

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen

Im Kartellrecht übermitteln Kronzeugen aufgrund ihrer fort dauernden Kooperationsverpflichtung Informationen in Form von Dokumenten, E-Mails etc. an die Wettbewerbsbehörde. Nach einem Überblick über die Kronzeugenprogramme in den USA, auf europäischer Ebene und in Deutschland (A.) wird im Folgenden betrachtet, welche Informationen Kronzeugen an die Wettbewerbsbehörden übermitteln und inwieweit sich diese zur Substantiierung von Schadensersatzklagen eignen (B.).

A. *Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick*

Kronzeugenprorarme sind im europäischen, im deutschen und im amerikanischen Recht Ermittlungsinstrumente, die den Behörden zur Durchsetzung des Kartellverbots dienen. Sie wurden zuerst in den USA im Jahr 1978 und danach sukzessive auf europäischer Ebene und in Deutschland eingeführt.

I. Das Prisoner's Dilemma – die theoretische Grundlage der Kronzeugenprogramme

Theoretische Grundlage der Kronzeugenprogramme ist das sog. *Prisoner's Dilemma*.⁹² Dieses Modell beschreibt in seiner klassischen Form eine Situation, in der zwei Personen schwere Sanktionen für eine gemeinsam begangene Tat drohen und in der die Beweislage grundsätzlich nicht für den Nachweis der Tat ausreicht.⁹³ Es wird den Beschuldigten daher ein

92 *Hetzl*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46.

93 *Hetzl*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 34.

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantierung

Handel angeboten:⁹⁴ Für den Fall, dass beide zu einem Geständnis bereit sind, würden für beide mildere Strafen ergehen. Wenn ein Beschuldigter allein geständig ist, wird keine Strafe gegen den kooperierenden Täter erlassen, den anderen treffe jedoch die volle Strafe. Schweigen hingegen beide, droht beiden die Verurteilung wegen eines mildernden Delikts (deren Strafe aber milder ist, als wenn beide gestehen). Die Beschuldigten müssen sich entscheiden, ohne sich miteinander abstimmen zu können. Dadurch wird eine Unsicherheit erzeugt, die statistisch dazu führt, dass sich beide für ein Geständnis entscheiden.⁹⁵ Denn keiner der Beschuldigten kann sich darauf verlassen, dass der andere schweigt. Eine ähnliche Unsicherheit sollen die Kronzeugenprogramme bei den Kartellunternehmen erzeugen:⁹⁶ Zwar wäre die günstigste Variante für alle Beteiligten, nicht mit den Kartellbehörden zu kooperieren. Allerdings können sie sich nicht darauf verlassen, dass kein Kartellmitglied die Kronzeugenregelung in Anspruch nimmt, um für sich den Straferlass zu sichern. Dadurch wird ein erheblicher Druck auf die Kartellanten ausgeübt, als erstes mit der Wettbewerbsbehörde zusammenzuarbeiten.⁹⁷

II. Das Kartellverbot und das behördliche Kartellverfahren als wesentliche Grundlagen für die Kronzeugenprogramme

Anhand des *Prisoner's Dilemma* können heute drei Grundvoraussetzungen für effektive Kronzeugenprogramme im Kartellrecht identifiziert werden: Erstens müssen Verstöße gegen das Kartellverbot mit hohen Sanktionen geahndet werden; zweitens muss ein hohes Entdeckungs- und Verfolgungsrisiko bestehen und drittens muss ein hohes Maß an Transparenz bestehen, damit die Kartellmitglieder die Folgen ihrer Kooperation abschätzen kön-

⁹⁴ Puffer-Mariette, Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2008), S. 21 f.; Schroll, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 34.

⁹⁵ Hetzel, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2004), S. 46; Wiesner, Der Kronzeuge im Kartellrecht (2004), S. 14 f.

⁹⁶ Albrecht, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 128 f.; Puffer-Mariette, Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht (2008), S. 22 f.; Schroll, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 35.

⁹⁷ Panizza, ZWeR 2008, 58, 60 und 69; vgl. Ohle/Albrecht, WRP 2006, 866, 870.

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick

nen.⁹⁸ Folglich sind die Vorschriften des materiellen Kartellverbots und die Ausgestaltung des Kartellverfahrens im Allgemeinen für das Funktionieren der Kronzeugenprogramme wesentlich und sollen nachfolgend betrachtet werden.

1. USA

Das Kartellrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, das sog. *antitrust law*, besteht aus wenigen Gesetzen, die durch umfangreiches Richterrecht ergänzt werden.⁹⁹ Sec. 1 Sherman Act ist wohl die bekannteste materielle Vorschrift des Antitrust-Rechts. Durch sie wird jeder Vertrag, jede Vereinigung oder jedes Zusammenwirken, das den Handel zwischen mehreren Bundesstaaten oder mit ausländischen Staaten einschränkt, für rechtswidrig erklärt.¹⁰⁰ Nach sec. 1(2) Sherman Act beträgt die Geldstrafe gegen Unternehmen bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot maximal USD 100 Mio. oder die doppelte Höhe des Gewinns oder des Verlusts, den das Kartell verursacht hat.¹⁰¹ Für natürliche Personen beträgt die maximale Geldstrafe USD 1 Mio. oder die doppelte Höhe des Gewinns oder des Verlusts, den das Kartell verursacht hat; gegen natürliche Personen kann zudem eine maximale Haftstrafe von bis zu 10 Jahren verhängt werden.¹⁰² Die Höhe der konkreten Strafe im Einzelfall richtet sich nach den *United States Sentencing Guidelines*, die auf dem *Sentencing Reform Act of 1984*¹⁰³ basieren.

98 *Hammond*, Detecting and Deterring Cartel Activity through an Effective Leniency Program, Nov. 2000, S. 1; *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 128 f.; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 32 f.

99 *Blechmann/Patterson*, in: FK, Ausland – USA, Rn. 5; *Elhauge/Geradin*, Global Competition Law and Economics (2011), S. 4; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht (2002), S. 173.

100 Sec. 1 Sherman Act, § 15 U.S.C. § 1: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.“

101 18 U.S.C. § 3571(c)(1)-(2), (d); 15 U.S.C. § 1; vgl. *Hammond*, The Evolution of Criminal Enforcement Over the Last Two Decades, S. 5, Fn. 6.

102 18 U.S.C. § 3571(c)(1)-(2), (d); 15 U.S.C. § 1. Mit einer Freiheitsstrafe über einem Jahr ist ein Verstoß gegen sec. 1 Sherman Act ein Verbrechen (*felony*), vgl. Rule 7 (a) (1) FRCRP.

103 H.R.5773 - 98th Congress (1983-1984).

Neben sec. 1 Sherman Act ist auch die Vorschrift des sec. 5 Federal Trade Commission Act (FTC Act), die insbesondere unlautere Methoden des Wettbewerbs verbietet, hervorzuheben.¹⁰⁴ Zwar handelt es sich bei sec. 5 FTC Act formal nicht um ein Kartellverbot bzw. ein Antitrust-Gesetz.¹⁰⁵ Die Rechtsprechung legt jedoch sec. 5 FTC Act weit aus, so dass alle Verstöße gegen sec. 1 Sherman Act erfasst werden.¹⁰⁶ Zuständig für die Durchsetzung des FTC Act ist die Federal Trade Commission (FTC) – eine unabhängige Behörde, die unter Aufsicht des Kongresses steht.¹⁰⁷ Die Federal Trade Commission kann – um wettbewerbswidriges Verhalten zu verhindern – nach sec. 5(b) FTC Act Verfügungen erlassen, die darauf gerichtet sind, dass der Adressat das wettbewerbswidrige Handeln unterlässt und die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften einhält (*cease and desist orders*).¹⁰⁸ Die Missachtung einer solchen Verfügung kann Geldstrafen in Höhe von bis zu USD 10.000 zur Folge haben.¹⁰⁹

Erstaunlich ist, dass von den soeben genannten Behörden nur das Department of Justice (DoJ) Kronzeugenprogramme erlassen hat: die *Corporate Leniency Policy*, die sich an Unternehmen als Kronzeugen richtet, und die *Individual Leniency Policy*, die natürliche Personen adressiert, die nicht als Mitarbeiter eines Kronzeugenunternehmens unter den Schutz der *Corporate Leniency Policy* fallen. Hintergrund hierfür könnte sein, dass das Department of Justice im Bundesrecht für die Durchsetzung die strafrechtli-

104 Blechmann/Patterson, in: FK, Ausland – USA, Rn. 9; sec. 5 (a) (1); 15 U.S.C. § 45: „Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful“; Hay, Das US-amerikanische Recht (2015), Rdnr. 635.

105 Von Kalinowski, § 5.01, S. 5-3 (Stand: Rel. 102-8/96).

106 *FTC v. Motion Picture Advertising Svc. Co., Inc.*, 344 U.S. 392, 23 S. Ct. 361, 97 L. Ed 426 (1953); *FTC vs. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948); Areeda/Hovenkamp, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (2007), ¶ 302c, S. 16.

107 15 U.S.C. § 41: „A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. [...]“; Broder/Maitland-Walker, A Guide to US Antitrust Law (2005), Rn. 8-021; Von Kalinowski, Vol. V, § 76.01 [2], S. 76-3 (Stand: Rel. 146-8/2011).

108 15 U.S.C. § 45(b); Broder/Maitland-Walker, A Guide to US Antitrust Law (2005), Rn. 8-022; Hay, Das US-amerikanische Recht (2015), Rn. 642.

109 15 U.S.C. § 45; 15 U.S.C. § 1311; Sullivan/Hovenkamp, Antitrust law, policy and procedure (2004), S. 69; Hay, Das US-amerikanische Recht (2015), Rn. 642, Fn. 190.

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick

chen Sanktionen des sec. 1 Sherman Act zuständig ist.¹¹⁰ Zudem kann die Federal Trade Commission natürlichen Personen nicht selbst Immunität gewähren, sondern sie muss einen entsprechenden Antrag an das Department of Justice oder die Attorney General der einzelnen Bundesstaaten stellen.¹¹¹

2. EU

Im europäischen Recht ist das Kartellverbot in Art. 101 AEUV verankert. Verstöße gegen das Kartellverbot werden mit Geldbußen bis zu 10 Prozent des Unternehmensumsatzes des Vorjahres (Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003) sanktioniert, wobei die Höhe der konkreten Geldbuße mittels der *Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003*¹¹² anhand verschiedener Kriterien bestimmt wird. Im Vergleich zum amerikanischen zeichnet sich das europäische Recht dadurch aus, dass es nur Unternehmen adressiert und keine strafrechtlichen Sanktionen verhängt werden. Dieser begrenztere Anwendungsbereich spiegelt sich auch in der Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission wider, die sich nur an Unternehmen als potentielle Kronzeugen richtet. Die primäre Verantwortung für die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts und damit auch für das Kronzeugenprogramm trägt gem. Art. 105 Abs. 1 AEUV die Europäische Kommission. Sie wird bei der Durchsetzung des Kartellverbots von den Wettbewerbsbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten unterstützt (Art. 4 und 5 VO 1/2003).

110 15 U.S.C. § 4: „[...] shall be the duty of the several United States attorneys [...] under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations.“ vom DoJ als „[...] leading anti-cartel enforcer [...]“ ausgehend, OECD, The Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement, United States, 15 June 2015, DAF/COMP/WP3/WD(2015)11, Tz. 7.

111 Vgl. dazu Federal Trade Commission, Operating Manual, Kap. 3, Tz. 3.6.7.6.9.

112 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 1.9.2006, ABl. 2006 C 210/2.

3. Deutschland

Im deutschen Recht ist das Kartellverbot in § 1 GWB normiert, das dem Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV entspricht. Verstöße gegen § 1 GWB werden – wie im europäischen Recht – nicht strafrechtlich sanktioniert, sondern insbesondere durch den Erlass von Geldbußen gem. § 81 Abs. 1 Nr. 1 und § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB geahndet. Nach § 81 Abs. 4 GWB können die Geldbußen bis zu EUR 1 Mio. gegenüber natürlichen Personen und bis zu bis zu 10 Prozent des Unternehmensumsatzes des Vorjahres betragen, wobei die konkrete Bemessung der Geldbußen sich nach den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts¹¹³ richtet. Auch das deutsche Kronzeugenprogramm, die sog. Bonusregelung des Bundeskartellamts¹¹⁴, richtet sich sowohl an die Kartellunternehmen als auch an natürliche Personen. Zuständig für die Ordnungswidrigkeitenverfahren sind nach § 81 Abs. 10 Nr. 3 GWB das Bundeskartellamt und Landeskartellamt, wobei dem Bundeskartellamt eine herausragende Stellung in der Bekämpfung von Kartellen zukommt.

III. Regelungen der Kronzeugenprogramme zum Sanktionserlass und zur Sanktionsermäßigung

Bei der Gewährung eines Sanktionserlasses kann zwischen Kronzeugenanträgen, die zur Einleitung von Verfahren führen, und Kronzeugenanträgen, die sich auf bereits laufende Verfahren beziehen, unterschieden werden. In den USA, in der EU und in Deutschland wird einem Unternehmen im Kartellrecht ein Sanktionserlass zwingend gewährt, wenn die Kartellbehörde noch kein Ermittlungsverfahren eröffnet hat, das Unternehmen der erste Antragsteller ist, es weder der Anführer des Kartells war noch andere Unternehmen zur Teilnahme gezwungen hat und mit der Kartellbehörde kooperiert.¹¹⁵

¹¹³ BKartA, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, v. 25.6.2013.

¹¹⁴ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006.

¹¹⁵ DOJ, Corporate Leniency Policy, Teil A: „[...] At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; [...] and 6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.“; Komm., Mitteilung

A. Die Kronzeugenprogramme in den USA, in der EU und in Deutschland im Überblick

Wenn die Kartellbehörde schon ein Kartellverfahren eröffnet hat, werden grundsätzlich an die Kooperationsangebote höhere Anforderungen gestellt als vor Eröffnung eines Verfahrens. Im europäischen und im deutschen Recht müssen z.B. die Kronzeugen weitere wesentliche Beweismittel für den Nachweis des Kartellrechtsverstoßes liefern, um in den Genuss eines Sanktionserlasses zu kommen.¹¹⁶ Zudem steht der Sanktionserlass für den ersten Antragsteller im amerikanischen und im deutschen Recht nach Eröffnung des Verfahrens im (intendierten) Ermessen der Kartellbehörde.¹¹⁷ Die Differenzierung zwischen gebundener Entscheidung und (intendiertem) Ermessen zeigt, dass der Aufdeckung von geheimen Kartellen grundsätzlich ein größerer Stellenwert eingeräumt wird als dem Nachweis des Kartellrechtsverstoßes im kartellrechtlichen Verfahren. Diese Prioritätensetzung kommt durch die höheren Anforderungen an einen Straferlass nach Eröffnung des Ermittlungsverfahrens zum Ausdruck. Im europäischen Recht ist hingegen ein automatischer Sanktionserlass für den ersten Antragsteller auch nach Eröffnung des Kartellverfahrens möglich.¹¹⁸ Wesentlich für diesen Sanktionserlass ist, dass die Kartellbehörden zu diesem Zeitpunkt noch nicht über hinreichende Beweise für den Kartellrechtsverstoß verfügen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Kronzeugenprogramm einerseits und den amerikanischen Kron-

über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 8 lit. a), 10; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung –, v. 7.3.2006, Abschnitt B, Tz. 3, Nr. 2.

116 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 11; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7. 3.2006, Abschnitt B, Tz. 4 Nr. 1 und Nr. 2.

117 DoJ, Corporate Leniency Policy, Teil B: „[...] 1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; [...] and 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.“; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Abschnitt B, Tz. 4 Nr. 1, 2 und 5.

118 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 8 lit. b).

zeugenprogrammen andererseits ist, dass die Kronzeugenprogramme in den USA keine Sanktionsmilderungen für Zweit- oder Drittantragsteller vorsieht. Die Kooperation dieser „nachrangigen“ Antragsteller kann nur außerhalb des Kronzeugenprogramms als positives Nachtatverhalten strafmildernd im Rahmen der Strafzumessung oder im Rahmen eines Verständigungsverfahrens (*plea bargaining*) berücksichtigt werden, indem entweder der Anklagevorwurf oder das Strafmaß begrenzt wird.¹¹⁹

Im europäischen und im deutschen Kronzeugenprogramm ist dagegen eine Reduktion der Sanktionen auch für Unternehmen möglich, die nicht als erstes den Kronzeugenantrag gestellt haben (im Folgenden: nachrangige Kronzeugen).¹²⁰ Hierfür müssen allerdings die übermittelten Informationen im europäischen Recht einen „erheblichen Mehrwert“ darstellen.¹²¹ Der Begriff „Mehrwert“ bezieht sich auf das Ausmaß, in dem die vorgelegten Beweise der Europäischen Kommission beim Nachweis der Zu widerhandlung helfen.¹²² Auch im deutschen Kronzeugenprogramm müssen die Informationen einen wesentlichen Beitrag bei der Feststellung des Verstoßes leisten.¹²³ Hintergrund dieser erhöhten Anforderungen ist, dass die Aussage eines Kartellanten nicht für die Verhängung einer Geldbuße genügt, wenn die betroffenen, mutmaßlichen Kartellanten die Aussage bestreiten (sog. „testis unus“-Grundsatz).¹²⁴

119 Vgl. ausführlich zum *plea bargaining*, Bueren, Verständigungen – Settlements im Kartellbußgeldverfahren (2011), S. 55 ff.

120 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 23 ff.; BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7. 3.2006, Abschnitt C.

121 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 24.

122 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

123 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, vom 7.3.2006, Abschnitt C, Tz. 5, Nr. 1.

124 Vgl. EuG 15.3.2000 – T-337/94, Slg. 1998-II-1571, Tz. 91 – Enso-Gutzeit Oy/Kommission; EuG 8.7.2004 – T-67/00, Slg. 2004 II-2501, Tz. 219 – JFE Engineering; Klose, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Europ. Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 15.

IV. Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung

Die Kartellbehörden betonen immer wieder die überragende Relevanz der Kronzeugenprogramme für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung. Sie werden schon seit Jahren als *most effective investigative tool* bezeichnet.¹²⁵ Die stetig steigende Zahl von Ermittlungen, die auf Kronzeugeninformationen beruhen, scheint die Bedeutung der Programme zu bestätigen. Zur Illustration soll an dieser Stelle nur auf die Entwicklung im europäischen Recht hingewiesen werden. Während vor der Einführung des ersten Kronzeugenprogramms im Jahr 1996 von der Europäischen Kommission durchschnittlich ein Kartell im Jahr aufgedeckt wurde,¹²⁶ erließ die Europäische Kommission allein in den Jahren 2000 bis 2009 Entscheidungen in 66 Kartelfällen.¹²⁷

B. Der Inhalt von Kronzeugeninformationen und die Substantiierung von Schadensersatzklagen

Im Vorfeld der 9. GWB-Novelle vertraten das Bundeskartellamt und Teile der Literatur die Auffassung, dass sich Hinweise auf die Schadenshöhe nur zufällig in Kartellverfahrensakten befänden.¹²⁸ Der nachfolgende Abschnitt geht dieser Aussage nach und untersucht, ob Kronzeugeninformationen entsprechende Angaben enthalten, die zur Substantiierung von Schadensersatzklagen geeignet sind. Dazu werden zunächst die Kooperationspflichten der Kronzeugen im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht betrachtet und anschließend bewertet.

125 Hammond nennt das Kronzeugenprogramm „[...] most effective investigative tool. [...]“, The Evolution of Criminal Enforcement Over the Last Two Decades, Rede auf dem 24th Annual of the National Institute On White Collar Crime, Miami, 25. Februar 2010, S. 3.

126 Riley, E.C.L.R. 2010, 191, 192.

127 Komm., Kartellstatistik vom 7.12.2011, S. 5, Tabelle 1.10.

128 BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 25; zuvor schon Bien, EuZW 2011, 889, 889; Fiedler/Huttenlauch, NZKart 2013, 350, 350.

I. USA

Im amerikanischen Kartellrecht sind sowohl Unternehmen als auch natürliche Personen als Kronzeugen verpflichtet, die zuständige Abteilung des Department of Justice, die Antitrust Division, aufrichtig und vollständig über den Wettbewerbsverstoß zu informieren und mit der Kartellbehörde uneingeschränkt zusammenzuarbeiten.¹²⁹ Der Informationspflicht wird entsprochen, wenn der Antragsteller seinen Kenntnisstand vollständig offenlegt und alle Dokumente übermittelt, die mit dem Wettbewerbsverstoß in Zusammenhang und in seiner Verfügungsmacht stehen.¹³⁰ Unternehmen sind darüber hinaus dafür verantwortlich, dass ihre Mitarbeiter uneingeschränkt mit der Kartellbehörde zusammenarbeiten.¹³¹ Von der Kooperationspflicht sind nur Informationen ausgenommen, die unter das *attorney-client-privilege* oder das *work-product-privilege* fallen und dadurch besonders geschützt sind.¹³² Legt ein Kronzeugenunternehmen diese Informationen offen, ist dies für den Kronzeugen nach Auffassung des Department of Justice in nachfolgenden Zivilprozessen unschädlich, da die Offenlegung von Informationen durch potentielle Kronzeuge gegenüber der Antitrust Division keinen Verzicht auf die Aussageverweigerungsrechte (*waiver of privileges*) darstelle.¹³³

Bei Antragstellung vor Eröffnung eines Kartellverfahrens ist nicht maßgeblich, ob die Antitrust Division mit den übermittelten Informationen einen Wettbewerbsverstoß nachweisen kann. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Antitrust Division aufgrund der Informationen des Kronzeugen die entscheidenden Beweise finden kann.¹³⁴ Die übermittelten Informationen dienen folglich als Hilfsmittel für weitere behördliche Ermittlungen,

129 DOJ, Corporate Leniency Policy, Teil A Nr. 3 und Teil B Nr. 4.

130 DOJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. a) und lit. b).

131 DOJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. c) bis lit. f).

132 DOJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Nr. 2 lit. b); *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16; *Hammond*, Recent Developments to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program, März 2009, S. 5.

133 DOJ, Model Corporate Conditional Leniency Letter, Einf.; *Hammond/Barnett*, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters, Nov. 2008, Nr. 16.

134 *Hammond*, When Calculating the Costs and the Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Would You Put a Price Tag on an Individual Freedom?, S. 3; ders., Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program, S. 8.

müssen aber nicht selbst zum Beweis vor Gericht geeignet sein.¹³⁵ Dazu kann die Antitrust Division im Rahmen des *Grand Jury*-Verfahrens Aussagen der Beschuldigten, die Dokumentenvorlage oder Hausdurchsuchungen nutzen.¹³⁶ Nach Eröffnung des Kartellverfahrens müssen hingegen Informationen übermittelt werden, die über den aktuellen Ermittlungsstand der Antitrust Division hinausgehen.¹³⁷ Die reine Anzeige eines Kartellrechtsverstoßes reicht dann nicht mehr aus.

Das antragstellende Kartellunternehmen ist zudem nicht verpflichtet, sogleich bei Antragstellung alle erforderlichen Informationen zu übermitteln. Vielmehr kann sich ein Unternehmen seine Position als erster Antragsteller sichern, wenn es alle erforderlichen Informationen innerhalb einer bestimmten Frist einreicht; diese Sicherung der Rechtsposition ist als Setzen eines „Markers“ bekannt. Im amerikanischen Recht ist es daher zunächst ausreichend, dass die Unternehmen nur einen kurzen Antrag (*proffer*) stellen, der später vervollständigt wird.

II. Europa

Die Europäische Kommission unterscheidet in ihrer Kronzeugenmitteilung (2006) zwischen (1.) Unternehmenserklärungen und (2.) anderen Informationen/Beweisen, welche die Kartellunternehmen besitzen und an die Europäische Kommission weiterleiten. Für beide Informationsarten gilt, dass sie genau, nicht irreführend und vollständig sein müssen, damit sie den Anforderungen an eine ernsthafte Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission genügen.¹³⁸

135 Denoth, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.

136 Denoth, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.

137 Dies kann aus den Voraussetzungen der Type B Leniency geschlossen werden; (“[...] (2) zum Zeitpunkt der Anzeige der Antitrust Division noch nicht ausreichend Beweise für eine Verurteilung vorliegen“ (Übersetzung durch Verf.)).

138 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 12 (a) Fn. 1.

§ 2 Die Eignung von Kronzeugeninformationen zur Substantierung

1. Unternehmenserklärungen

Unternehmenserklärungen müssen nur diejenigen Kronzeugen abgeben, die einen vollständigen Bußgelderlass begehren. Die Kronzeugenmitteilung (2006) definiert den Begriff „Unternehmenserklärung“ als

„eine freiwillige Darstellung seitens oder im Namen des Unternehmens gegenüber der Kommission bezüglich seines Wissens über ein Kartell und seine Beteiligung daran, die speziell für die Zwecke dieser Mitteilung erfolgt.“¹³⁹

Unternehmenserklärungen beinhalten somit selbstbelastende Aussagen von Unternehmen, die nicht durch andere, bereits existierende Beweismittel nachgewiesen werden können. Nach dem Wortlaut der Teilziffer 9 lit. a) der Kronzeugenmitteilung (2006) müssen Unternehmenserklärungen im Einzelnen

„eine eingehende Beschreibung der Art des mutmaßlichen Kartells, einschließlich z.B. seiner Ziele, Aktivitäten und Funktionsweise; Angaben über das betroffene Produkt bzw. die betroffene Dienstleistung, die räumliche Ausdehnung und die Dauer sowie eine Schätzung des von dem mutmaßlichen Kartell betroffenen Marktvolumens; genaue Angaben über mutmaßliche Kartellkontakte (Daten, Orte, Inhalte und Teilnehmer) und alle relevanten Erläuterungen zu den im Rahmen des Antrags beigebrachten Beweismitteln“

enthalten. Daten über den Antragsteller und die anderen Kartellmitglieder sowie Daten über die Einzelpersonen, die am Kartell mitgewirkt haben, müssen ebenfalls offengelegt werden.¹⁴⁰ Es werden zudem Angaben über die Wettbewerbsbehörden erfasst, zu denen der Antragsteller schon Kontakt aufgenommen hat.¹⁴¹

¹³⁹ Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl.C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 31.

¹⁴⁰ Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 lit. a).

¹⁴¹ Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 lit. a).

2. Andere, bereits existierende Beweismittel

Im Hinblick auf bereits existierende Beweismittel stellt die Europäische Kommission bei Informationen des ersten Kronzeugen und bei Informationen nachrangiger Kronzeugen unterschiedlich hohe Anforderungen an die Qualität der Informationen. Eine Pflicht zur Übermittlung aller Informationen, die für das Kartellverfahren relevant sein können, besteht aber aufgrund der Verpflichtung zur stetigen Kooperation für alle Kronzeugen – unabhängig davon, welchen Rang sie als Kronzeugen genießen.

Um einen Erlass der Geldbuße zu bewirken, muss der erste Antragsteller nicht nur eine Unternehmenserklärung abgeben. Vielmehr müssen auch bereits existierende Beweismittel übermittelt werden, wenn diese sich im Besitz des Antragstellers befinden oder dieser Zugang zu ihnen hat.¹⁴² Wenn die Europäische Kommission noch kein Verfahren eröffnet hat, werden keine hohen qualitativen Anforderungen an diese Beweismittel gestellt (vgl. Kronzeugenmitteilung (2006) Tz. 8 lit. a)). Ausreichend ist die Begründung eines Anfangsverdachts.¹⁴³ Falls die Europäische Kommission hingegen schon einen Anfangsverdacht hat, muss das Kartellunternehmen zwingende Beweise vorlegen, um die Feststellung des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV zu ermöglichen (vgl. Kronzeugenmitteilung (2006) Tz. 8 lit. b)).

Ein strengerer Maßstab als für die Informationen des ersten Kronzeugen gilt für die übermittelten Informationen nachfolgender Antragsteller. Diese müssen einen erheblichen Mehrwert für das Ermittlungsverfahren darstellen. Der Begriff „Mehrwert“ bezieht sich auf das Ausmaß, in dem die vorgelegten Beweise der Europäischen Kommission beim Nachweis der Zu widerhandlung helfen.¹⁴⁴ Dabei wird Beweismitteln aus der Zeit des Verstoßes größerer Wert beigemessen als zeitlich nachfolgenden.¹⁴⁵ Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind zudem Beweismittel mit direktem Bezug zum Kartellrechtsverstoß bedeutender als Beweismittel mit indirektem Bezug zum Kartellrechtsverstoß. Ihr zufolge ist zu berücksichtigen, ob die Beweismittel zwingend sind oder bei Anfechtung weite-

142 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 9 (b).

143 Klose, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 8.

144 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

145 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

rer Untermauerung bedürften.¹⁴⁶ Einen „Mehrwert“ haben z.B. Beweismittel, wenn sie der Europäischen Kommission die Feststellung des Kartells ermöglichen¹⁴⁷ oder wenn die Beweismittel dazu geeignet sind, bußgelderhöhend zu wirken. Dies ist u.a. gegeben, wenn neben einer Preisabsprache auch eine Kundenaufteilung nachgewiesen werden kann oder eine längere Dauer des Kartells.¹⁴⁸ In solchen Fällen kann ggf. ein Teilerlass der Geldbuße für die Mitteilung erschwerender Tatsachen in Betracht kommen.¹⁴⁹

III. Deutschland

Im deutschen Recht ist der Antragsteller im Rahmen der Bonusregelung dazu verpflichtet, alle ihm zugänglichen Informationen und Beweismittel an das Bundeskartellamt zu übermitteln.¹⁵⁰ Dazu gehören insbesondere Angaben, die für die Berechnung der Geldbuße bedeutsam sind und die dem Antragsteller vorliegen oder die er beschaffen kann.¹⁵¹ Bei der Qualität der zu übermittelnden Informationen stellt das Bundeskartellamt – ähnlich wie die Europäische Kommission – unterschiedliche Anforderungen an den ersten Kronzeugenantrag, den sog. ersten Bonusantrag, und die nachfolgenden Bonusanträge.

1. Erster Bonusantrag

Bei dem ersten Bonusantrag wird differenziert, ob der Kronzeugenantrag vor oder nach Eröffnung des Kartellverfahrens eingebracht wurde. Vor Eröffnung des Kartellverfahrens müssen die Informationen ausreichen, um

¹⁴⁶ Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 2006 298/17, geändert durch ABl. C 2015 256/1, Tz. 25.

¹⁴⁷ Bechtold et al., Art. 23 VO 1/2003, Rn. 80; de Bronett, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 81; Klose, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 46; Kerse/Khan, EC Antitrust Procedure (2005), Rn. 7-227.

¹⁴⁸ Klose, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 46.

¹⁴⁹ Kerse/Khan, EC Antitrust Procedure (2005), Rn. 7-228.

¹⁵⁰ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Abschnitt D, Tz. 8.

¹⁵¹ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen -Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 8.

einen Durchsuchungsbeschluss zu bewirken.¹⁵² Dazu ist erforderlich, dass die Informationen einen konkreten Anfangsverdacht begründen.¹⁵³ Es müssen also tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Kartellordnungswidrigkeit darstellt.¹⁵⁴

Nach Eröffnung des Kartellverfahrens müssen die Informationen dagegen ausreichen, um die Tat nachzuweisen.¹⁵⁵ Der Maßstab an die zu übermittelnden Informationen ist zu diesem Zeitpunkt also deutlich höher als vor Eröffnung des Kartellverfahrens.¹⁵⁶ Konkrete qualitative Erfordernisse bestimmt die Bonusregelung jedoch nicht. Aus den Anforderungen, die an einen Marker¹⁵⁷ gesetzt werden, lässt sich jedoch ein Mindeststandard für die für einen Bonusantrag erforderlichen Informationen ermitteln.¹⁵⁸ Danach muss ein Bonusantrag Angaben über die Art und Dauer des Kartellverstoßes, die sachlich und räumlich betroffenen Märkte, die Identität der Beteiligten sowie die Wettbewerbsbehörden, bei denen ebenfalls Anträge gestellt wurden, beinhalten.¹⁵⁹ Es ist daher anzunehmen, dass die Bonusanträge und die dazu gehörigen Dokumente häufig Angaben zur Umsetzung und zur Durchsetzung der Kartellabsprache sowie zu den Auswirkungen auf den betroffenen Markt enthalten.¹⁶⁰ Dazu gehörige Dokumente als bereits bestehende Beweismittel können z.B. entsprechende Gesprächsnотizen, Kalendereinträge oder E-Mails sein.¹⁶¹

152 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 3; *Vollmer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, § 81 GWB Rn. 153.

153 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 518.

154 Vgl. BGH v. 1.6.1994 – 1 BJs 182/83 StB 10/94, NStZ 1994, 499, 500; *Peters*, in: MüKo StPO, § 152 Rn. 35.

155 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 4.

156 *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 520.

157 Darunter ist eine rangwahrende Erklärung zur Zusammenarbeit durch das Kartellunternehmen mit der Möglichkeit einer späteren Vervollständigung zu verstehen, vgl. *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 81 Rn. 529.

158 So auch *Dawirs*, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 71.

159 BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung-, v. 7.3.2006, Tz. 11.

160 *Heinichen*, NZKart 2014, 83, 87.

161 *Klooz*, Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter (2014), S. 230.

2. Nachfolgende Bonusanträge

Im Vergleich zum ersten Kronzeugenantrag stellt die Bonusregelung, wie die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission, bei nachfolgenden Kronzeugenanträgen einen strengeren Maßstab an die zu übermittelnden Informationen als im Zusammenhang mit dem ersten Kronzeugenantrag. Für die Ermäßigung des Bußgeldes müssen die Informationen „wesentlich“ dazu beitragen, die Tat nachzuweisen.¹⁶² Wann ein Beitrag wesentlich ist, entscheidet das Bundeskartellamt. Der Begriff „wesentlich“ wird durch die Bonusregelung nicht näher bestimmt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich um Informationen handeln muss, die über den bisherigen Ermittlungsstand des Bundeskartellamts hinausgehen.

IV. Bewertung

Als Maßstab für eine Bewertung der übermittelten Informationen werden die Ausführungen der Europäischen Kommission im Arbeitspapier zum Weißbuch für Schadensersatzklagen herangezogen. Danach sind nützliche Informationen zur Schadensschätzung Notizen über abgestimmte Preiserhöhungen oder Einflussnahmen auf den Wettbewerb, interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse, Informationen über wirtschaftliche Tätigkeiten der Kartellmitglieder auf dem betroffenen Markt sowie genaue Informationen über die Verletzungshandlung und die Verursachungsbeiträge.¹⁶³ Vergleicht man die Anforderungen der Kronzeugenmitteilung und der Bonusmitteilung mit den Angaben, welche die Europäische Kommission zur Schadensschätzung als nützlich erachtet, stimmen diese im Wesentlichen überein. Beispielsweise können Angaben über Preisabsprachen Geschädigten helfen, die Marktentwicklungen genauer zu rekonstruieren. Absprachen von Gebiets- oder Kundenaufteilungen¹⁶⁴ sowie Produktabgrenzungen können nützlich sein, um zu bestimmen, wer von welchen Auswirkungen des Kartells betroffen wurde. Ferner können zur Schätzung des hypothetischen Marktpreises be-

¹⁶² BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen - Bonusregelung -, v. 7.3.2006, Tz. 5.

¹⁶³ Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 89; Herrlinger, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 65, 66.

¹⁶⁴ Zur Kundenaufteilung *Bien*, EuZW 2011, 889, 889 f.

reits bestehende Beweismittel hilfreich sein, wie etwa Notizen über Einflussnahmen auf den Wettbewerb oder interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse. Die Angaben aus Unternehmenserklärungen können daher grundsätzlich für die Substantiierung von Schadensersatzklagen nützlich sein.

Die Art und der Umfang der Kronzeugeninformationen in den Verfahrensakten unterscheiden sich allerdings je nach Kartell und Wissensstand des Kronzeugen. Inwieweit Kronzeugeninformationen zur Substantiierung einer konkreten Schadensersatzklage geeignet sind, ist daher eine Frage des Einzelfalls. Die Annahme, es sei rein „zufällig“, wenn sich in Kronzeugenanträgen des Bundeskartellamts oder der Europäischen Kommission hilfreiche Informationen für die Schadensschätzung befinden,¹⁶⁵ ist aber bei genauerer Betrachtung aufgrund der Übereinstimmungen der Informationspflichten der Kronzeuge im deutschen und im europäischen Recht mit den Angaben des Arbeitspapiers zum Weißbuch zweifelhaft. Es ist vielmehr im Ergebnis davon auszugehen, dass Kronzeugendokumente des deutschen und europäischen Kronzeugenprogramms grundsätzlich Informationen enthalten, die für die Durchsetzung von Schadensersatzklagen relevant sind.¹⁶⁶

Informationen aus amerikanischen Kronzeugenprogrammen sind im Vergleich zu Informationen aus dem europäischen und dem deutschen Kronzeugenprogramm dagegen für Geschädigte weniger attraktiv. Dies liegt u.a. daran, dass es im amerikanischen im Gegensatz zum deutschen und zum europäischen Recht nur einen Kronzeuge gibt. Durch diesen numerischen Unterschied sinkt tendenziell die Wahrscheinlichkeit, dass die Kronzeugendokumente Informationen enthalten, die für Geschädigte nützlich sein können.¹⁶⁷ Zudem begründen Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht häufig nur einen Anfangsverdacht und müssen nicht als Beweismittel geeignet sein.

165 Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, S. 25.

166 Häfele, Private Rechtsdurchsetzung und die Kronzeugenregelung (2012), S. 4; Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 24; Kling/Thomas, Kartellrecht (2016), S. 86; Dawirs, Der vorprozessuale und innerprozessuale Zugriff auf Kronzeugenerklärungen (2017), S. 73; a.A. Bakowitz, Informationsherrschaft im Kartellrecht (2018), S. 112 f.

167 Vgl. Denoth, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 310.