

# AKTENZUGANG IM KARTELLVERFAHREN IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN GEHEIMNISCHUTZ UND PRIVATE ENFORCEMENT

Der durch die Kartellrechtsnovelle 2005 eingeführte § 39 KartG sieht wesentliche Beschränkungen des Zugangs dritter, nicht an einem Verfahren vor dem KG beteiligter Personen zu den kartellgerichtlichen Akten vor. Der folgende Beitrag untersucht Inhalt und Zweck dieser Regelung, zeigt offene Fragen bei der Anwendung der Bestimmung auf und beleuchtet das diesbezügliche Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz, privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung und Kronzeugenprivileg.

§ 39 KartG

STEPHAN POLSTER / MICHAEL ZELLHOFER<sup>1</sup>

## I. Problemstellung

Spätestens seit der Aufdeckung des Aufzugskartells in Österreich und der Verhängung einer (noch nicht rechtskräftigen) Rekordgeldbuße über die am Kartell beteiligten Unternehmen in der Höhe von EUR 75,4 Mio ist auch hierzulande das Thema „Kartellschadenersatz“ höchst aktuell. In ihrem Anfang April 2008 veröffentlichten Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen<sup>2</sup> bekräftigte die Europäische Kommission nochmals ihr Ziel, die Effizienz des privatrechtlichen Kartellrechtsvollzugs zu stärken.<sup>3</sup> Auch in Österreich bestätigten die Zivilgerichte erstmals im September 2007 in einem von der Arbeiterkammer geführten Musterprozess zum **Grazer Fahrschulenkartell** (siehe hierzu auch die Besprechung der einschlägigen Entscheidung im vorliegendem Heft) die zivilrechtliche Ersatzfähigkeit von durch Kartellrechtsverstößen entstandenen Schäden.

Bei der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts („Private Enforcement“) sind aber neben materiell-rechtlichen Aspekten – wie zB der Schadensberechnung und der Zulässigkeit der sog „Passing-On-Defence“ – auch wesentliche prozessuale Aspekte weiterhin umstritten. Insbesondere kann es für Geschädigte in einem an ein kartellgerichtliches Verfahren anschließenden Zivilprozess erhebliche Schwierigkeiten bereiten, die Behauptung eines Wettbewerbsverstößes und eines dadurch verursachten Schadens zu beweisen, zumal entscheidende Unterlagen nur schwer

zugänglich sind und sich zumeist in den Händen der mutmaßlichen Schädiger befinden. Abhilfe könnten den Geschädigten eingeräumte Rechte zur Einsicht in die Akten des vorangehenden kartellgerichtlichen Verfahrens und des wiederum diesem vorgelagerten Ermittlungsverfahrens vor der Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) schaffen.

Weitreichende Informationsrechte dritter Parteien stehen aber erstens in einem möglichen Gegensatz zu dem sowohl im europäischen<sup>4</sup> als auch im österreichischen<sup>5</sup> Kartellverfahrensrecht anerkannten Grundsatz des Vertraulichkeitsschutzes. Zugleich könnten Einsichtsrechte Dritter die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen vermindern, da potentielle Kronzeugen wegen des dadurch gesteigerten Risikos privatrechtlicher Schadenersatzklagen von der Stellung eines Kronzeugenantrags abgeschreckt werden könnten. Kronzeugen sind nämlich – unter bestimmten Voraussetzungen – zwar gegen kartellgerichtliche Geldbußen immun, ein Kronzeugenantrag schützt aber nach geltender Rechtslage nicht vor einer zivilrechtlichen Haftung wegen des begangenen Kartellrechtsverstößes.

1) DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH.

2) Europäische Kommission, 2.4.2008, Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165, endg.

3) Die Kommission schätzt, dass der nicht geltend gemachte Kartellschadenersatz in der EU insgesamt mehrere Milliarden Euro beträgt, siehe Kommission, aaO (FN 2), 5.

4) Siehe zB Art 27 Abs 4 und Art 30 Abs 2 VO (EG) Nr 1/2003.

Der Inhalt und Zweck der für den Zugang zu Beweisergebnissen eines kartellgerichtlichen Verfahrens zentralen Norm des § 39 KartG wird in der Folge einer näheren Prüfung unterzogen.

## II. Aktenzugang im kartellgerichtlichen Verfahren

§ 39 KartG deckt zwei auf den ersten Blick unterschiedliche Verfahrensaspekte ab, die aber beide demselben Ziel, namentlich der Beschränkung des Zugangs zu Akten des kartellgerichtlichen Verfahrens für dritte Parteien dienen. Gemäß § 39 Abs 1 KartG kann ein Verfahren, das auf Antrag einer Amtspartei (BWB oder Bundeskartellanwalt) eingeleitet worden ist, nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren verbunden werden, das auf Antrag einer Partei, die nicht Amtspartei ist, eingeleitet worden ist. Gemäß § 39 Abs 2 KartG können an einem kartellgerichtlichen Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien des Verfahrens Einsicht in die Verfahrensakten nehmen.

Gemeinsam ist den beiden Bestimmungen, dass sowohl die Verfahrensverbundung, als auch die Akteneinsicht nur nach Zustimmung aller Verfahrensparteien zulässig sein soll. Zweck der Regelung ist nach den Materialien primär der Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Verfahrensparteien. Die Bestimmung soll aber auch im Interesse der BWB liegen, da, so die Materialien zum KartG 2005, ein (unbeschränkter) Aktenzugang dritter Parteien die Kooperation der betroffenen Unternehmen bei der Erfüllung ihrer Auskunftspflichten nach § 11a WettbG einschränken könnte.<sup>6</sup>

Das Hauptaugenmerk der folgenden Untersuchung gilt der Akteneinsicht im kartellrechtlichen Verfahren (§ 39 Abs 2 KartG). Die entsprechenden Schlussfolgerungen gelten sinngemäß auch für die Zusammenführung von Verfahren (§ 39 Abs 1 KartG), deren Sonderaspekte im Anschluss näher beleuchtet werden. Schließlich wird kurz auf die Frage einer möglichen Auskunftspflicht der BWB eingegangen.

### 2.1 Akteneinsicht Dritter im kartellgerichtlichen Verfahren

#### a) Inhalt und Zweck der Regelung

Gemäß § 39 Abs 2 KartG können an einem kartellgerichtlichen Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Verfahrensparteien Einsicht in die Akten des Kartellgerichts nehmen. In den Materialien wird diese Regelung insbesondere mit dem gegenüber dem öffentlichen Interesse der BWB an der Aufdeckung von Zuwider-

handlungen gegen das Kartellgesetz zurücktretenden „privaten Interesse“ an der Erleichterung von privatrechtlichen Schadenersatzansprüchen wegen Kartellverstößen begründet. Die Materialien gehen dabei davon aus, dass ein dritter Geschädigter als unmittelbar Betroffener „in der Regel *ohnehin über die notwendigen Informationen verfügen wird, um seine Ansprüche geltend zu machen*“.<sup>7</sup>

#### b) Offene Fragen

Dem Gesetzgeber schwebte bei der Erlassung von § 39 Abs 2 KartG offenbar vor allem jene Konstellation vor, bei der eine dritte, nicht am kartellgerichtlichen Verfahren beteiligte Person Akteneinsicht zur Vorbereitung der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches begehrt. Auf Grund des vom Gesetzgeber in den Materialien vertretenen Vorrangs des Geheimnisschutzes vor der Förderung von Private Enforcement soll ein solcher Aktenzugang von der Zustimmung aller Verfahrensparteien (somit nach dem Gesetzeswortlaut der Amtsparteien, sonstiger möglicher Antragsteller gemäß § 36 Abs 4 KartG und aller Antragsgegner) abhängig sein.

Nicht ausdrücklich erfasst sind vom Wortlaut des § 39 Abs 2 KartG aber „indirekte“ Arten der Akteneinsicht, und insbesondere jener besonders praxisrelevante Fall, bei dem ein **Zivilgericht im Wege der Amtshilfe kartellgerichtliche Akten beischafft**, diese im zivilgerichtlichen Verfahren verliert und somit zum Aktenbestandteil macht. Da auch diese Konstellation im Ergebnis zu einer Akteneinsicht der Parteien des zivilgerichtlichen Verfahrens führt<sup>8</sup> und vor dem Hintergrund des nach dem Willen des Gesetzgebers bestehenden Vorrangs des Geheimnisschutzes vor der Privatrechtsdurchsetzung des Kartellrechts ist aber uE kaum zweifelhaft, dass § 39 Abs 2 KartG auch hier zur Anwendung gelangt.<sup>9</sup> Das im Wege der Amtshilfe ersuchte KG hat daher vor der Aktenübermittlung die Zustimmung der Parteien des kartellgerichtlichen Verfahrens einzuholen. In der Literatur<sup>10</sup> wird vertreten, dass § 39 Abs 2 KartG aber insofern einschränkend auszulegen sei, als die Bestimmung nicht für die Übermittlung kartellgerichtlicher Akten für ein weiteres vor dem KG anhängiges Verfahren (sondern nur im Verhältnis zu Verfahren vor anderen Behörden) gelten soll. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass ansonsten der

5) § 39 KartG.

6) 926 der Beilagen XXII. GP, 9.

7) Ebenda, 10.

8) Vgl Schragel in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/2 § 219 Rz 4.

9) So auch Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 217.

10) Hoffer, Kartellgesetz, 277; Solé in Petsche / Urlesberger / Vartian (Hrsg.), Kartellgesetz Kurzkommentar, § 39 KartG, Rz 9ff.

im kartellgerichtlichen Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (§ 16 AußStrG), die Unbeschränktheit der Beweismittel (§ 31 AußStrG) und die Mitwirkungspflicht der Parteien im außerstreitigen Verfahren unterlaufen würde.<sup>11</sup> Zweck des § 39 KartG ist nach den Materialien aber allgemein der Schutz von Geschäftsgeheimnissen der von Ermittlungen der BWB und von einem kartellgerichtlichen Verfahren betroffenen Unternehmen, insbesondere um diese Unternehmen vor dem Zugriff auf Geschäftsgeheimnisse durch Wettbewerber zu schützen und um der BWB die Erfüllung ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben zu erleichtern. Da diese Erwägungen in den Materialien den Fall einer Aktenübermittlung zwischen zwei vor dem KG laufenden Verfahren nicht ausnehmen, besteht für eine solche einschränkende, ausschließlich auf eine Aktenbeischaufung außerhalb eines kartellgerichtlichen Verfahrens bezogene Auslegung von § 39 Abs 2 KartG aber kein Raum.<sup>12</sup> Eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit trotzdem zu begrüßen.

Fraglich ist weiters das Verhältnis zwischen § 39 Abs 2 KartG und § 68 StPO. Letztere Norm räumt Privatbeteiligten eines Strafverfahrens eine weitreichende Befugnis zur Akteneinsicht ein. Sofern somit ein Kartellrechtsverstoß unter die Strafnorm des § 168b StGB (Submissionsabsprachen) fällt, stellt sich die Frage, ob diesfalls (trotz der Regelung des § 39 Abs 2 KartG) eine Verpflichtung der Amtsparteien und des Kartellgerichts zur Anzeige bei der Staatsanwaltschaft gemäß § 78 StPO sowie zur Aktenübermittlung gemäß § 76 StPO greift. Gelangt der kartellgerichtliche Akt auf diesem Weg zur Staatsanwaltschaft bzw zu den Strafgerichten, könnten dritte geschädigte Parteien über eine Privatbeteiligung Akteneinsicht gemäß § 68 StPO erlangen. Unklar ist in diesem Zusammenhang insbesondere, ob sich die Amtsparteien bzw das Kartellgericht auf die Ausnahmeregelung des § 78 Abs 2 Z 1 StPO, wonach eine Anzeigepflicht nicht besteht, wenn diese „eine amtliche Tätigkeit beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines persönlichen Vertrauensverhältnisses bedarf“, berufen können. Vor dem Hintergrund der oben zitierten Materialien zu § 39 KartG, wonach die Beschränkung der Akteneinsicht und Verfahrensverbundung insbesondere die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben der BWB absichern soll, erscheint dies jedenfalls nicht ausgeschlossen. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre auch diesbezüglich wünschenswert.

### c) Reformanregungen

**Erstens** wäre zu den unter lit b aufgeworfenen Fragen eine Klarstellung durch den Gesetzgeber zu begrüßen, um diesbezüglich Rechtssicherheit zu schaffen.

**Zum Zweiten** erscheint der Vorbehalt der Zustimmung *aller* Parteien des kartellgerichtlichen Verfahrens zur Akteneinsicht dritter Parteien vor dem Hintergrund der in den Materialien genannten Zielsetzung der Wahrung schutzwürdiger Interessen von Verfahrensparteien überschießend. Dies führt nämlich dazu, dass auch Verfahrensparteien, deren Geschäftsgeheimnisse gar nicht im Akt aufscheinen, den Zugang dritter Parteien zu den Beweisergebnissen verhindern können. Auch das Zustimmungsrecht der Amtsparteien erscheint vor diesem Hintergrund überprüfungswürdig. Zweckmäßig wäre daher uE eine Regelung, wonach nur jene Verfahrensparteien die Zustimmung zur Akteneinsicht verwehren können, deren schutzwürdige Interessen von einer solchen Akteneinsicht betroffen wären. Die Entscheidung, ob dies der Fall ist, sollte bei dem das Verfahren führenden Kartellgericht liegen. Das Gericht könnte diesfalls einzelfallbezogen entscheiden, ob dritten Parteien Zugang zu bestimmten Ergebnissen des Beweisverfahrens zu gewähren ist.

Entscheidend ist aber **drittens** vor allem die Frage, was unter solchen – die Akteneinsicht dritter Parteien ohne Zustimmung ausschließenden – schutzwürdigen Interessen der Verfahrensparteien zu verstehen sein soll. Nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung findet keinerlei Interessenabwägung zwischen den Verfahrensparteien und den dritten Unternehmen statt; die Verfahrensparteien verfügen vielmehr über einen „absoluten“ Zustimmungsvorbehalt. Die diesbezügliche Begründung in den Materialien zu § 39 KartG ist aber uE in zweierlei Hinsicht mangelhaft: Erstens erscheint die Sorge des Gesetzgebers, dass Unternehmen – die Gefahr einer Akteneinsicht Dritter antizipierend – „mit allen Mitteln versuchen“ würden, sich ihrer Auskunftspflicht nach § 11a WettbG zu entziehen, für den Entzug des Akteneinsichtsrechts als ein wesentliches „Opferrecht“ nicht ausreichend. Das Auskunftsrecht der BWB nach § 11a WettbG kann über das Kartellgericht im Wege des gerichtlichen Auftrags zur Auskunftserteilung und Ur-

11) Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 225f.

12) Da das KG jüngst (25 Kt 108/06) die Geltendmachung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen nicht als ausreichendes berechtigtes Interesse für einen Feststellungsantrag vor dem Kartellgericht gemäß § 28 KartG anerkannte, hat diese Frage allerdings einiges an Relevanz verloren. War ein Kartellrechtsverstoß bereits Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens, kann ein geschädigtes drittes Unternehmen, das nicht Partei des ersten kartellgerichtlichen Verfahrens war, nach der zitierten Entscheidung somit nicht unter Berufung auf seine möglichen zivilrechtlichen Ansprüche ein weiteres kartellgerichtliches Verfahren einleiten, um allenfalls – bei einer engen Auslegung von § 39 Abs 2 KartG – durch eine Aktenübermittlung an die Akten des ersten kartellgerichtlichen Verfahrens zu gelangen.

kundenvorlage gemäß § 11a Abs 3 WettbG durchgesetzt werden. Bei Nichtbefolgung des gerichtlichen Auftrages drohen Geldbußen gemäß § 29 Z 2 lit c KartG. Falls der Gesetzgeber tatsächlich eine mangelnde Effektivität der Ermittlungshandlungen der BWB als Folge eines verbesserten Aktenzugangs dritter Parteien fürchtet, stünde ihm der Weg offen, die Sanktionen bei Verstößen gegen Auskunftspflichten der Unternehmen zu verschärfen.

Nach den Materialien soll weiters das für einen erweiterten Aktenzugang sprechende Interesse der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung vor allem deshalb nachrangig sein, „weil der einzelne Geschädigte als unmittelbar Betroffener in der Regel ohnehin über die notwendigen Informationen verfügen wird, um seine Ansprüche geltend zu machen“.<sup>13</sup> Basierend auf welchen Erfahrungswerten die typische Beweislage in einem Kartellschadenersatzverfahren für den Kläger als günstig eingestuft wurde, bleibt allerdings im Dunkeln. Tatsächlich zeichnet sich die Ausgangslage bei Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs wegen eines kartellrechtlichen Verstoßes regelmäßig durch eine strukturelle Informationsasymmetrie aus, die Geschädigte oft davon abhält, Ersatz für die zugefügten Schäden geltend zu machen.<sup>14</sup> In einem Zivilprozess obliegt dem Kartellgeschädigten die volle Beweislast für den eingetretenen Schaden, die Schadenshöhe und die Kausalität zwischen dem wettbewerbswidrigen Handeln und dem eingetretenen Schaden. Entgegen der Ansicht des Gesetzgebers wird ein substantiiertes Vorbringen somit oftmals nur möglich sein, wenn dem Kartellgeschädigten die Möglichkeit gegeben wird, Einsicht in die Akten des Kartellgerichts zu nehmen. Immerhin ist dem Gesetzgeber aber zuzugestehen, dass er sich offenbar selbst nicht sicher war, ob sich die restriktive Bestimmung des § 39 Abs 2 KartG in der Praxis als sachgerecht darstellen wird; in den Materialien heißt es dazu, dass „zu beobachten sein [wird], ob durch diese Regelung Defizite im Rechtsschutz entstehen [...]“<sup>15</sup>.

Aus den dargestellten Gründen erscheint daher die *ratio legis* in den Materialien zu § 39 Abs 2 KartG zumindest zweifelhaft. Eine nachvollziehbare Begründung, warum das öffentliche Interesse an einem effektiven Kartellrechtsvollzug nicht gerade schon wegen der Abschreckungswirkung privatrechtlicher Schadenersatzforderungen die Förderung zivilrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung und somit einen erleichterten Zugangs zu kartellgerichtlichen Akten verlangt, ist der Gesetzgeber daher noch schuldig geblieben.<sup>16</sup>

Eine mögliche Kompromisslösung zwischen Geheimhaltungsinteressen und dem Interesse an einem effizienten Private Enforcement könnte in einer – der Befreiung von kartellrechtlichen Geldbußen entsprechenden – Privilegierung

von Kronzeugen auch in der Frage des Zugangs zu Beweismitteln für dritte Parteien bestehen. Die Beschränkung des Aktenzugangs für mögliche zivilrechtliche Kläger wäre diesfalls eine weitere „Belohnung“ des Kronzeugen für die Aufdeckung des Kartells.<sup>17</sup> Für die übrigen nicht schutzwürdigen Kartellmitglieder würde diese Bevorzugung hingegen nicht gelten. Auch aus Sicht der zivilrechtlichen Kläger könnte eine solche Ausnahme der Kronzeugen vom Aktenzugriff als sachgerecht betrachtet werden, zumal sie ohne Kronzeugenantrag womöglich gar nie Kenntnis vom Kartell und ihren schadenersatzrechtlichen Ansprüchen erlangt hätten.<sup>18</sup>

Selbst eine solche Regelung bliebe für den Kronzeugen allerdings riskant, da Kartellgeschädigte auch bei einem auf die sonstigen Kartellanten beschränkten Beweismittelzugang oftmals auch an ausreichende Informationen und Beweise

13) 926 der Beilagen XXII. GP, 10.

14) Kommission, aaO (FN 2), 5.

15) 926 der Beilagen XXII. GP, 10.

16) Da die Verwertung von bereits bestehenden entscheidungserheblichen Beweisergebnissen in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess von der Zustimmung der beklagten Partei abhängt, könnte § 39 Abs 2 KartG auch in einem Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 1 EMRK stehen, zumal anzunehmen ist, dass der Beklagte der Akteneinsicht nicht zustimmen wird. Das aus Art 6 Abs 1 EMRK abgeleitete Prinzip der Waffengleichheit im Zivilprozess besagt, dass der Gesetzgeber die Position einer Partei zur Durchsetzung bzw Abwehr ihrer zivilrechtlichen Ansprüche nicht einseitig verschlechtern darf. Eine solche Verschlechterung der Position des Klägers ist allerdings augenscheinlich, wenn der Beklagte über die Verwertung von ihm belastenden Beweismitteln disponieren darf. Weiters ist auf den „strafrechtsähnlichen Charakter“ von Geldbußen bei kartellgerichtlichen Verfahren nach § 29 KartG hinzuweisen (vgl OGH als KOG, 16 Ok 4/07, mwN). Erwägungen des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes könnten dafür sprechen, dass Kartellgeschädigten inhaltlich gleichwertige Verfahrensrechte wie einem Privatbeteiligten in einem Strafverfahren einzuräumen sind, also auch ein Recht auf Akteneinsicht, wie es der Gesetzgeber im Strafrecht in § 68 StPO vorsieht.

17) Die Kommission schlägt in ihrem Weißbuch freilich lediglich vor, dass ein Unternehmen, das die Aufnahme in ein kartellrechtliches Kronzeugenprogramm beantragt hat, keinen Nachteil durch diesen Entschluss erleiden sollte und aus diesem Grund (nur) seinen Kronzeugenantrag (die „Corporate Statements“) in einem Schadenersatzprozess nicht offenlegen muss. Siehe Kommission, aaO (FN 2), 6; Siehe auch Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008, SEC(2008) 404, 36f.

18) Hoffer, aaO, 275, hält ein Zustimmungsrecht des Kronzeugen für eine Akteneinsicht selbst dann für überlegenswert, wenn der Kronzeuge gar nicht Partei des kartellgerichtlichen Verfahrens ist. Dieser Aspekt hat aber auf Grund der jüngsten Praxis der BWB, in Kronzeugenfällen neben Geldbußenanträgen für die Mitkartellanten auch Feststellungsanträge gegen den Kronzeugen (der somit Partei des kartellgerichtlichen Verfahrens wird) zu stellen, an Relevanz verloren.

für einen Anspruch gegen den Kronzeugen gelangen könnten.<sup>19</sup> Falls eine (auch zivilrechtliche) Privilegierung von Kronzeugen tatsächlich rechtspolitisch erwünscht sein sollte, so wäre es folglich effektiver und „ehrlicher“, Kronzeugen<sup>20</sup> entweder überhaupt von der zivilrechtlichen und allenfalls auch strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße auszunehmen, oder – wie die Kommission in ihrem Weißbuch vorschlägt<sup>21</sup> – nicht solidarisch für den gesamten Kartellschaden, sondern nur für Schadenersatzansprüche ihrer direkten und indirekten Vertragspartner haften zu lassen. Vor allem mit der ersten Variante wäre freilich ein massiver Eingriff in die Grundsätze des österreichischen Schadenersatzrechts verbunden.

Eine sachgerechte Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Geheimnisschutz und Private Enforcement erfordert aber jedenfalls eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers, ob und in welchem Ausmaß die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht gefördert werden soll. Die derzeitige Regelung des § 39 KartG erscheint einigermaßen ambivalent und paradox: Einerseits wird auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene und bisweilen auch von der BWB<sup>22</sup> die Bedeutung des Private Enforcement für die Effektivität des Kartellrechtvollzugs betont; andererseits schafft § 39 KartG ein nahezu lückenloses System zur Vermeidung des für privatrechtliche Schadenersatzklagen essentiellen Zugangs zu kartellgerichtlichen Beweismitteln.

## 2.2 Verfahrensverbindung

Die unter Punkt 2.1 zu § 39 Abs 2 KartG gemachten Überlegungen gelten sinngemäß auch für die Verfahrensverbindung gemäß § 39 Abs 1 KartG.

Hinzuzufügen ist, dass die Beschränkung der Anwendbarkeit der Regelung auf ein Verfahren, das von einer Amtpartei eingeleitet worden ist, *de lege lata* nicht nachvollziehbar erscheint. Wenn der Gesetzgeber vermeint, die Geheimhaltungsinteressen der Verfahrensparteien über Interessen einer privatrechtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen zu stellen, so müsste die Beschränkung der Verfahrensverbindung unabhängig davon gelten, von wem die betroffenen Verfahren eingeleitet worden sind. Die Bestimmung müsste daher auch auf Verfahren anzuwenden sein, die von Antragstellern gemäß § 36 Abs 4 Z 2 bis 4 KartG eingeleitet wurden.

## III. Zugang zu Ermittlungsergebnissen der BWB

Neben dem unter Punkt 2. untersuchten Zugang zu Akten des kartellgerichtlichen Verfahrens stellt sich auch die Frage,

unter welchen Voraussetzungen Dritte berechtigt sein könnten, insbesondere zur Vorbereitung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche Zugang zu Ermittlungsakten der BWB zu verlangen. Nach gängiger Verwaltungspraxis gewährt die BWB Dritten weder Akteneinsicht noch Auskünfte über Akteninhalte. Sie begründet diese absolute Vertraulichkeit, die nicht nur im Rahmen von Kronzeugenanträgen, sondern auch im Zuge aller sonstigen Ermittlungstätigkeiten gewährt wird, damit, dass andernfalls die Bereitschaft der betroffenen Unternehmen zur Kooperation beträchtlich sinken würde.<sup>23</sup>

Als Bundesverwaltungsbehörde ist die BWB nicht nur zur Amtverschwiegenheit gemäß Art 20 Abs 3 B-VG verpflichtet, sie trifft zugleich auch die Verpflichtung, über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs gemäß Art 20 Abs 4 B-VG Auskünfte zu erteilen, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegen steht. Als „Auskunft“ iSv Art 20 Abs 4 B-VG wird im Allgemeinen eine Wissenserklärung einer Behörde verstanden.<sup>24</sup> Die Auskunftspflicht von Organen des Bundes wird im AuskunftspflichtG (BGBl Nr 287/1987 idF BGBl Nr 158/1998) näher erläutert. Die begehrte Auskunft kann allgemeiner Natur sein, sie kann aber auch die Bekanntgabe von Informationen betreffen, die in behördlichen Unterlagen oder Verwaltungsverfahrensakten enthalten sind.<sup>25</sup>

Fraglich ist, ob sich die BWB auf eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht berufen kann, die sie berechtigt, auch gegenüber Kartellgeschädigten die Auskunft über Ermittlungsergebnisse zu verweigern.

Festzuhalten ist zunächst, dass das die Ermittlungshandlungen der BWB regelnde WettbG keine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht der BWB vorsieht. Gemäß Art 20 Abs 3 B-VG kann die BWB Akteneinsicht aber erstens dann verweigern, wenn Auskunft über laufende Ermittlungen oder Verfahren der BWB begehrt wird. Ansonsten (bei bereits

19) Wenn (auch) auf Grund der Akteneinsicht der Bestand des Kartells, der eingetretene Schaden und die Kausalität beweisbar ist, wäre im zivilrechtlichen Verfahren gegen den Kronzeugen nur noch zu beweisen, dass auch dieser am Kartell beteiligt war.  
20) Wohl nur solche Kronzeugen, denen die Geldbuße zur Gänze erlassen wurde.

21) Kommission, aaO (FN 2), 12.

22) Siehe zB Veröffentlichung auf der BWB-Website vom 14.12.2007 - [http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/hinweise\\_arbeiterkammer\\_14122007.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/hinweise_arbeiterkammer_14122007.htm)

23) BWB, 20.4.2006, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, S 6.

24) Vgl Perthold-Stoitzner, Die Auskunftspflicht der Verwaltungsorgane, S 14.

25) Vgl Perthold-Stoitzner, ebenda, S 16.

abgeschlossenen Ermittlungshandlungen oder Verfahren) besteht eine Verschwiegenheitspflicht der BWB dann, wenn die Geheimhaltung den im Art 20 Abs 3 B-VG taxativ umschriebenen öffentlichen Interessen entspricht oder im überwiegenden Interesse einer Partei geboten ist. Da die in Art 20 Abs 3 B-VG genannten öffentlichen Interessen im gegebenen Zusammenhang nicht einschlägig sind, hat die BWB bei ihrer Entscheidung über einen Antrag auf Akteneinsicht eine Abwägung zwischen dem Interesse des Kartellgeschädigten an der Auskunftserteilung und dem Interesse der Kartellanten an der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen durchzuführen.<sup>26</sup> Bei dieser Interessenabwägung kann sich die BWB uE nicht auf die sich aus den Materialien zu § 39 KartG ergebende gesetzgeberische Wertung berufen, wonach das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen gegenüber dem Interesse an der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts überwiegt und folglich der Zugang Dritter zu Beweismitteln zu beschränken ist. Abgesehen davon, dass diese Position des Gesetzgebers durchaus kritisch zu hinterfragen ist (siehe oben Punkt 2.), wird das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen in der taxativen Aufzählung von Rechtfertigungsgründen für eine Auskunftsverweigerung in Art 20 Abs 3 B-VG nicht genannt.

#### IV. Europarechtlicher Ausblick

Für die Europäische Kommission stellt ein erleichterter Zugang zu Beweismitteln eine der vordringlichsten Voraussetzungen zur Förderung des Private Enforcement dar. Die

Entscheidung über die Akteneinsicht soll dabei nicht bei den potentiell schadenersatzpflichtigen Kartellanten, sondern bei einem unabhängigen Gericht liegen. In ihrem kürzlich präsentierten Weißbuch zu Schadenersatzklagen schlägt die Kommission ein gemeinschaftsweites Mindestniveau für die Offenlegung von Beweismitteln, die in Besitz des Schädigers oder eines Dritten sind, vor.<sup>27</sup> Wesentlicher Ansatz dieser Regelung ist ein Tatsachenvortrag des Geschädigten, der vom Gericht auf seine Plausibilität und auf die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die offenzulegenden Dokumente zu prüfen sein soll. Auf Geheimhaltungsinteressen der an der Absprache beteiligten Unternehmen nimmt der Vorschlag der Kommission insofern Rücksicht, als eine Akteneinsicht in Kronzeugenanträge nicht gewährt werden soll.<sup>28</sup>

Inwieweit und wann diese Vorschläge zu verbindlichem Recht auf europäischer und/oder nationaler Ebene führen werden, bleibt abzuwarten. Für Spannung im Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz, Private Enforcement und Kronzeugenprivileg ist aber jedenfalls gesorgt.

26) Verschwiegenheitspflichten der BWB könnten sich auch aus dem Datenschutzgesetz (DSG) ergeben. Die Auskunftserteilung stellt eine Übermittlung und damit eine Verwendung von Daten iSd DSG dar, deren Zulässigkeit gemäß § 8 Abs 1 Z 4 DSG ebenfalls eine Interessenabwägung erfordert.

27) Kommission, aaO (FN 2), 5.

28) Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weissbuch über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, aaO (FN 17).

## Borns GmbH-Recht

Leitfaden für GmbH-Geschäftsführer

2006, 168 Seiten, br., 978-3-7046-4691-10, € 32,-

Geschäftsführer einer GmbH sind mit umfangreichen Pflichten konfrontiert, deren Verletzung jeweils auch **persönliche Haftung** der Geschäftsführer nach sich ziehen können. Wesentliche **Pflichten** sind dem GmbH-Recht zu entnehmen. Es gilt für GmbH-Geschäftsführer so weit Kenntnis des GmbH-Rechts zu haben, dass sie in der Fülle der täglichen Entscheidungen haftungsgefährdetes Handeln rechtzeitig erkennen können. Das Buch gewährt einen **systematischen praxisorientierten Überblick** über das **GmbH-Recht**, in dem die für **GmbH-Geschäftsführer wesentlichen Bestimmungen** und die **Gefahren von Haftungen** hervorgehoben sind.



Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
order@verlagoesterreich.at  
www.verlagoesterreich.at

VERLAG  
ÖSTERREICH