

# Gegenwärtige Effektivitätshindernisse der Kartellrechtsdurchsetzung durch die rechtliche Ausgestaltung der Kronzeugenregelungen im unionalen und deutschen Kartellrecht

Maximilian Kaul\*

## Inhalt

A. Einführung	270
B. Die Kronzeugenregelung auf unionaler Ebene	270
I. Die Kronzeugenmitteilungen der Kommission	270
1. Erlass der Geldbuße	271
2. Ermäßigung der Geldbuße	272
II. Das Kronzeugenregelungsmodell des ECN	272
C. Die Bonusregelung des Bundeskartellamt (BKartA)	272
D. Kronzeugenerklärungen im System der parallelen Zuständigkeit	273
I. System der parallelen Zuständigkeit	273
II. Auswirkungen auf potentielle Kronzeugen	274
III. Richtlinievorschlag der Kommission vom 22.03.2017	276
IV. Beurteilung	277
E. Akteneinsicht in Kronzeugenerklärungen	278
I. Bisherige Rechtsprechung des EuGH	280
1. Die Rechtssache Pfleiderer	280
2. Die Rechtssache Donau Chemie	280
3. Die Rechtssache EnBW	280
II. Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU	281
1. Zugang zu Kronzeugendokumenten	281
2. Reichweite des Schutzes von Kronzeugendokumenten	282
a) Schutz von nachgelagerten Kronzeugenerklärungen	282
b) Schutz von beigefügten Dokumenten	282
3. Primärrechtskonformität des absoluten Offenlegungsverbotes	283

\* Maximilian Kaul ist Student der Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg sowie der Université de Lausanne. Dem vorliegenden Beitrag liegt eine Studienarbeit zugrunde, welche der Verfasser im Wintersemester 2017/2018 im Rahmen des Seminars „Aktuelle Fragen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts“ bei Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. (Lausanne) angefertigt hat.

III. Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie in deutsches Recht	285
IV. Stellungnahme	285
F. Zusammenfassung und abschließende Wertung	286

## A. Einführung

Aufgrund ihrer regelmäßig negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb – insbesondere in Form von Preissteigerungen und Einschränkungen des Angebots – liegt eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung im Allgemeinwohlinteresse. Diese vollzieht sich sowohl durch die behördliche Verfolgung von Kartellen (sog. *public enforcement*) als auch durch die privatrechtliche Geltendmachung von Beseitigungs-, Unterlassungs-, und Schadensersatzansprüchen (sog. *private enforcement*).<sup>1</sup> Wegen des konspirativen und diskreten Vorgehens von Kartellen nehmen Kronzeugenregelungen eine Schlüsselrolle bei deren Aufdeckung ein.<sup>2</sup> Entscheidende Erfolgsfaktoren für Kronzeugenprogramme sind ein Sanktionssystem mit beträchtlichen Geldstrafen, ein hohes Entdeckungs- und Verfolgungsrisiko sowie eine größtmögliche Transparenz mit gut kalkulierbaren Folgen der Inanspruchnahme. Um die Effektivität der Kronzeugenprogramme innerhalb der Europäischen Union zu steigern, hat die Kommission am 22.03.2017 einen Richtlinievorschlag zur Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden vorgelegt. Dieser wurde jüngst durch die Trilogverhandlungen des Europäischen Parlaments, der Kommission und Vertretern der EU-Ratspräsidentschaft modifiziert und finalisiert. Der vorliegende Artikel nimmt dies zum Anlass, die Ausgestaltung der Kronzeugenregelungen im unionalen und deutschen Kartellrecht kritisch zu beleuchten und unter Berücksichtigung der genannten Erfolgsfaktoren aktuelle Effektivitätshindernisse aufzuzeigen. Den Abschluss der Untersuchung bildet eine zusammenfassende Würdigung der aktuellen Entwicklung der unionalen und deutschen Kronzeugenregelung.

## B. Die Kronzeugenregelung auf unionaler Ebene

### I. Die Kronzeugenmitteilungen der Kommission

Bereits vor Einführung des an die *leniency policies* des US Department of Justice angelehnten ersten Kronzeugenprogramms auf unionaler Ebene im Jahr 1996 entsprach es der Praxis der Kommission, die Kooperation von Unternehmen bei der Aufdeckung von Kartellverstößen zu honorieren.<sup>3</sup> Nachdem das erste Kronzeugenprogramm der Europäischen Kommission vor allem aufgrund mangelnder Transparenz der Voraus-

1 *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, S. 6.

2 *Kommission*, Pressemitteilung v. 22.11.2012, MEMO/12/887.

3 *Albrecht*, Die neue Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission in Kartellsachen, WRP 2007, S. 417; *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann*, Wettbewerbsrecht – Band 1, 5. Aufl., Kap. 4, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 236.

setzungen für einen Bußgelderlass kritisiert wurde,<sup>4</sup> standen die nachfolgendenden Überarbeitungen der Kronzeugenmitteilung im Zeichen der Berechenbarkeit und Rechtssicherheit. So enthielt die im Jahr 2002 veröffentlichte zweite Kronzeugenmitteilung<sup>5</sup> erstmals eine ausdrückliche Differenzierung zwischen einem Bußgelderlass und einer Bußgeldermäßigung. In Bezug auf die Bußgeldermäßigung wurde nach dem Prioritätsgrundsatz eine Abstufung des Ermäßigungssatzes in festen Bandbreiten vorgenommen, welche die Kartellanten zu einem „Windhunderennen“<sup>6</sup> veranlassen und Kartelle effektiver destabilisieren sollte.<sup>7</sup> Im Anschluss daran veröffentlichte die Kommission die bis dato aktuelle Kronzeugenmitteilung 2006,<sup>8</sup> welche die Voraussetzungen für einen Bußgelderlass noch weiter konkretisierte.

## 1. Erlass der Geldbuße

Nach dieser Mitteilung kommt der Erlass einer Geldbuße in Betracht, wenn ein Unternehmen, welches an einem vermutlich die Gemeinschaft betreffenden Kartell beteiligt ist, diese Beteiligung offenlegt und als erstes Informationen und Beweismittel vorlegt, aufgrund welcher die Kommission eine gezielte Nachprüfung durchführen oder einen Verstoß gegen Art. 81 EG-Vertrag (nunmehr Art. 101 AEUV) feststellen kann. Zudem müssen die weiteren in Abschnitt II. A. genannten Voraussetzungen erfüllt sein. So muss ein Unternehmen bei der Aufdeckung des Kartells insbesondere in vollem Umfang und kontinuierlich mit der Kommission zusammenarbeiten und grundsätzlich seine Beteiligung an dem Kartell umgehend nach der Antragstellung beenden. Das Verfahren der Antragseinreichung richtet sich nach Abschnitt II. B. der Mitteilung. Ein Unternehmen kann zunächst einen rangwahrenden Marker beantragen und diesen innerhalb einer von der Kommission festgesetzten Frist vervollständigen oder direkt einen förmlichen Antrag stellen.<sup>9</sup> Die im Antrag enthaltene Unternehmenserklärung kann gem. Rn. 31 der Mitteilung sowohl in schriftlicher als auch in mündlicher Form<sup>10</sup> abgegeben werden. Sind am Ende des Verfahrens die notwendigen Voraussetzungen erfüllt, erlässt die Kommission dem Unternehmen gem. Rn. 22 die Geldbuße.

4 Schneider, Die Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht, S. 28; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, 1. Aufl., § 7, Rn. 31.

5 Europäische Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 45 v. 19.02.2002.

6 Schnakl, Die Kronzeugenregelung im Kartellverfahren, S. 113.

7 Georgii, Formen der Kooperation in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen, deutschen und englischen Recht, S. 195; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann, (Fn. 3), Rn. 247.

8 Europäische Kommission, Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung in Kartellsachen, ABl. C 298 v. 08.12.2006.

9 Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann, (Fn. 3), Rn. 244.

10 Dies dient insbesondere zum Schutz des Kronzeugen vor Offenlegung des Antrags im Rahmen des „Discovery-Verfahrens“. vgl. Schroll, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes, S. 120.

## 2. Ermäßigung der Geldbuße

Sind die Voraussetzungen für einen Erlass der Geldbuße nicht erfüllt, kommt nach Abschnitt III. A. der Mitteilung eine Ermäßigung dieser in Betracht, wenn das Unternehmen Beweismittel vorlegt, die einen erheblichen Mehrwert für die Kommission darstellen. Am Ende des Verfahrens entscheidet die Kommission im Rahmen der in Rn. 26 vorgesehenen Bandbreiten über den Umfang der gewährten Bußgeldermäßigung. Für die Ermäßigung ist ein förmlicher Antrag zu stellen, der ausreichende Beweise für das mutmaßliche Kartell beinhaltet.

## II. Das Kronzeugenregelungsmodell des ECN

Auf unionaler Ebene besteht neben dem Kronzeugenprogramm der Kommission das Kronzeugenmodell des European Competition Networks.<sup>11</sup> Das ECN ist ein Netzwerk von Wettbewerbsbehörden, welches sich aus der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten zusammensetzt.<sup>12</sup> Es bietet für die Behörden ein Diskussions- und Kooperationsforum zur Anwendung und Durchsetzung der unionsweiten Wettbewerbspolitik.<sup>13</sup> Im Jahr 2006 hat das ECN ein eigenes Kronzeugenregelungsmodell<sup>14</sup> vorgestellt, welches im Jahr 2012 überarbeitet wurde.<sup>15</sup> Es hat das Ziel, die national verschieden ausgestalteten Kronzeugenregelungen unionsweit anzugeleichen.<sup>16</sup> Das Modell ist für die Mitgliedsstaaten jedoch nicht verbindlich.<sup>17</sup> Auf die Ausgestaltung des ECN-Kronzeugenregelungsmodells wird im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag der Kommission vom 22.03.2017 näher eingegangen.<sup>18</sup>

## C. Die Bonusregelung des Bundeskartellamt (BKartA)

Wie auch die Kommission berücksichtige das BKartA bereits vor Bekanntmachung der ersten Kronzeugenregelung in Form der Bonusregelung 2000<sup>19</sup> eine Kooperation von Unternehmen bei der Bußgeldberechnung.<sup>20</sup> An die Stelle der ersten Bonusrege-

11 nachfolgend: „ECN“.

12 *De Visser*, Network-Based Governance in EC Law, S. 33.

13 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl., § 10, Rn. 13.

14 *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v. 29.09.2006, MEMO/06/357.

15 Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (09.07.2018).

16 *Chmeis*, Der Richtlinien-Vorschlag der Kommission zur Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden im ECN – Eine Kommentierung unter Berücksichtigung des deutschen Kartellverfahrensrechts, NZKart 2017, S. 403; *Satzinger*, Die Entthronung des Kronzeugen im europäischen Kartellrecht?, S. 77.

17 *Schnakl*, (Fn. 6), S. 94.

18 S.u. unter C. III.

19 Bekanntmachung Nr. 68/2000 über Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbußen vom 17.04.2000.

20 BT Drucks. 7/5390, S. 66.

lung trat am 15.03.2006 die Bonusregelung 2006.<sup>21</sup> Grundlage für die Bonusregelung ist § 81 Abs. 7 GWB, nach welcher das BKartA allgemeine Verwaltungsgrundsätze<sup>22</sup> über die Feststellung der Bußgeldhöhe erlassen kann. Der Regelungsgehalt der Bonusregelung 2006 entspricht im Wesentlichen dem der Kronzeugenmitteilung der Kommission. Im Unterschied zu dieser ist jedoch nach der Bonusregelung neben dem Unternehmen, welches andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat, auch der alleinige Kartellanführer von einem Erlass der Geldbuße ausgeschlossen.<sup>23</sup> Zudem kann im Gegensatz zu dem Kronzeugenprogramm der Kommission ein Marker auch in Bezug auf die Ermäßigung der Geldbuße gesetzt werden.<sup>24</sup> Letztlich verfügt das BKartA auch über einen größeren Ermessensspielraum bei der Ermäßigung der Geldbuße: Im Gegensatz zu der Kronzeugenmitteilung der Kommission sieht die Bonusregelung des Bundeskartellamtes keine festen Bandbreiten für die Ermäßigung der Geldbuße vor, sondern bestimmt lediglich, dass eine Ermäßigung der Geldbuße von bis zu 50 % möglich ist.

## D. Kronzeugenerklärungen im System der parallelen Zuständigkeit

In Folge der Globalisierung erstrecken sich Kartelle regelmäßig über mehrere Jurisdiktionen.<sup>25</sup> Da Kronzeugenregelungen nationale Verfolgungsinstrumente sind,<sup>26</sup> stellt sich für potentielle Kronzeuge zunächst die Frage, welche Kartellbehörde für die Verfolgung des betroffenen Kartells zuständig ist, bei welcher er also einen Kronzeugenantrag einzureichen hat.

### I. System der parallelen Zuständigkeit

Vor dem Hintergrund der Zunahme von Wettbewerbsbeschränkungen mit grenzüberschreitendem Bezug wurde durch die VO 1/2003<sup>27</sup> ein System der dezentralen Anwendung der Art. 101, 102 AEUV in einem Netz von Wettbewerbsbehörden geschaffen, wodurch sowohl die Kommission als auch nationale Kartellbehörden zur Anwendung dieser Artikel befugt sind.<sup>28</sup> Ziel war es, eine effiziente Arbeitsteilung sowie eine wirksame und kohärente Anwendung der europäischen Wettbewerbsre-

21 Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 07.03.2006.

22 Als solcher hat die Bonusregelung eine Selbstbindungswirkung, die mit der der Kronzeugenmitteilung der Kommission vergleichbar ist, vgl. *Georgii*, (Fn. 7), S. 323.

23 *Künstner*, in: *Schulte/Just/Künstner, Kartellrecht*, § 81, Rn. 19.

24 *Kling/Thomas*, (Fn. 13), § 23, Rn. 134.

25 *Zwiener*, Die Auswirkungen der Verordnung Nr. 1/2003 auf das europäische und deutsche Kartellverfahren, S. 8.

26 EuGH, Rs. C-428/14, *DHL Express*, ECLI:EU:C:2016:27, Rn. 55.

27 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

28 *Dannecker/Bülte*, in: *Wäbritz/Janovsky/Dannecker/Bülte, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts*, 1. Aufl., Kap. 2, Rn. 168; *Monti*, EC Competition Law, S. 415 f.; *Frenz*, *Handbuch Europarecht Band 2 – Europäisches Kartellrecht*, 1. Aufl., Rn. 309.

geln sicherzustellen.<sup>29</sup> Die Wettbewerbsbehörden arbeiten gem. Art. 11 Abs. 1 VO 1/2003 innerhalb des Netzwerks eng zusammen. Zu diesem Zweck haben die Behörden gegenseitige Unterrichtungspflichten gem. Art. 11 Abs. 1, 2 VO 1/2003 und können relevante Informationen gem. Art. 12 Abs. 1 VO 1/2003 austauschen. Die in den Art. 11 ff. dieser VO festgelegten Regeln über die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden werden durch die ECN-Bekanntmachung<sup>30</sup> ergänzt, welche Aussagen über die Grundsätze der Fallverteilung trifft. Danach kann ein Fall durch eine nationale Wettbewerbsbehörde, mehrere parallel handelnde nationale Wettbewerbsbehörden oder die Kommission bearbeitet werden.<sup>31</sup> Ziel ist es indes, einen Fall möglichst einer Wettbewerbsbehörde zuzuweisen.<sup>32</sup> Grundsätzlich soll außerdem eine Behörde, die bereits mit einem Fall befasst ist, weiterhin mit diesem befasst bleiben.<sup>33</sup> Sofern diese jedoch zu dem Schluss kommt, nicht „gut geeignet“ zu sein, kann grundsätzlich innerhalb von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt der Unterrichtung gem. Art. 11 VO 1/2003 eine Umverteilung stattfinden.<sup>34</sup> Ein paralleles Vorgehen mehrerer nationaler Wettbewerbsbehörden wird für angemessen erachtet, wenn der Fall in deren Hoheitsgebiet wesentliche Auswirkungen hat und das Vorgehen nur einer nationalen Wettbewerbsbehörde nicht ausreichen würde, um eine Zuwidderhandlung zu beenden bzw. angemessen zu ahnden.<sup>35</sup> Hingegen soll sich die Kommission eines Falls annehmen, wenn dieser in mehr als drei Mitgliedsstaaten Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.<sup>36</sup> Leitet die Kommission ein Verfahren ein, entfällt die Kompetenz der nationalen Wettbewerbsbehörden.<sup>37</sup>

## II. Auswirkungen auf potentielle Kronzeugen

Problematisch ist für potentielle Kronzeugen in diesem Zusammenhang zunächst, dass die ECN-Bekanntmachung als solche lediglich eine untergesetzliche Regelung ist und keine verbindliche Außenwirkung entfaltet.<sup>38</sup> So besteht kein Anspruch, dass ein Fall von einer bestimmten Wettbewerbsbehörde behandelt wird.<sup>39</sup> Auch existieren keine verbindlichen Regeln, nach denen eine Zuteilung erfolgt, sofern sich die Kar-

29 *De Smijter/Sinclair*, in: Faull/Nikpay/De Smijter/Sinclair, *The EU Law of Competition*, 3. Aufl., Kap. 2.04; *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, *EU Competition Law and Economics*, 1. Aufl., Kap. 1.58.

30 *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101 v. 27.04.2004, nachfolgend: „ECN-Bekanntmachung“.

31 ECN-Bekanntmachung, Rn. 5.

32 *Ibid.*, Rn. 10.

33 *Ibid.*, Rn. 6.

34 *Ibid.*, Rn. 6, 18.

35 *Ibid.*, Rn. 12.

36 *Ibid.*, Rn. 14.

37 *Ibid.*, Rn. 51.

38 *Soltész*, Der "Kronzeuge" im Labyrinth des ECN, *WuW* 2005, S. 620.

39 *Leupold*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Teil 3, Kap. 4, Art. 11, Rn. 8.

telbbehörden nicht über die Verteilung eines Falles einig sind.<sup>40</sup> Dies ist für den Kronzeugen vor allem deshalb problematisch, weil die angestrebte Privilegierung nur gegenüber derjenigen Behörde eintritt, bei welcher ein entsprechender Antrag gestellt wurde.<sup>41</sup> Die Konsequenzen dieses Vorgehens veranschaulicht der Fall *DHL-Express*:<sup>42</sup> Bezuglich eines Kartells im See-, Luft- und Straßenfrachtverkehr hatte DHL einen Kronzeugeantrag bei der Kommission eingereicht, sowie zugleich einen Kurzantrag bei der italienischen Kartellbehörde,<sup>43</sup> der sich jedoch nur auf das See- und Luftfrachtverkehrskartell bezog. Da die Kommission entschieden hatte, nur das Luftfrachtverkehrskartell zu verfolgen, ermittelte die AGCM bezüglich des Straßenfrachtkartells. Bevor DHL seinen bei der AGCM eingereichten Kurzantrag vervollständigte, reichte ein anderes Unternehmen einen entsprechenden Kurzantrag ein. Die AGCM sah dieses als ersten Antragsteller an und verhängte gegen DHL eine Geldbuße, wogegen das Unternehmen gerichtlich vorging. Der EuGH betonte im Rahmen der ihm in diesem Zusammenhang vorgelegten Fragen im Vorabentscheidungsverfahren die „Koexistenz und Eigenständigkeit“<sup>44</sup> der Kronzeugeanregelungen. Zugleich verdeutlicht der Fall *DHL-Express* vor dem Hintergrund der Eigenständigkeit der Kronzeugeanregelungen, dass es in Anwendung der ECN-Bekanntmachung für das Unternehmen von beachtlicher Bedeutung ist, welche Behörde sich des Falles annehmen wird.<sup>45</sup> Hierzu sind die von dem Kartell potentiell betroffenen Mitgliedstaaten festzustellen. Dies stellt vor allem solche Unternehmen vor Probleme, die nur teilweise an den Aktivitäten eines Kartells beteiligt sind.<sup>46</sup> Zudem kann das Tätigwerden auch von behördinternen Faktoren wie der Kapazitätsauslastung abhängen,<sup>47</sup> welche für den potentiellen Kronzeugen nicht zu antizipieren ist. In Folge dessen muss der Antragsteller aufgrund des Auswirkungsprinzips bei allen in Betracht kommenden Behörden einen entsprechenden Antrag einreichen.<sup>48</sup> Die Voraussetzungen hierfür unterscheiden sich oftmals sowohl in formeller und materieller Ausgestaltung als auch hinsichtlich der sprachlichen Anforderungen.<sup>49</sup> Hinzu kommt ein zeitlicher Druck bei der Antragstellung,<sup>50</sup> da die meisten Kronzeugeanregelungen auf das Prioritäts-

40 *Schroll*, (Fn. 10), S. 251.

41 *Kling/Thomas*, (Fn. 13), § 10, Rn. 24; *Wijckmans/Tuytschaever*, Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law, 1. Aufl., Kap. 2.50.

42 EuGH, *DHL Express*, (Fn. 26); nachfolgend: „DHL“.

43 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nachfolgend: „AGCM“.

44 EuGH, *DHL Express*, (Fn. 26), Rn. 58.

45 *Soltész*, (Fn. 38), S. 620.

46 *Schroll*, (Fn. 10), S. 250.

47 *Ibid.*

48 ECN-Bekanntmachung, Rn. 38; *Krohs/Uphoff*, EU-Kronzeugeantrag schützt nicht vor nationaler Kartellgeldbuße, BB 2016, S. 644; *Kling/Thomas*, (Fn. 13), § 10, Rn. 24.

49 *Glöckner*, Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., Rn. 301; List of National Competition Authorities accepting summary applications and applicable language regime for summary applications, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (09.07.2018).

50 *Glöckner*, (Fn. 49), Rn. 301.

prinzip zurückgreifen, wonach nur dem ersten Antragsteller ein vollständiger Bußgelderlass gewährt wird.<sup>51</sup>

### III. Richtlinienvorschlag der Kommission vom 22.03.2017

Vor dem Hintergrund der aufgeworfenen Problematik hat die Kommission am 22.03.2017 in Ergänzung der VO 1/2003 einen Richtlinienvorschlag zur Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden vorgelegt.<sup>52</sup> Neben der Erweiterung und Vereinheitlichung der Kompetenzen zur wirksameren Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts<sup>53</sup> soll diese insbesondere nationale Kronzeugenprogramme auf unionsrechtlicher Ebene harmonisieren.<sup>54</sup> Hierzu trifft der RL-V umfangreiche Regelungen zur Gestaltung einer verbindlichen Kronzeugenregelung. Abweichend vom Grundsatz der Sicherstellung von Mindeststandards strebt der RL-V eine Maximalharmonisierung an und orientiert sich dabei an dem *Model Leniency Programme* des ECN.<sup>55</sup> Die Voraussetzungen für einen Erlass bzw. eine Ermäßigung der Geldbuße entsprechen im Wesentlichen<sup>56</sup> denen der Mitteilung der Kommission. Hinsichtlich des Verfahrens haben die Mitgliedsstaaten nach Art. 21 Abs. 1 RL-V<sup>57</sup> sicherzustellen, dass ein Unternehmen einen rangwahrenden Marker beantragen kann. Werden die Beweismittel innerhalb der von der Behörde festgesetzten Frist vervollständigt, ist gem. Art. 21 Abs. 3 RL-V davon auszugehen, dass diese bereits zum Zeitpunkt der Gewährung eines Markers vorgelegt wurden. Zudem stellen die nationalen Behörden gem. Art. 22 Abs. 1 RL-V sicher, dass Unternehmen, welche einen Marker bei der Kommission beantragt oder einen vollständigen Antrag eingereicht haben, in Bezug auf dasselbe Kartell Kurzanträge bei nationalen Behörden einreichen können, sofern mehr als drei Mitgliedstaaten von dessen Auswirkungen betroffen sind.<sup>58</sup> Die Kurzanträge können gem. Art. 22 Abs. 6 RL-V innerhalb einer von der Behörde festgesetzten Frist vervollständigt werden, sofern die Kommission die Absicht hat, nicht tätig zu werden.

51 Brömmelmeyer, Der Kronzeuge im EU-Kartellrecht – unter besonderer Berücksichtigung des Richtlinienvorschlags der Kommission vom 22.03.2017, NZKart 2017, S. 556.

52 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes v. 22.03.2017, COM(2017) 142 (final), nachfolgend: „RL-V“.

53 Brauneck, Europäisches Wettbewerbsnetz 2.0–Unabhängige nationale Wettbewerbsbehörden mit weitreichenden EU-Befugnissen?, EWS 2017, S. 199.

54 RL-V, S. 6.

55 Brömmelmeyer, (Fn. 51), S. 553.

56 Im Gegensatz zu der Kronzeugenmitteilung der Kommission sieht der RL-V keine festen Bandbreiten für die Höhe der Ermäßigung vor.

57 Die genannten Artikel entsprechen denen der konsolidierten Fassung nach den Trilogverhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Europäischer Kommission und Vertretern der EU-Ratspräsidentschaft, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10033-2018-INIT/en/pdf> (09.07.2018).

58 Der ursprüngliche RL-V der Kommission sah diese Einschränkung nicht vor.

In diesem Falle wird davon ausgegangen, dass der Antrag bereits zum Zeitpunkt des Kurzantrages eingereicht wurde.<sup>59</sup>

#### IV. Beurteilung

Die aus dem System der parallelen Zuständigkeit und der Disparität der Kronzeugenregelungen herrührenden Probleme haben Intransparenz und Rechtsunsicherheit für potentielle Antragsteller zur Folge. Es lässt sich aufgrund der unverbindlichen Ausgestaltung der ECN-Bekanntmachung nur schwer erkennen, welche Behörde einen Fall tatsächlich verfolgen wird. Zudem wird in der Praxis häufig von den Grundsätzen abgewichen.<sup>60</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung nationaler Kronzeugenregelungen ist es für Antragsteller nur schwer vorhersehbar, ob sie überhaupt in den Genuss eines Bußgelderlasses kommen.<sup>61</sup> Zwar hat eine Kronzeugenregelung den Zweck, „ein Klima der Unsicherheit innerhalb der Kartelle zu schaffen“,<sup>62</sup> diese Unsicherheit bezieht sich jedoch nicht auf einen bereits zum Antrag entschlossenen Kronzeugen.<sup>63</sup> Vielmehr soll sie daraus entstehen, dass sich Kartellanten aufgrund einer effektiven Kronzeugenregelung einem hohen Entdeckungsrisiko ausgesetzt sehen. Insofern steht eine durch Rechtssicherheit geprägte Kronzeugenregelung in Wechselwirkung mit einer durch Unsicherheit geprägten Kartelllandschaft. In Erwägung der dargestellten Problematik könnten Unternehmen davon absehen, im Rahmen von Kronzeugenregelungen mit Behörden zu kooperieren und Kartelle aufzudecken.<sup>64</sup> Dies beeinträchtigt die Effektivität der verschiedenen Kronzeugenprogramme nachhaltig und aufgrund von deren Bedeutung für die effektive Wettbewerbsdurchsetzung auch diese. Der RL-V der Kommission ist insoweit zu begrüßen, als sich Unternehmen im Falle einer Verabschiedung und Umsetzung des RL-V nicht einer Vielzahl formell und materiell divergierender Kronzeugenregelungen ausgesetzt sähen und hierdurch eine größere Rechtssicherheit für Antragsteller innerhalb der EU geschaffen würde. Zudem würde durch die unionsweite Einführung von Marken und Kurzanträgen<sup>65</sup> die Antragstellung insofern erleichtert, als Unternehmen nunmehr erst dann vollständige Anträge bei (ggf. mehreren) nationalen Behörden einzureichen hätten, wenn sich die Kommission eines Falles nicht annimmt. Allerdings bleibt der RL-V hinter den Bedürfnissen der Praxis zurück. Legt man bei einer Beurteilung des Falles *DHL Express* den aktuellen Richtlinievorschlag zugrunde, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen.<sup>66</sup> Zudem sähen sich Unternehmen bei Zugrundelegung

59 vgl. Art. 21 VI RL-V.

60 *Brauneck*, (Fn. 53), S. 203.

61 *Georgii*, (Fn. 7), S. 105 f.; *Soltész*, (Fn. 38), S. 622.

62 EuGH, *DHL Express*, (Fn. 26), Rn. 82; EuGH, Rs. C-227/14 P, *LG Display*, ECLI:EU:2015:258, Rn. 87.

63 *Brömmelmeyer*, (Fn. 51), S. 557.

64 *Chmeis*, (Fn. 16), S. 403.

65 Die Kronzeugenmitteilung 2006 sowie einige nationale Kronzeugenregelungen (vgl. List of authorities accepting summary applications, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (09.07.2018)) sehen eine solche Möglichkeit schon jetzt vor.

66 *Brömmelmeyer*, (Fn. 51), S. 557.

des RL-V weiterhin dem Problem ausgesetzt, in einem ersten Schritt alle für die Verfolgung eines Falles in Betracht kommenden Behörden zu identifizieren.

Eine solche Prüfung ist insbesondere angezeigt, nachdem die konsolidierte Fassung des Richtlinienvorschlags als Ergebnis der Trilogverhandlungen des Europäischen Parlaments, der Kommission und Vertretern der EU-Ratspräsidentschaft die Möglichkeit der Einreichung von Kurzanträgen nur in Fällen vorsieht, in denen sich ein Kartell in mehr als drei Mitgliedstaaten ausgewirkt hat. Stellt sich nachträglich heraus, dass das Kartell den Wettbewerb in weniger als vier Mitgliedstaaten beeinträchtigt hat, ist zu befürchten, dass der Antragsteller in denjenigen Staaten, in welchen er einen Kurzantrag gestellt hatte und in denen sich das Kartell tatsächlich ausgewirkt hat, aus formalen Gründen seinen Kronzeugestatus verliert. Das Ergebnis der Trilogverhandlungen ist insoweit zu bedauern.

Wünschenswert wäre eine weitergehende Kooperation der Wettbewerbsbehörden im Sinne eines „one-stop-shop“-Prinzips.<sup>67</sup> Danach würde lediglich ein Kronzeugantrag bei der Kommission oder einer „gut geeigneten“ nationalen Behörde ausreichen, um bei sämtlichen Behörden des ECN einen Kronzeugestatus zu erlangen.<sup>68</sup> Die Einführung eines solchen Systems würde aufgrund des ohnehin innerhalb des ECN bestehenden engen Informationsaustausches zwischen den Wettbewerbsbehörden keine größeren Umsetzungsschwierigkeiten bereiten.<sup>69</sup> Zudem würde eine solche Regelung die mit der zeitgleichen Antragstellung bei mehreren Wettbewerbsbehörden verbundene Arbeitsbelastung mindern und insofern der Zielsetzung des Systems der parallelen Zuständigkeiten gerechter werden.<sup>70</sup>

## E. Akteneinsicht in Kronzeugenerklärungen

Die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung wird durch das sog. *private enforcement*, also die zivilprozessuale Durchsetzung des Kartellrechts vor nationalen Gerichten ergänzt.<sup>71</sup> Besonders die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen erhöht die Durchsetzungskraft der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, eine präventive Wirkung zu erzielen.<sup>72</sup> Dennoch spielte die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zunächst eine untergeordnete Rolle.<sup>73</sup> Den Beginn der

67 *Kroes*, Herausforderungen in der Wettbewerbspolitik, SPEECH/06/443, S. 5; *Krohs/Uphoff*, (Fn. 48), S. 645; *Schnakl*, (Fn. 6), S. 95.

68 *Hemler*, Kartellrecht: Verhältnis zwischen Kronzeugenregelungen auf EU- und mitgliedstaatlicher Ebene, EuZW 2016, S. 275; *Brömmelmeyer*, (Fn. 51), S. 557.

69 *Brömmelmeyer*, (Fn. 51), S. 557.

70 *Schrackl*, Die Kronzeugenregelung im Kartellverfahren, S. 95.

71 *Häfele*, Private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht und die Kronzeugenregelung, S. 2; *Weber*, in: *Schulte/Just/Weber*, Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 6 VO 1/2003, Rn. 15.

72 *Bien*, Perspektiven für eine europäische Gruppenklage bei Kartellverstößen? – Die Opt out-Class Actions als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung, NZKart 2013, S. 481; Generalanwältin *Kokott*, Schlussantr. Rs. C-557/12, *Kone AG u.a.*, ECLI:EU:C:2014:45, Rn. 65; Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ v. 19.12.2005 (KOM (2005) 672).

73 *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement od EC competition rules – Ashurst, S. 1.

Diskussion um eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung markiert das Urteil des EuGH in der Sache *Courage vs. Crehan* vom 20.09.2001,<sup>74</sup> in welchem dieser feststellte, dass Art. 101 AEUV im Horizontalverhältnis zwischen den Bürgern eine unmittelbare Wirkung entfaltet und „jedermann“ einen Ersatzanspruch desjenigen Schadens hat, welcher ihm durch eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.<sup>75</sup> Inzwischen haben private Kartellschadensersatzklagen eine erhebliche Bedeutung erlangt.<sup>76</sup> Allerdings sehen sich Schadensersatzkläger in der Regel aufgrund weniger schriftlicher Dokumente, die das wettbewerbswidrige Verhalten dokumentieren, Beweisschwierigkeiten in Bezug auf die substantielle Darlegung der Schadenshöhe ausgesetzt.<sup>77</sup> Aus diesem Grund besteht ein besonderes Interesse an der Einsichtnahme in Kronzeugenunterlagen.<sup>78</sup> Diesem Interesse steht die Befürchtung potentieller Kronzeugen entgegen, aufgrund einer Offenlegung der freiwillig erteilten Auskünfte primär Schadensersatzklagen ausgesetzt zu sein, da Anträge im Rahmen eines Kronzeugenprogramms zumeist frühzeitig vorliegen.<sup>79</sup> So erscheint es jedenfalls möglich, dass die Sorge potentieller Kronzeugen vor weitreichenden schadensersatzrechtlichen Konsequenzen geeignet ist, die Effektivität der Kronzeugenprogramme der Kommission und des BKartA zu beeinträchtigen. Dieses Spannungsverhältnis bildet den Kern des Konflikts zwischen *private* und *public enforcement* und gehört zu einer der meist diskutierten kartellrechtlichen Fragestellungen der jüngeren Zeit.<sup>80</sup> Bis zum Erlass der Schadensersatzrichtlinie<sup>81</sup> war dieses Spannungsverhältnis vornehmlich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen. Im Folgenden wird daher zunächst auf diese eingegangen, um im Anschluss die wesentlichen Regelungen der Schadensersatzrichtlinie zum zivilprozessualen Einsichtsrecht in Kronzeugendokumente darzulegen und sie an der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu messen. Zuletzt wird die nationale Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie im Rahmen der 9. GWB-Novelle betrachtet und eine eigene Position bezogen.

74 EuGH, Rs. C-453/99, *Courage vs. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

75 Ibid., Rn. 23.

76 Schweizer, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, S. 335; Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen im Private Enforcement unter der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, S. 43 f.

77 Schweizer, (Fn. 76), S. 335.

78 High Court of Justice, [2012] EWHC 1717 (Ch), *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB & Others*, Rn. 43.

79 Reichert/Walther, Die besonderen Regelungen für Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 2015, S. 120; Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, S. 33.

80 Fiedler/Blume Huttenlauch, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, NZKart 2013, S. 351; Bunte, in: Langen/Bunte/Bunte, Kartellrecht, Band 2 – Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Einl., Rn. 105.

81 Richtlinie Nr. 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu widerhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten und der Europäischen Union, nachfolgend: „Schadensersatzrichtlinie“.

## I. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

### 1. Die Rechtssache Pfleiderer

In der Rechtssache *Pfleiderer*<sup>82</sup> setzte sich der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens mit der vom AG Bonn vorgelegten Frage auseinander, ob das Gemeinschaftsrecht dem Akteneinsichtsrecht eines Geschädigten in Bonusanträge und in diesem Zusammenhang freiwillig herausgegebene Unterlagen entgegensteht. Das Akteneinsichtsbegehren stützte Pfleiderer dabei auf § 406e StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG.<sup>83</sup> Der EuGH verneinte die Vorlagefrage mit der Begründung, die Mitgliedsstaaten hätten nationale Vorschriften über den Zugang zu Kronzeugendokumenten zu erlassen und diese in Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen anzuwenden.<sup>84</sup> Aufgrund des angesprochenen Spannungsverhältnisses zwischen den verschiedenen Interessen müsse stets eine Interessenabwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte vorgenommen werden.<sup>85</sup>

### 2. Die Rechtssache Donau Chemie

Diese Abwägung wurde durch den EuGH im Zuge einer Vorlage des OLG Wien im Fall *Donau Chemie* konkretisiert.<sup>86</sup> In seinem Urteil erklärte der EuGH § 39 ÖKartG, der ein Einsichtsrecht nur nach Zustimmung aller Verfahrensparteien vorsah, für mit den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar, weil die Norm eine Möglichkeit der Einzelfallabwägung nicht vorsehe.<sup>87</sup> Weiterhin stellte der EuGH fest, dass „die bloße Berufung auf eine Gefahr, dass durch den Zugang die Wirksamkeit eines Kronzeugenprogramms beeinträchtigt werden könnte, nicht genügen kann, um die Verweigerung des Zugangs zu diesen Beweisen zu rechtfertigen.“<sup>88</sup> Vielmehr müsse die Verweigerung des Einsichtsbegehrens bei jedem einzelnen Dokument auf eine konkrete Gefährdung des geltend gemachten schützenswerten Interesses gestützt werden.<sup>89</sup>

### 3. Die Rechtssache EnBW

In einer weiteren Entscheidung hob der EuGH ein Urteil des EuG auf, in welchem dieses einen auf die europäische Transparenzverordnung<sup>90</sup> gestützten Anspruch auf

82 EuGH, Rs. C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389.

83 Ibid., Rn. 14.

84 Ibid., Rn. 32.

85 Ibid., Rn. 31.

86 EuGH, Rs. C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366.

87 Ibid., Rn. 32, 33, 37.

88 Ibid., Rn. 46.

89 Ibid., Rn. 48.

90 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.

Einsicht in die Kartellverfahrensakte der Kommission, welche auch Kronzeugenerklärungen enthielt, annahm.<sup>91</sup> Der EuGH verwies auf die in Art. 4 dieser Verordnung enthalten Schranken des Grundsatzes eines größtmöglichen Zugangs und leitete aus der VO 1/2003 die Vermutung ab, dass Kronzeugenanträge diesen Schranken unterfielen.<sup>92</sup> Diese Vermutung könne nur widerlegt werden, wenn bezüglich bestimmter Einzeldokumente ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ dargelegt werde.<sup>93</sup>

## II. Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Mit der Schadensersatzrichtlinie wurde im Jahr 2014 eine bis zu diesem Zeitpunkt nicht bestehende<sup>94</sup> einheitliche EU-Regelung über den Zugang zu Kronzeugendokumenten geschaffen. Ziel der Schadensersatzrichtlinie ist die Entschärfung des beschriebenen Spannungsverhältnisses, indem die private Kartellrechtsdurchsetzung gestärkt werden soll, ohne dabei die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen zu beeinträchtigen.<sup>95</sup>

### 1. Zugang zu Kronzeugendokumenten

Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie statuiert einen grundsätzlichen Anspruch des Schadensersatzklägers auf Offenlegung von Beweismitteln, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruches ausreichend stützen. Dabei hat der Kläger die Beweismittel nicht konkret zu benennen.<sup>96</sup> Von diesem Grundsatz wird in Art. 6 Abs. 6 lit. a) eine Ausnahme gemacht. Danach sind in den Akten der Wettbewerbsbehörden befindliche Kronzeugenerklärungen von der Offenlegung vorbehaltlos und unbedingt ausgenommen. Dies gilt aufgrund der Bezugnahme in Art. 6 Abs. 1 a.E. auf Art. 5 auch für Abschriften und Kopien, die an anderen Orten oder Aktensammlungen vorhanden sind.<sup>97</sup> Jedoch kann gem. Art. 6 Abs. 7 ein Gericht auf Antrag des Klägers Einsicht in die in Art. 6 Abs. 6 genannten Unterlagen nehmen, um zu prüfen, ob diese Dokumente tatsächlich in den Schutzbereich des absoluten Offenlegungsverbots fallen. Weiterhin bleibt zwar gem. Art. 6 Abs. 2 die außerprozessuale Einsichtnahme nach der Transparenzverordnung oder nach anderen nationalen Regelungen in Akten einer Wettbewerbsbehörde unberührt, allerdings wird ein umfassender Schutz von Kronzeugenerklärungen dadurch gewährleistet, dass solche Beweismittel gem. Art. 7 Abs. 1 in einem Verfahren über Schadensersatzklagen unzulässig sind.

91 EuGH, Rs. C-315/12 P, *EnBW*, ECLI:EU:C:2014:112.

92 Ibid., Rn. 68, 69.

93 Ibid., Rn. 100.

94 EuGH, *Donau Chemie*, (Rn. 86), Rn. 25.

95 *Vollrath*, Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht, NZKart 2013, S. 435; *Rosenfeld/Brand*, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, S. 247.

96 Erwägungsgrund 15 der Schadensersatzrichtlinie.

97 *Reichert/Walther*, (Fn. 79), S. 124.

## 2. Reichweite des Schutzes von Kronzeugendokumenten

### a) Schutz von nachgelagerten Kronzeugenerklärungen

Uneinheitlich wird bisher die Frage beantwortet, ob dem absoluten Offenlegungsverbot von Kronzeugenerklärungen nur der erste Antrag auf Kronzeugenstellung unterfällt, oder auch solche, die nach dem ersten Antrag eingereicht wurden und nur noch zu einer Ermäßigung der Geldbuße führen. Das Telos der Richtlinie, welche auch eine Effektivierung der privaten Rechtsdurchsetzung zum Ziel hat, ließe eine einschränkende Auslegung des Schutzbereiches zu.<sup>98</sup> Jedoch ist die Kronzeugenerklärung in Art. 2 Nr. 16 als „freiwillige [...] Darlegung [...], die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms [...] den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken“ definiert. Hierauf zielen neben der ersten auch weitere Kronzeugenerklärungen, sodass diese nach dem Wortlaut der Richtlinie vom Schutzbereich umfasst sind. Auch der Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 6 lit. a) spricht letztlich hierfür. Im Gegensatz zu der Richtlinie als Ganzem, dient Art. 6 Abs. 6 lit. a) allein dem Schutz der Effektivität der Kronzeugenprogramme.<sup>99</sup> Würden weitere Kronzeugenanträge nicht umfasst sein, kämen deren Antragsteller nicht nur nicht in den Genuss eines vollständigen Bußgelderlasses,<sup>100</sup> sondern sähen sich daneben der Gefahr einer vorrangigen schadensersatzrechtlichen Inanspruchnahme ausgesetzt. Da Unternehmen zumeist nicht wissen, ob nicht bereits schon vor ihrem Antrag andere Kronzeugenanträge gestellt wurden, würden die Folgen des Ausschlusses vom Schutzbereich des absoluten Offenlegungsverbots zu erheblicher Unsicherheit bei potentiellen Kronzeugen führen und die Effektivität der Kronzeugenprogramme beeinträchtigen. Es ergibt sich somit, dass jegliche Kronzeugenerklärungen in den Schutzbereich des absoluten Offenlegungsverbots fallen.

### b) Schutz von beigefügten Dokumenten

Nicht abschließend ist weiterhin geklärt, ob auch die der Kronzeugenerklärung beigefügten Dokumente dem Offenlegungsverbot unterfallen. Der Wortlaut des Art. 2 Nr. 16 lässt vermuten, dass von dem Schutzbereich lediglich die Unternehmenserklärung umfasst sein soll, in welcher der Antragsteller die Art, Ziele, Aktivitäten sowie die Funktionsweise des Kartells umfänglich beschreibt und detaillierte Angaben über dessen Ausdehnung sowie weitere Kartellanten macht.<sup>101</sup> Allein diese Erklärung wird, im Gegensatz zu den beigefügten Dokumenten, für den Kronzeugenantrag formuliert.

98 Dawirs, (Fn. 76), S. 252.

99 Fiedler/Blume Huttenlauch, (Fn. 80), S. 351.

100 Aufgrund des Prioritätsprinzips vieler Kronzeugenregelungen kommt nur der erste Antragsteller in den Genuss eines vollständigen Bußgelderlasses.

101 Art. 2 Nr. 16 definiert die Kronzeugenerklärung als „freiwillige Darlegung [...] eines Unternehmens [...], in der das Unternehmen [...] seine [...] Kenntnis von einem Kartell und seine [...] Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, [...] den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken [...]“; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen“.

Dagegen kann jedoch *prima facie* eingewandt werden, dass der Richtlinienentwurf<sup>102</sup> der Schadensersatzrichtlinie in Art. 6 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Art. 4 Nr. 14 explizit nur Kronzeugenunternehmenserklärungen einem Offenlegungsverbot unterstellt. Dieser Wortlaut ist in der letztlich erlassenen Richtlinie weiter gefasst, sodass danach nicht nur die Unternehmenserklärung umfasst sein könnte.<sup>103</sup> Allerdings unterscheiden sich die Begriffsdefinitionen der Kronzeugenerklärung und der Kronzeugenunternehmenserklärung zwar im Wortlaut, sind aber inhaltlich identisch, sodass dieses Argument nicht greift. Für eine Einbeziehung beigelegter Dokumente in den Schutzbereich spricht wiederum der letzte Halbsatz der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 16 der Schadensersatzrichtlinie. Danach sind bereits vorhandene Informationen nicht vom Begriff der Kronzeugenerklärung umfasst. Würden dem Antrag beigelegte Dokumente nicht von dem Schutzbereich erfasst sein, hätte diese Klarstellung keinerlei sinnvollen Anwendungsbereich, da die im Rahmen des Antrags abgegebene Unternehmenserklärung dem Geschädigten niemals vorliegen dürfte.<sup>104</sup> Letztlich spricht auch der Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 6 lit. a) der Schadensersatzrichtlinie für einen Schutz der freiwillig mit dem Antrag eingereichten Dokumente, weil diese umfangreiche Informationen über die Kartellabsprachen beinhalten, welche Schadensersatzklägern zum Schutz des Kronzeugen gerade nicht zugänglich gemacht werden sollen. Somit sind auch im Zuge des Kronzeugeantrags eingereichte Beweismittel als vom absoluten Offenlegungsverbot erfasst anzusehen.

### 3. Primärrechtskonformität des absoluten Offenlegungsverbotes

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, in welcher er ein primärrechtliches Gebot der gerichtlichen Einzelabwägung im Hinblick auf die Einsichtnahme in Kronzeugeanträge statuierte und eine nationale Norm, die diese Abwägung nicht ermöglicht, für unionsrechtswidrig erklärt hat,<sup>105</sup> stellt sich die Frage der Primärrechtskonformität des sekundärrechtlichen Offenlegungs- und Verwertungsverbotes in Art. 6 Abs. 6 lit. a), 7 Abs. 1 der Richtlinie. Sofern man das zwingende Erfordernis der Interessenabwägung einer entsprechenden Auslegung des Art. 101 AEUV und des Effektivitätsgrundsatzes entnimmt, bindet dies auch den unionalen Gesetzgeber mit dem Ergebnis, dass das Offenlegungsverbot von Kronzeugendokumenten in der Schadensersatzrichtlinie *prima facie* primärrechtswidrig erscheint.<sup>106</sup> Allerdings wird hierbei verkannt, dass es sich bei § 39 ÖKartG, dessen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht der EuGH festgestellt hatte, um eine nationale Regelung handelt. Der EuGH betonte in seiner Entscheidung, dass die Notwendigkeit einer

102 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union v. 11.06.2013, COM(2013) 404 final.

103 Dawirs, (Fn. 76), S. 254.

104 Ibid.

105 S.o. unter D. I. 2.

106 Schweitzer, (Fn. 76), S. 343.

einzelfallbezogenen Abwägung mangels unionsrechtlicher Regelung erfolgte<sup>107</sup>, so dass diese nur eine Auslegungsvorgabe für das nationale Recht darstellt.<sup>108</sup> Zudem lag der Entscheidung im Fall *Donau Chemie* mit § 39 Abs. 1 ÖKartG eine Norm zugrunde, die auf den Ausschluss des Zugangs zur gesamten Akte hinauslief.<sup>109</sup> Im Gegensatz dazu umfassen die Verbote der Art. 6 Abs. 6 lit. a), Art. 7 Abs. 1 eine genau bestimmte Gruppe von Dokumenten.<sup>110</sup> Auch insoweit man annimmt, dass das Abwägungserfordernis auf einer den Unionsgesetzgeber bindenden unmittelbaren Auslegung des Art. 101 AEUV und des Effektivitätsgrundsatzes beruht, wonach eine Geltendmachung eines Kartellschadensersatzanspruches nicht praktisch unmöglich sein darf, widerspricht das Offenlegungsverbot der Schadensersatzrichtlinie dem nur auf den ersten Blick. Vielmehr findet bei einer Gesamtbetrachtung der Richtlinie eine Abwägung der widerstreitenden Interessen statt.<sup>111</sup> Die Richtlinie enthält zahlreiche Vorschriften, die einer Effektivierung des *private enforcements* dienen.<sup>112</sup> So findet unter anderem die Rechtsprechung des EuGH Eingang in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, nach welchem die Mitgliedsstaaten zu gewährleisten haben, dass die Durchsetzung des unionsrechtlich begründeten Kartellschadensersatzanspruches nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.<sup>113</sup> Zudem enthält Art. 17 Abs. 2 eine widerlegbare Schadensvermutung, sodass der Geschädigte diesen Nachweis nicht zu führen braucht. Nach Art. 17 Abs. 1 besteht weiterhin die Möglichkeit einer Schadensschätzung, wenn der Nachweis der Schadenshöhe unmöglich oder überaus schwierig ist. Aufgrund des Vorangegangenen ist nicht davon auszugehen, dass die Richtlinie eine Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen praktisch unmöglich macht oder unverhältnismäßig erschwert und deshalb primärrechtswidrig ist. Dass in Bezug auf die Kronzeugenunterlagen eine Abwägung zugunsten dieser stattgefunden hat, liegt zudem nicht zuletzt auch im Interesse der Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche. Zumeist werden erst durch Kronzeugeanträge Kartelle aufgedeckt und behördlich verfolgt.<sup>114</sup> Da die zivilprozessuale Durchsetzung des Kartellrechts vorwiegend in Gestalt sog. *follow-on-Klagen* stattfindet, ist eine effektive Ausgestaltung der Kronzeugeprogramme für Kläger zumindest mittelbar ebenso wichtig wie für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung.<sup>115</sup>

107 EuGH, *Donau Chemie*, (Rn. 86); *Fiedler/Blume Huttenlauch*, (Fn. 80), S. 354.

108 *Palzer*, Unvereinbarkeit der österreichischen Regelung zur Akteneinsicht Kartellgeschädigter mit EU-Recht, NZKart 2013, S. 326.

109 *Völlrath*, (Fn. 95), S. 446.

110 *Ibid.*

111 *Reichert/Walther*, (Fn. 79), 123.

112 *Ibid.*

113 *Schweitzer*, (Fn. 76), S. 336.

114 *Dreher/Kulka/Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl., § 15, Rn. 1720.

115 *Kahlenberg/Heim*, Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle: Mehr Effizienz für die private und behördliche Rechtsdurchsetzung, BB 2016, S. 1867.

### III. Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie in deutsches Recht

Die Schadensersatzrichtlinie wurde im Rahmen der im Mai 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle umgesetzt. Während zuvor keine umfassende Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln bestand<sup>116</sup> und ein Akteneinsichtsbegehr von im Besitz des BKartA befindlichen Akten vorwiegend auf § 406e Abs. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 S. 1 OwiG gestützt wurde,<sup>117</sup> kam im Zivilprozessverfahren § 142 ZPO<sup>118</sup> in Betracht. Nach der Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie besteht im GWB nun ein umfangreiches Offenlegungssystem von Beweismitteln und Akteneinsichtsrechten.<sup>119</sup> § 33g Abs. 1, 2 GWB statuiert einen zivilrechtlichen Anspruch auf die Herausgabe von Beweismitteln. Von diesem sind gem. § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB entsprechend der Schadensersatzrichtlinie Kronzeugenerklärungen ausgenommen. § 142 ZPO ist auf gerichtliche Auskunftserteilungen gem. § 89b Abs. 1 GWB entsprechend anwendbar, wobei die Zumutbarkeit der Erteilung gem. §§ 89b Abs. 1, 2, 33g Abs. 3-6 GWB zu bestimmen ist.<sup>120</sup> Folglich ist gem. §§ 33g Abs. 4 S. 3, 89 Abs. 8 GWB die Herausgabe von Kronzeugenanträgen lediglich an das Gericht zum Zwecke der Überprüfung zulässig. Gem. § 89c Abs. 4 GWB kann das BkArtA die Herausgabe von Kronzeugenanträgen verweigern, wobei der Kläger, dessen unbeschadet, die Herausgabe an das Gericht zum Zwecke der Überprüfung der Reichweite verlangen kann. Entsprechend Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie begründet § 89d Abs. 2 GWB ein Beweisverwertungsverbot von Kronzeugenerklärungen, welche durch Einsicht in Behörden- oder Gerichtsakten bzw. nach § 89c GWB erlangt wurden.

### IV. Stellungnahme

Mit der Schadensersatzrichtlinie und deren Umsetzung in das GWB wurde eine einheitliche Regelung zur Einsichtnahme in Kronzeugenanträge geschaffen, die, verglichen mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, zumindest teilweise einen Paradigmenwechsel<sup>121</sup> darstellt. Sie bietet einen umfangreichen Schutz für Kronzeugendokumente, der nicht nur den ersten Kronzeugenantrag umfasst. Geschützt sind auch die dem Antrag beigefügten Dokumente. Trotz des scheinbaren Widerspruches des absoluten Offenlegungsverbots zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist die Richtlinie als primärrechtskonform anzusehen, denn letztlich ist es die Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, zu beurteilen, wie die sich – jedenfalls partiell – entgegenstehenden Interessen des *public* und *private enforcements* mitein-

116 Ibid., S. 1868.

117 OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.02.2014, Az. V-4 Kart 5/11 (OWi); AG Bonn, Beschluss vom 18.01.2012 – 51 Gs 53/09.

118 Wobei dieser in der zivilprozessualen Praxis bisher eine untergeordnete Rolle gespielt hat, vgl. *Fiedler/Blume Hüttenlauch*, (Fn. 80), S. 351.

119 *Kahlenberg/Heim*, (Fn. 115), S. 1868.

120 Ibid.

121 *Reichert/Walther*, (Fn. 79), S. 120.

ander in Einklang zu bringen sind.<sup>122</sup> Problematisch erscheint indes die Möglichkeit der über den Schadensersatzanspruch entscheidenden Gerichte nach §§ 33g Abs. 4 S. 3, 89 Abs. 8 GWB, § 89c Abs. 4 GWB, Einsicht in Kronzeugendokumente zu nehmen. Zwar darf dies ausdrücklich nur zur Prüfung dienen, ob sie tatsächlich dem absoluten Offenlegungsverbot unterfallen allerdings enthält die Schadensersatzrichtlinie keine Mechanismen, die gewährleisten, dass die gerichtliche Entscheidung nicht durch die Einsichtnahme beeinflusst wird.<sup>123</sup> Zweckmäßiger erscheint hier eine Regelung, nach welcher die Prüfung der Dokumente von einem anderen als dem über die Schadensersatzklagen befindenden Gericht durchzuführen ist.

#### F. Zusammenfassung und abschließende Wertung

In der jüngeren Vergangenheit zeichnen sich positiv zu bewertende Bemühungen des europäischen Gesetzgebers ab, höhere Rechtssicherheit und Transparenz in Kronzeugenprogrammen zu gewährleisten und so die bestehenden Effektivitätshindernisse schrittweise abzubauen.

Teils bleiben die legislativen Maßnahmen jedoch hinter den Anforderungen der bereits bestehenden Verflechtung von Märkten und den Bedürfnissen der Praxis zurück. So würde auch die Umsetzung des RL-V der Kommission die aus dem System der parallelen Zuständigkeit erwachsende Rechtsunsicherheit bei der Stellung eines Kronzeugeantrags nicht vollständig beseitigen. Unternehmen müssten nach wie vor bei allen in Betracht kommenden Kartellbehörden Kronzeugeanträge einreichen und hierzu die zumeist aufwendige Prüfung vollziehen, in welchen Märkten sich das Kartell ausgewirkt hat. Diese Unsicherheit für Kronzeuge wird durch das Ergebnis der Trilogverhandlungen des Europäischen Parlaments, der Kommission und Vertretern der EU-Ratspräsidentschaft verstärkt, da danach die Möglichkeit der Stellung von Kurzanträgen lediglich in solchen Fällen in Anspruch genommen werden kann, in denen sich ein Kartell in mehr als drei Mitgliedstaaten ausgewirkt hat. Für eine größtmögliche Effektivität von Kronzeugenprogrammen bedarf es daher der Einführung eines „one-stop-shop“ Prinzips, nach welchem die Stellung lediglich eines Kronzeugeantrags bei der Kommission oder einer „gut geeigneten“ Kartellbehörde ausreicht, um bei sämtlichen Kartellbehörden des ECN den Kronzeugenstatus zu erhalten.

Positiv zu bewerten ist der Erlass der Schadensersatzrichtlinie und deren Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber im Rahmen der 9. GWB-Novelle. Durch die Gewährleistung eines umfangreichen Schutzes vor der Offenlegung von Kronzeugeanträgen sowie die Haftungsprivilegierung des Kronzeuge wird das Risiko seiner vorrangigen Inanspruchnahme gemindert und ein weiterer Anreiz geschaffen, Kronzeugenregelungen in Anspruch zu nehmen. Zugleich gewährleistet die Richtlinie Schadensersatzgläubigern vielfältige Privilegierungen. Hierdurch wird das Entdeckungs- und Verfolgungsrisiko eines Kartellrechtsverstoßes sowie das Risiko weitreichender Folgen eines solchen in Form von drohenden Schadensersatzansprüchen

122 Fiedler/Blume Hüttenlauch, (Fn. 80), S. 354.

123 Reichert/Walther, (Fn. 79), S. 124.

erhöht und ein Erfolgsfaktor für Kronzeugenprogramme wesentlich gestärkt. Aufgrund der bei einer Gesamtschau stattfindenden Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen von (potentiellen) Kronzeugen einerseits und Schadensersatzgläubigern andererseits ist – entgegen der in der Literatur teilweise vertretenen Auffassung – von einer Primärrechtskonformität der Schadensersatzrichtlinie auszugehen. Kritikwürdig ist vielmehr die fehlende Klarheit hinsichtlich der Reichweite des Schutzes von Kronzeugendokumenten. Eine diesbezügliche Klarstellung ist wünschenswert.

Letztlich wird für eine Effektivierung der Kartellrechtsdurchsetzung durch Kronzeugenprogramme der Blick künftig verstärkt über die unionalen Grenzen hinaus zu richten sein. Nicht nur innerhalb des ECN, sondern auch dessen Pendant auf globaler Ebene – dem ICN (International Competition Network) – ist eine zunehmend engere Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit dem langfristigen Ziel der Implementierung eines globalen „*one-stop-shop*“ Prinzips anzustreben.