

Einleitung

Obwohl in der Europäischen Union (EU) Kartelle große volkswirtschaftliche Schäden (ca. 5,6–23,3 Mrd. Euro jährlich¹) verursachen, werden unionsweit nur in ca. 25 Prozent der abgeschlossenen Kartellverfahren Schadensersatzklagen (sog. follow-on-Klagen) erhoben.² Es besteht dadurch das Risiko, dass Kartellanten ihren „Gewinn“ behalten können und sich die Bildung von Kartellen letztendlich „lohnt“.³ Dies kann weder aus volkswirtschaftlichen noch aus allgemeinen Gerechtigkeitsabwägungen erwünscht sein.

Ein wesentliches Hindernis für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen stellt das Informationsgefälle zwischen den Parteien dar. Kartellen ist es immanent, dass ihre Mitglieder ihre Kommunikation auf das Nötigste begrenzen, dass sie alles dafür tun, um von anderen Marktteilnehmern oder von Behörden nicht entdeckt zu werden und dass sie versuchen, keine Beweise zu hinterlassen.⁴ So gründen Kartellmitglieder beispielsweise eigens Vereine (z.B. „Gardening Club“), um ihre Treffen zu tarnen, und verwenden geheime Codewörter, wie etwa „Spargel“ und „Baby Gurke“, für ihre wettbewerbswidrigen Absprachen.⁵

Angesichts derartiger Verheimlichungsstrategien sind Kartellgeschädigte mit dem Problem konfrontiert, dass sich Informationen und Beweismittel, die für kartellrechtliche Schadensersatzklagen relevant sind, in den Händen der Kartellbeteiligten und damit im Besitz der gegnerischen Partei befinden.⁶ Es ist ihnen aufgrund dieser „strukturellen Informationsasymme-

1 Komm., Impact Assessment Report, v. 11.6.2013, SWB(2013) 203 final, Tz. 67, 102, 172; Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3011.

2 Schwab, JECLaP 2014, 65, 65 mit Verweis auf Mosso, The Commission's proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions, Vortrag gehalten in Brüssel am 20.6.2013.

3 Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7, 9.

4 Klose, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Europ. Wettbewerbsrecht, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 1.

5 Vgl. zum sog. „NES“-Kartell Komm., Press Release 28.3.2012, IP/12/314.

6 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 5; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, v. 2.4.2008, SEC(2008) 404, Tz. 66.

trie“⁷ nur unter großen Anstrengungen – wenn überhaupt – möglich, die anspruchsbegründenden Tatsachen, insbesondere die Höhe des entstandenen Schadens, in einem Gerichtsverfahren darzulegen und zu beweisen.⁸

Die daraus folgende restriktive Haltung gegenüber Schadensersatzklagen im europäischen und im deutschen Recht ist neben dem hohen Prozessrisiko auch darin begründet, dass kartellrechtliche Schadensersatzklagen traditionell keine herausragende Stellung einnehmen. So besitzt z.B. die Europäische Union (EU) keine entsprechende Gesetzgebungskompetenz für Schadensersatzklagen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in dem Urteil *Courage/Crehan* im Jahr 2001 vielmehr deutlich gemacht, dass es die Aufgabe der einzelnen Mitgliedstaaten sei, zu gewährleisten, dass jedermann den Schaden, der ihm durch kartellrechtswidrige Absprachen zugefügt wurde, geltend machen kann.⁹

Nachdem der EuGH in dem eben genannten Urteil auch herausstellte, dass die Geltendmachung von Schadensersatzklagen der Wirksamkeit des Kartellverbots gem. Art. 101 AEUV diene,¹⁰ veröffentlichte die Europäische Kommission verschiedene Vorschläge und Leitlinien, um die private Kartellrechtsdurchsetzung in der Europäischen Union zu stärken. In diesem Zusammenhang wurde auf europäischer Ebene zuletzt die Richtlinie 2014/104/EU erlassen, die maßgeblich auf die Initiative der Europäischen Kommission zurückzuführen ist und die durch die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹¹ im Jahr 2017 ins deutsche Recht umgesetzt wurde.

Ähnlich wie auf europäischer Ebene fristeten kartellrechtliche Schadensersatzklagen auch im deutschen Recht jahrzehntelang ein Mauerblümchen-Dasein. Obwohl die Möglichkeit, den Ersatz kartellrechtlicher Schäden zu fordern, schon seit Einführung des GWB besteht, wurden bis zum Jahr 2007 in Deutschland nur zwei erfolgreiche kartellrechtliche Schadensersatzprozesse geführt.¹² Diese geringe Zahl lässt sich durch die hohen rechtlichen Hürden erklären, die im deutschen Recht vor der 7. GWB-Novelle galten und welche die Kläger kaum überwinden konnten. So war bei-

7 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 8.

8 Wessing/Hiéramente, WuW 2015, 220, 222.

9 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 29 – *Courage/Crehan*.

10 EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Slg. I-06297, Tz. 26 f. – *Courage/Crehan*.

11 I.d.F. der Bekanntmachung v. 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.7.2017 (BGBl. I S. 2739) m.W.v. 29.7.2017.

12 Ellger, in: FS Möschel (2011), S. 191, 199.

spielsweise die Aktivlegitimation auf Personen beschränkt, gegen die sich der Wettbewerbsverstoß unmittelbar oder gezielt richtete.¹³

Ein wesentlicher Umschwung im deutschen Recht erfolgte seit der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005.¹⁴ Im Rahmen der 7. GWB-Novelle wurde der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch aus dem allgemeinen Deliktsrecht gelöst und spezialgesetzlich in § 33 GWB geregelt. Zudem wurde die Bindungswirkung von kartellrechtlichen Entscheidungen in § 33 Abs. 4 GWB und die Hemmung der Verjährung in § 33 Abs. 5 GWB normiert. In der Folgezeit wurde durch das Urteil *ORWI* des BGH im Jahr 2011 geklärt, dass unmittelbare Abnehmer, mittelbare Abnehmer und sonstige Marktteilnehmer zur Geltendmachung von Schadensersatz berechtigt sind.¹⁵ Weitere Neueregungen im Bereich des privaten Kartell-

13 Vgl. dazu *Hempel*, WuW 2005, 137, 142; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1392.

14 *Bueren*, Transactional resolutions in German competition law & merger control (2014), S. 25.

15 BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, Tz. 29 (juris) – *ORWI*; die Entscheidung begründend: *Hartmann-Rüppel/Ludewig*, ZWeR 2012, 90, 104; *Hooghoff*, GWR 2012, 32651 (beck-online); *Seitz*, GRUR-Prax 2011, 543; kritisch *Haas/Dittrich*, LMK 2012, 327348 (juris). Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer sowie zur Schadensabwälzung wurden in der Literatur und in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung verschiedene Ansichten vertreten. Eine Ansicht lehnte sowohl die Anspruchsberechtigung der indirekten Abnehmer als auch die *passing-on-defense* ab, vgl. OLG Düsseldorf 16.5.2007 – VI-2 U (Kart) 10/05, Tz. 74; LG Mannheim 29.4.2005 – 22 O 74/04, Tz. 16; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., § 33 Rn. 12 f., 26 (für eine eingeschränkte Anspruchsberechtigung); *Rehbinder*, in: Loewenheim et al., § 33 GWB, Rn. 15 f.; *Meessen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 278 und S. 491; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 1. Aufl., § 21 Rn. 40, 66; *Köhler*, GRUR 2004, 99, 103; *Lübbig*, WRP 2004, 1254, 1261; *Dittrich*, GRUR 2009, 123, 126-128; andere Auffassungen bejahen hingegen die Anspruchsberechtigung der indirekten Abnehmer, vgl. OLG Düsseldorf 22.12.2010 – VI-2 U (Kart) 34/09, Tz. 38; *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., GWB, § 33 Rn. 120; *Bornkamm*, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder (2010), S. 51, 63; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 58 ff.; *Westermann*, in: FS Westermann (2008), S. 1605, 1610; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz (2009), S. 342 ff.; *Lettl*, ZHR 167 (2003), 473, 480 ff.; *Beninca*, WuW 2004, 604, 607 f.; *Schütt*, WuW 2004, 1124, 1129; *Kießling*, GRUR 2009, 733, 739. Sie vertraten jedoch unterschiedliche Lösungsansätze, um eine mehrfache Inanspruchnahme des Schädigers zu verhindern. So sollte eine mehrfache Inanspruchnahme z.B. über die Grundsätze des Vorteilsausgleichs (*Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl., GWB, § 33 Rn. 120; *Westermann*, in: FS Westermann (2008), S. 1605, 1620 f.; *Reich*, WuW 2008, 1046, 1053) oder einen Gesamtgläubigerausgleich (KG 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart = WuW/E DE-R 2773ff. (Berliner Transportbeton), Tz. 122 ff.) vorgenommen werden.

rechts wurden durch die 9. GWB-Novelle im Jahr 2017 erlassen. Es wurde z.B. ein spezieller Auskunfts- und Herausgabeanspruch (§ 33g GWB) und eine Schadensvermutung (§ 33a Abs. 2 GWB) eingeführt.

Die Veränderung des rechtlichen Rahmens hat zu einer langsamen Belebung des privaten Kartelldeliktsrechts in Deutschland geführt. Zwischen 2009 und 2010 machten z.B. Geschädigte des *Vitamin-Kartells*, des *Transportbeton-Kartells* (Berlin), des *Zement-Kartells*, des *Papier-Kartells* und des *Fahrtreppen-Kartells* Schadensersatzansprüche geltend.¹⁶ Auch in den Tätigkeitsberichten aus den Jahren 2013/2014 und 2015/2016 weist das Bundeskartellamt auf ein starkes Wachstum der *Follow-on*-Klagen hin.¹⁷ Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist – dem Tätigkeitsbericht aus dem Jahr 2015/2016 zufolge – die Erhebung einer Schadensersatzklage im Anschluss eines behördlichen Kartellverfahrens nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel.¹⁸

Trotz dieser Entwicklung besteht für Schadensersatzkläger im deutschen Recht weiterhin die Hürde, dass sie die Schadenshöhe beweisen bzw. eine Grundlage für eine gerichtliche Schadensschätzung vortragen müssen.¹⁹ In diesem Zusammenhang haben Geschädigte – auch nach der 9. GWB-Novelle – ein erhebliches Interesse, auf möglichst viele Informationen aus der Zeit des Kartellrechtsverstoßes zuzugreifen und diese vor Gericht vorzutragen.²⁰

Das soeben genannte Informationsbedürfnis der Geschädigten kann befriedigt werden, einerseits durch den Beweismittelzugang *inter partes* und andererseits durch den Zugriff auf Informationen der Wettbewerbsbehörden. Für Letzteres bieten sich insbesondere Informationen an, welche die Wettbewerbsbehörden von Kronzeugen erhalten (nachfolgend: Kronzeugeninformationen).

Kronzeugen im kartellrechtlichen Sinne sind an einem Kartell beteiligte Unternehmen oder Personen, die im Gegenzug für den Erlass oder die Reduktion der drohenden Sanktion mit der Wettbewerbsbehörde kooperie-

16 BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 49.

17 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 34; BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760, S. 80.

18 BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760, S. 80.

19 Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drs. 18/5210, S. 35; Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 334.

20 Vgl. Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 166; Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 334.

ren.²¹ Vorreiter auf diesem Gebiet war das amerikanische Kartellrecht, das schon im Jahr 1978 Sanktionserleichterungen für Kronzeugen einführte.²² Seit dem Jahr 1996 können Kartellbeteiligte im europäischen Kartellrecht die Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission nutzen.²³ Die geltende Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen²⁴ wurde im Jahr 2006 eingeführt (im Folgenden: Kronzeugenmitteilung (2006)). Im deutschen Recht besteht seit dem Jahr 2000 mit der sog. Bonusregelung ein Kronzeugenprogramm. Mittlerweile beruht ein wesentlicher Großteil der behördlichen Kartellverfahren im europäischen Recht (ca. 80 Prozent²⁵) und im deutschen Recht (über 50 Prozent²⁶) auf der Kooperation mit Kronzeugen.

Für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen bieten sich sowohl nationale als auch unionsrechtliche Rechtsgrundlagen an. Im deutschen Recht haben sich die Möglichkeiten eines Informationszugriffs durch die 9. GWB-Novelle grundsätzlich gewandelt. Während sich vor der 9. GWB-Novelle der Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach den allgemeinen Vorschriften des Zivil- und des Strafprozessrechts richtete, bestehen nun mit dem Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB und dem Offenlegungsersuchen gegenüber Wettbewerbsbehörden gem. § 89c GWB spezielle Vorschriften. Hinsichtlich der Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften sind jedoch noch verschiedene Fragen ungeklärt, so dass die Rechtslage im deutschen Recht derzeit noch nicht gefestigt ist.

Auf unionsrechtlicher Ebene bietet die *Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang*

- 21 Hölzel, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2010), S. 30; Kling/Thomas, Kartellrecht (2016), § 9 Rn. 9 und § 23 Rn. 132; Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 25; allgemein zum Begriff des Kronzeugen Albrecht, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 106 f.
- 22 Albrecht, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 140; Denoth, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2013), S. 125.
- 23 Albrecht, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 165; Hölzel, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2010), S. 106 ff.
- 24 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/ 17, Änderungen in ABl. 2015 C 256/1.
- 25 Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 57.
- 26 Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Rn. 176 mit Hinweis auf Mundt, Kampf gegen Preisabsprachen: 635 Millionen: Kartellamt steuert auf Bußgeldrekord zu, Fokus Money online, 30.5.2014.

der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission²⁷ (nachfolgend: VO 1049/2001) eine Möglichkeit, Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission einzusehen. Auch auf dieser Ebene stellen sich verschiedene Fragen. Neben der Anwendbarkeit der Verordnung 1049/2001 im Kartellrecht ist insbesondere zu erörtern, aufgrund welcher Tatbestandsvarianten des Art. 4 VO 1049/2001 eine Veragung des Dokumentenzugangs und dadurch ein Schutz von Kronzeugeninformationen in Betracht kommen. Zudem ist die Vermutung der Beeinträchtigung der geschützten Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001, die durch den EuGH in dem Urteil *EnBW Energie*²⁸ eingeführt wurde, und ihre Reichweite näher zu betrachten. Des Weiteren ist der Frage nachzugehen, inwieweit kartellrechtliche Schadensersatzklagen ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 darstellen können.

Sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene ist ein wesentliches Problem im Zusammenhang mit der Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ihrer Verwendung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, dass sie in einem „Spannungsverhältnis“²⁹ zur behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung stehen. Es wird allgemein befürchtet, dass die Offenlegung von Kronzeugeninformationen dazu führt, dass weniger Unternehmen Kronzeugenprogramme nutzen (*chilling effect*)³⁰ oder die Qualität der übermittelten Informationen abnimmt.³¹ Dies könnte schwerwiegende Ef-

27 ABl. 2001 L 145/45.

28 EuGH 27.2.2014 – C-365/12 P, Tz. 92, 93 – Komm./EnBW Energie.

29 Das Wort „Spannungsverhältnis“ wurde im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadensersatzklagen verwendet von GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 28 – Pfeleiderer; Mäger/Zimmer/Milde, WuW 2009, 885, 885, 887, 889; dies., WuW 2011, 935, 938 und 939; von einem „Spannungsfeld“ sprechend Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 45.

30 Vgl. EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 42 – Donau Chemie; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 27 – Pfeleiderer; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; OLG Düsseldorf 22.8.2012 – V-4 Kart 5/11 (OWi), V-4 Kart/11 (OWi), Tz. 36 – Akteneinsicht in Bonusanträge (juris); AG Bonn 12.1.2012 – 51 Gs 53/09, Tz. 20 – Pfeleiderer II (juris); ICN, Anti-Cartel Enforcement Manual (2009), Chapter 2, Tz. 2.4 und 3.7; Riley, E.C.L.R. 2010, 191, 195; Seitz, EuZW 2011, 598, 601; Busch/Sellin, BB 2012, 1167, 1168; für das amerikanische Recht *In re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, 264 F.R.D. 7, 11 (D.D.C. 2010); *Stolt-Nielsen Transp. Group Ltd. v. U.S.*, 480 F. Supp. 2d 166, 179-180 (D.D.C. 2007).

31 Seitz, EuZW 2011, 598, 602.

fektivitätseinbußen für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung zur Folge haben, da es nicht nur für Kartellgeschädigte schwer ist, gegen Kartelle vorzugehen, sondern auch für die Kartellbehörden. So ist z.B. trotz des Kronzeugenprogramms im europäischen Kartellrecht nur von einer Aufdeckungsquote von ca. 15 Prozent auszugehen.³² Eine Effektivitätsminderung kann sich jedoch letztlich auch auf die private Kartellrechtsdurchsetzung negativ auswirken, weil es sich bei den meisten kartellrechtlichen Schadensersatzklagen um *Follow-on*-Klagen handelt.³³

Ein Grund für den befürchteten Attraktivitätsverlust – den sog. *chilling effect* – ist darin zu sehen, dass die Entscheidung eines Unternehmens, einen Kronzeugenantrag zu stellen, grundsätzlich auf ökonomischen Erwägungen beruht.³⁴ Maßgeblich für die Kooperationsbereitschaft ist daher, dass das antragstellende Unternehmen durch die Teilnahme am Kronzeugenprogramm nicht schlechter steht, als wenn es die Kooperation mit der Kartellbehörde unterlässt.³⁵ Es darf durch die Kooperation kein wirtschaftlicher Nachteil entstehen. Kartellunternehmen werden folglich auf Sanktionserlass oder -reduktion im behördlichen Verfahren verzichten, wenn sie aufgrund ihrer Kronzeugenstellung mit höheren finanziellen Belastungen durch Schadensersatzleistungen rechnen müssen als nicht kooperierende Unternehmen und dadurch den finanziellen Vorteil des Sanktionserlasses oder der Sanktionsreduktion verlieren.³⁶

32 *Renda et. al.*, Report Making Antitrust Damages More Effective (2007) S. 95 f.

33 Vgl. *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2011, 935, 938; *Vollmer*, ZWeR 2012, 442, 467 („[...] ohne Bußgeldbescheid [...] keine Schadensersatzklage. [...]“).

34 *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 126; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 25; *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 220; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 152; *Eilsmansberger*, CMLR 2007, 431, 436.

35 Vgl. Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; *Denoit*, Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2012), S. 4.

36 GA Mazák, Schlussanträge 16.12.2010 – C-360/09, Tz. 38 – Pfeiderer; Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/17, Tz. 6; BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 31; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 419; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 156 und 186 f.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzkla-

Im deutschen Recht bestand vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2014/104/EU bzw. vor der 9. GWB-Novelle ein derartiges Risiko für die Effektivität des Kronzeugenprogramms des Bundeskartellamts (sog. Bonusregelung) und der Kronzeugenmitteilung der Europäischen Kommission. Kronzeugen, deren Namen schon im Fallbericht des Bundeskartellamts oder in der Entscheidung der Europäischen Kommission³⁷ genannt wurden, waren ein leichtes Ziel für Schadensersatzklagen (sog. „*first-mover-disadvantage*“³⁸). Neben der Bekanntgabe ihrer Identität war ein Grund hierfür, dass Kronzeugen in der Regel gegen die kartellbehördlichen Entscheidungen keine Rechtsmittel einlegten und die Entscheidungen gegen sie dadurch im Vergleich zu Entscheidungen gegen andere Kartellmitglieder früher rechtskräftig bzw. bestandskräftig wurden.³⁹ Die Hemmung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen Kronzeugen gem. § 33 Abs. 5 GWB a. F. endete dadurch früher als bei Kartellmitgliedern, die die behördliche Entscheidung angriffen. Dies verschärfte die Haftungslage für Kronzeugen.⁴⁰ Zwar betraf dies bei Entscheidungen des Bundeskartellamts im deutschen Recht insbesondere Kronzeugen, deren Geldbuße reduziert wurde, weil im Kartellverfahren gegen den ersten

gen (2013), S. 25 f.; *Klooz*, Die Akteneinsicht möglicherweise geschädigter Dritter in Akten des Bundeskartellamts (2014), S. 203; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 144 und 152; *Burholdt*, BB 2006, 2201, 2205; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 128 f.; vgl. *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), 217, 220 *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102, 106; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 311.

37 Komm., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 296, geändert durch ABl. 2015 C 256/1, Tz. 39.

38 Begriff verwendet von *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 220; *Canenbley/Steinvorth*, in: FS 50 Jahre FIW (2010), S. 143, 152; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 33.

39 Komm., 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, S. 19.

40 *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 33; *Schroll*, Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamts (2012), S. 169 f.; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 332 f.; *Ritter*, WuW 2008, 762, 773; *Wagner-von Papp*, in: *Möschel/Bien*, Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen? (2010), S. 267, 274.

Kronzeugen eine Einstellung gem. § 47 OWiG erfolgte,⁴¹ d.h. die nachrangigen Kronzeugen somit von der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB erfasst wurden.⁴² Aber auch der erste Kronzeuge konnte sich nicht in Sicherheit wiegen, da im europäischen Recht gegen alle Kronzeugen Entscheidungen durch die Europäische Kommission erlassen werden.⁴³ Kronzeugen, denen das Bußgeld erlassen wurde, waren daher bei Entscheidungen der Europäischen Kommission ebenfalls einem erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt. Insgesamt konnte somit der Eindruck entstehen, dass sich Kronzeugen durch ihre Kooperation mit der Behörde selbst zur „Zielscheibe privater Schadensersatzklagen“⁴⁴ machten. Es wurde deshalb befürchtet, dass Kartellunternehmen aus Angst vor einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme von einer Kooperation im behördlichen Verfahren abgeschreckt werden würden.

Um diese negativen Effekte auf ihr eigenes und auf die nationalen Kronzeugenprogramme zu verhindern, hob die Europäische Kommission den Schutz des Kronzeugen bei ihren Vorschlägen zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung immer wieder hervor.⁴⁵ Diese Bestrebungen mündeten auf europäischer Ebene in der Einführung des absoluten Offenlegungsschutzes von Kronzeugenerklärungen und einer Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen in der Richtlinie 2014/104/EU⁴⁶. Nach Umsetzung ins deutsche Recht im Rahmen der 9. GWB- ist nunmehr der absolute Offenlegungsschutz von Kronzeugenerklärungen in § 33g Abs. 4 GWB sowie in § 89c Abs. 4 GWB normiert, während sich die Haftungsprivilegierung des ersten Kronzeugen nach § 33e GWB richtet.

41 *Bueren*, Transactional resolutions in German competition law & merger control (2014), S. 26.

42 *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law (2007), S. 217, 222.

43 Vgl. *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 9 Rn. 99.

44 Vgl. AG Bonn 5.10.2015 – 52 Gs 120/14, S. 9 (Website des Bundeskartellamts); *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 24; *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 445, 453.

45 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6, Option 6 und S. 11, Option 28; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 12; Komm., 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, COM(2013) 404 final, S. 17.

46 Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL 2014/104/EU.

Danach ist die Haftung des ersten Kronzeugen auf seine unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer oder Lieferanten beschränkt, es sei denn, andere Geschädigte können von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz erlangen.

Dennoch stellen sich auch nach der 9. GWB-Novelle Fragen, die den Zugriff auf Kronzeugeninformationen betreffen. So ist z.B. weiterhin fraglich, ob die Gefahr für die Kronzeugenprogramme durch die Einführung des oben genannten Offenlegungsschutzes für Kronzeugenerklärungen gebannt ist. Kronzeugen sind auch nach der Novelle nicht absolut vor einer Offenlegung ihrer Informationen geschützt. Sie sehen sich – auch wenn in einem geringeren Umfang – weiterhin mit dem Problem konfrontiert, dass die Informationen und Dokumente, die bereits vor dem Kronzeugenantrag bestanden und die sie als Kooperationsleistung an die Kartellbehörden übermittelt haben, als Beweismittel in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen eingeführt werden können. In welchem Umfang diese Unterlagen von einer Offenlegung ausgenommen sind und inwieweit die bisherige Rechtsprechung nach der 9. GWB-Novelle zu berücksichtigen ist, ist bisher noch nicht geklärt. Der *chilling effect* und der *first-mover-disadvantage* könnten daher auch nach der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht weiter fortbestehen.

Des Weiteren ist die Vereinbarkeit des Offenlegungsschutzes mit dem europäischen Primärrecht der Europäischen Union zweifelhaft.⁴⁷ Denn der EuGH hat vor Inkrafttreten der Richtlinie sowohl in der Entscheidung *Pfleiderer* im Jahr 2011 als auch in der Entscheidung *Donau Chemie* aus dem Jahr 2013 hinsichtlich der Offenlegung von Kronzeugeninformationen auf nationaler Ebene eine Einzelfallabwägung zwischen dem Interesse der Geschädigten auf Schadensersatz und dem Interesse an einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung gefordert.⁴⁸ Der Offenlegungsschutz von Kron-

47 Europäisches Parlament, Ausschuss für Wirtschaft und Währung, Entwurf eines Berichts, 3.10.2013, 2013/0185(COD), S. 27; BR, Stellungnahme v. 20.9.2013, BR-Drs. 514/13, Tz. 13; Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Tz. 69; *Lundqvist/Andersson*, in: Bergström/Iacovides/Strand, Harmonising EU Competition Litigation (2016), S. 165, 178; *Dschworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 839; *Gussone/Maritzen*, EWS 2013, 292, 293; *Seitz*, EuZW 2013, 561, 562; *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590; *Gamble*, E.C.L.R. 2014, 469, 479; *Kersting*, WuW 2014, 564, 566 f.; *Schwab*, JECLaP 2014, 65, 66; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342 f.; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), IV.B.ii.c.

48 EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – *Pfleiderer*; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 30 – *Donau Chemie*.

zeugenerklärungen scheint mit dieser Rechtsprechung auf den ersten Blick im Widerspruch zu stehen.

Die Richtlinie 2014/104/EU und ihre Umsetzung ins nationale Recht haben ferner zu unterschiedlichen Offenlegungsregimen auf nationaler und europäischer Ebene geführt. Während im nationalen Recht der bereits erwähnte Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen besteht, sieht die VO 1049/2001 auf europäischer Ebene keine entsprechende Regelung vor. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen auf europäischer Ebene möglich ist und welche Auswirkungen die unterschiedlichen Offenlegungsregime haben. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen ist daher weder für das deutsche noch das europäische Recht abschließend geklärt.

Die soeben aufgeworfenen Fragen sollen in der vorliegenden Arbeit zunächst durch eine Betrachtung des deutschen Rechts vor und nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle unter Berücksichtigung der Richtlinie 2014/104/EU untersucht werden. Anschließend wird die Rechtslage für das europäische Recht außerhalb der VO 1049/2001 betrachtet. Des Weiteren wird ein Blick auf die Rechtslage im amerikanischen Recht geworfen. Abschließend erfolgt ein Vergleich des deutschen, des europäischen und des amerikanischen Rechts, wobei untersucht werden soll, inwieweit sich die Rechtsordnungen gegenseitig beeinflusst haben.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung bietet sich im vorliegenden Kontext an, da das amerikanische Recht für das deutsche und das europäische Recht zumindest auf dem Gebiet der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung eine Art Modellfunktion hat und die Kronzeugenprogramme im deutschen und im europäischen Recht auf den amerikanischen Kronzeugenregelungen beruhen. Zudem scheint der Spagat zwischen erfolgreicher privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung im amerikanischen Kartellrecht gelungen. Kronzeugenprogramme stellen dort ein wesentliches Mittel zur Kartellverfolgung dar,⁴⁹ obwohl privatrechtliche Klagen den wesentlichen Großteil aller kartellrechtlichen Klagen darstellen.⁵⁰ Da-

49 Im Jahr 2010 z.B. waren ca. 50 internationale Kartellverfahren anhängig, von denen über die Hälfte auf Hinweise von Kronzeugen zurückzuführen waren, vgl. *Hammond*, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades* (2010), S. 3.

50 Von schätzungsweise ca. 90 Prozent ausgehend *Renda et. al.*, *Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU* (2007), S. 9; *Schwedler*, *Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland* (2005), S. 5; *Möschel*, *WuW* 2007, 483, 486.

rüber hinaus hat sich die Rechtsprechung der amerikanischen Bundesgerichte mehrfach mit der Frage beschäftigt, ob Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission in amerikanischen Schadensersatzprozessen offenzulegen sind.⁵¹

Vor diesem Hintergrund ist Ziel der vorliegenden Arbeit, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen im deutschen Recht vor und nach der 9. GWB-Novelle herauszustellen und diese mit dem Zugriff auf Kronzeugeninformationen im europäischen und im amerikanischen Recht zu vergleichen. Dabei soll versucht werden, allgemeine Prinzipien für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen zu formulieren.

51 Zur Übersicht zur amerikanischen Rechtsprechung *Vandenborre*, E.C.L.R. 2011, 116, 117 ff.