kompatibel zu sein. Demgemäß wird vorliegend vertreten, dass die Zusammenarbeit der Kommission mit einem mitgliedstaatlichen Zivilgericht im Rahmen der loyalen Kooperation gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV grundsätzlich immer dann erfolgen sollte, sobald ein mitgliedstaatliches Gericht bei der Anwendung von Art. 101 oder Art. 102 AEUV eine Übermittlung von Dokumenten für notwendig erachtet. Bestimmt hingegen eine nationale Vorschrift, dass ein Übermittlungsantrag eines Zivilgerichts vom Kriterium des «zumutbaren Aufwands» abhängig ist, kann dies, je nach Ausgangslage, eine unzulässige Einschränkung des primärrechtlichen Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit zwischen Zivilgerichten und der Kommission bei der Anwendung von europäischem Wettbewerbsrecht darstellen, was zu einer Nichtanwendung der entsprechenden Norm führen kann.

Wie folgend aufgezeigt wird, ist es hingegen nicht ausgeschlossen, dass Gerichte eine Übermittlung von Dokumenten der Kommission erst in Erwägung ziehen, wenn diese nicht mit zumutbarem Aufwand bei einer anderen Verfahrenspartei oder Dritten erlangt werden können.

6) Ermessen der mitgliedstaatlichen Gerichte

Ob eine Übermittlung von Dokumenten der Kommission überhaupt angefragt wird, sollte grundsätzlich im Ermessen des mitgliedstaatlichen Gerichts stehen.³⁶ Bei einer entsprechenden Abwägung, ob die Übermittlung von Dokumenten erbeten wird, ist die Erwägung 22 KartellschadensersatzRL zu berücksichtigen.³⁷ Diese hält fest, dass es für eine wirksame und kohärente Anwendung der europäischen Wettbewerbsbestimmungen eines «einheitlichen

³³ EuGH, C-275/00, *First/Franex*, ECLI:EU:C:2002:711,.

³⁴ Betreffend eine ähnliche Ausgangslage vgl. auch BECKER, Fn. 19, Kap. 3, Art. 15 Rn. 38.

³⁵ Was wiederum der in den Urteilen in den Rechtssachen EuGH, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rn. 30 f. und EuGH, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 34 f., verlangten Einzelabwägung entspricht.

³⁶ NOTHDURFT, Fn. 7, VO 1/2003 Art. 15 Rn. 4; RITTER/WIRTZ, Fn. 7, Art. 15 VO 1/2003 Rn. 2.

³⁷ Erw. 22 KartellschadensersatzRL (Fn. 2).

Konzeptes für die Offenlegung von Beweismitteln», die sich in einer Verfahrensakte einer Behörde befinden, bedarf. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass das «einheitliche Konzept» auch auf durch mitgliedstaatliche Gerichte angeordnete Übermittlungen von Dokumenten der Kommission angewendet werden soll, ohne dass von der Erwägung eine Bindungswirkung für das mitgliedstaatliche Gericht ausgeht. Es ist naheliegend, dass ein mitgliedstaatliches Gericht die Übermittlung von Dokumenten der Kommission erst verlangt, wenn seitens einer Verfahrenspartei glaubhaft gemacht wird, dass eine Offenlegung der Dokumente unter Privaten nicht zumutbar ist. Ein gewichtiger Unterschied zu der E-Mitteilung ist jedoch, dass hierüber das Zivilgericht zu entscheiden hat und nicht die Kommission. Durch dieses Verständnis kann erreicht werden, dass der Zugriff auf Dokumente mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden und der Kommission durch mitgliedstaatliche Gerichte — trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen — nach dem erwünschten «einheitlichen Konzept» erfolgt.

7) Zusammenfassung und Änderungsvorschläge

Anders als bei der Übermittlung von sich im Besitz von mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden befindlichen Dokumenten an Zivilgerichte muss Übermittlungsanträgen mitgliedstaatlicher Zivilgerichte an die Kommission keine Glaubhaftmachung der Unzumutbarkeit der Offenlegung der Dokumente bei einer anderen Verfahrenspartei oder Dritten vorangehen. Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit verlangt von der Kommission, im Einzelfall zu entscheiden, ob Dokumente aus einem Verwaltungsverfahren einem mitgliedstaatlichen Gericht übermittelt werden können. Die Rechtsprechung lässt nicht erkennen, dass die Kommission ihre primärrechtliche Verpflichtung, wie durch die E-Mitteilung geplant, derart einschränken kann. Auch fragt sich, ob die Aufnahme eines derartigen Kriteriums in die Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen ohne eine entsprechende Anpassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit angebracht ist. Stellt sich einem mitgliedstaatlichen Zivilgericht die Frage, ob die Übermittlung von sich im Besitz der Kommission befindlichen Dokumenten ersucht wird, sollte dieses bei der Ausübung des Ermessens das Kriterium des «zumutbaren Aufwands» berücksichtigen. Dies ist zudem im Hinblick auf das angestrebte Ziel, ein «einheitliches Konzept für die Offenlegung von Beweismitteln»³⁸ auf unionaler wie auf mitgliedstaatlicher Ebene zu schaffen, wünschenswert. Dies kann dadurch erfolgen, dass die Zivilgerichte in der Mitteilung aufgefordert werden, von ihrem Ermessensspielraum entsprechend Gebrauch zu machen. Eine zusätzliche Anpassung der Bekanntmachung/Zusammenarbeit ist in jedem Fall angezeigt, wenn nicht gar unabdingbar.

Gemäß vorliegender Auffassung bedürfen die Randnummern 14 und 26 sowie die Fußnote 28 der E-Mitteilung hierfür folgende Konkretisierung wie Klarstellung (Im Text durchgestrichen bzw. fett hervorgehoben):

Randnummer 14:

«Auf Antrag einer Partei können nationale Gerichte die Offenlegung von Beweismitteln gegenüber einer Partei oder einem Dritten anordnen. Können die Parteien eines Zivilverfahrens oder Dritte die ermittelten Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand bereitstellen und betrifft der Antrag Unterlagen, die in der Akte ~~der Kommission~~ oder der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde enthalten sind, so kann das nationale Gericht die Anordnung direkt an letztere richten.¹¹ **Betrifft der Antrag Unterlagen, die in der Akte der Kommission enthalten sind, sollte das Gericht dem Antrag der Parteien erst nachkommen, wenn durch die Parteien eines Zivilverfahrens oder Dritte die entsprechenden**

³⁸ Erw. 22 KartellschadensersatzRL (Fn. 2).

Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand bereitgestellt werden können. Dies könnte der Fall sein, wenn die betreffende Partei eine bestimmte Unterlage nicht ausfindig machen kann (z. B. wenn die Datei beschädigt ist oder frühere, physische Unterlagen durch ein Feuer in den Geschäftsräumen vernichtet wurden).»

Randnummer 26:

«Nach dem in Artikel 4 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union festgelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit können nationale Gerichte im Rahmen von Zivilverfahren zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV beschließen, die Kommission um Stellungnahmen zu Fragen, die die Anwendung des EU- Wettbewerbsrechts betreffen, oder um die Übermittlung rechtlicher, wirtschaftlicher oder verfahrensmäßiger Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, zu bitten.²⁷ So können nationale Gerichte beispielsweise Unterlagen aus der Kommissionsakte anfordern. **Diese Option sollte hingegen erst in Betracht gezogen werden, sofern die Unterlagen nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können.**²⁸ In diesem Zusammenhang ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Kommission, wie vorstehend bereits dargelegt, keine Unterlagen der schwarzen Liste bzw. – bei noch nicht abgeschlossenen Verfahren – keine Unterlagen der grauen Liste übermittelt (siehe Randnummer 18).²⁹»

Fußnote 28:

«Siehe **auch** Artikel 6 Absatz 10 **und Erwägung 22** der Schadensersatzrichtlinie.»