

Zusammenfassung in Thesen

I. Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogrammen

- Die ökonomischen Methoden, die für eine Schadensschätzung in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen herangezogen werden, erfordern für die Schätzung des konkret entstandenen Schadens viele Daten.¹⁶⁰⁷
- Das Informationsgefälle zwischen Schadensersatzklägern und den beklagten Kartellmitgliedern kann durch einen Zugriff auf Informationen aus Kronzeugenprogrammen gemindert werden. Diese Informationen entsprechen im Wesentlichen den Informationen, die von der Europäischen Kommission als nützlich angesehen werden, um wettbewerbsmäßige Marktkonditionen zu rekonstruieren.¹⁶⁰⁸

II. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen in der Rechtsprechung des EuGH

- Der EuGH hat in den Entscheidungen „Pfleiderer“ und „Donau Chemie“ für den Fall, dass Schadensersatzkläger die Offenlegung von Kronzeugeninformationen aus mitgliedstaatlichen Kartellverfahren begehren, eine Pflicht zur Einzelfallabwägung durch das zuständige Gericht aus Art. 101 ff. AEUV entwickelt. Ein generell-abstrakter Offenlegungsschutz von Kronzeugeninformationen verstößt daher gegen primärrechtliche Grundsätze.¹⁶⁰⁹
- Bei der Interessenabwägung müssen insbesondere das Schadensersatzinteresse und das Interesse an der Effektivität der Kronzeugenprogramme gegeneinander abgewogen werden. Kein Interesse genießt einen grundsätzlichen Vorrang vor dem anderen Interesse.¹⁶¹⁰
- Zudem kann die Offenlegung nach Auffassung des EuGH nur bei konkreter Gefährdung der Kronzeugenprogramme versagt werden; die Beurteilung einer konkreten Gefahr ist jedoch schwierig.¹⁶¹¹

1607 Vgl. § 1 B.

1608 Vgl. § 2 B IV.

1609 Vgl. § 3 A. II., B. II.

1610 Vgl. § 3 A. II.

1611 Vgl. § 3 B. II.

III. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im deutschen Recht

Die Wahrscheinlichkeit einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ein daraus resultierendes Risiko eines Effektivitätsverlusts des Kronzeugenprogramms sind im deutschen Recht als gering zu erachten:

- Vor der 9. GWB-Novelle wurde der Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt im Wege des Akteneinsichtsrechts gem. § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG und des Aktenauskunftsrechts gem. § 475 StPO i.V.m. § 46 OWiG insbesondere aufgrund eines Vertrauensschutzes,¹⁶¹² der aus der Praxis des Bundeskartellamts und der Bonusmitteilung abgeleitet wurde, als entgegenstehendes (überwiegendes) Interesse gem. § 406e Abs. 2 S. 1 StPO bzw. § 475 Abs. 1 S. 2 StPO und aufgrund der Gefährdung des Untersuchungszwecks¹⁶¹³ gem. § 406e Abs. 2 S. 2 StPO bzw. § 477 Abs. 2 S. 1 StPO versagt. Ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen war daher vor der 9. GWB-Novelle nicht möglich.¹⁶¹⁴
- Nach der 9. GWB-Novelle ist ein vorprozessualer Zugriff auf Kronzeugeninformationen beim Bundeskartellamt anhand der §§ 406e, 475 StPO nur noch in stark zusammengefasster Form in Bußgeldbescheiden und damit mittels dieser Rechtsgrundlagen grundsätzlich nicht mehr möglich.¹⁶¹⁵
- Nach der 9. GWB-Novelle ist zwischen dem Zugriff auf Kronzeugenerklärungen und bereits bestehenden Kronzeugeninformationen zu differenzieren.
- Kronzeugenerklärungen werden *inter partes* durch den Ausschlussatbestand des § 33g Abs. 4 Nr. 1 GWB und bei prozessualen Offenlegungsersuchen gegenüber einer Wettbewerbsbehörde durch das Verweigerungsrecht gem. § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB geschützt.¹⁶¹⁶
- Wie das Offenlegungs- und Verwendungsverbot für Kronzeugenerklärungen, das in der Richtlinie 2014/104/EU normiert ist, verstoßen diese Regelungen gegen das aus dem Primärrecht entwickelte Gebot der konkreten Einzelfallabwägung und stellen einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GRCh dar; eine Haftungsprivilegierung der Kronzeugen ist ein milderer Mittel zur

1612 Vgl. § 4 A. II. 4. a) dd).

1613 Vgl. § 4 A. II. 5.

1614 Vgl. § 4 A. III.

1615 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) aa).

1616 Vgl. § 4 C. III.

Harmonisierung der privaten und der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung.¹⁶¹⁷

- Im Gegensatz zu der Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle kann die Offenlegung von Kronzeugeninformationen, die unabhängig von dem behördlichen Verfahren vorliegen, auf Antrag *inter partes* gerichtlich angeordnet werden. Der Nutzen des Verfahrens ist aber fraglich, da Kartellanten grundsätzlich vermeiden, Beweismittel zu hinterlassen.¹⁶¹⁸
- Das prozedurale Offenlegungsverfahren der Richtlinie ist dem *Common Law* näher und den kontinental-europäischen Rechtssystemen fremd, wie insbesondere der weite Anwendungsbereich des Offenlegungsverfahrens und die niedrigen Bestimmtheitsanforderungen zeigen.¹⁶¹⁹
- Der deutsche Gesetzgeber hat sich trotz der prozeduralen Ausgestaltung des Offenlegungsverfahrens bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU durch die Einführung des § 33g GWB als materiellrechtlichen Anspruch für den traditionellen Ansatz des deutschen Rechts, Informationsdefizite durch materiell-rechtliche Ansprüche zu lösen, entschieden.¹⁶²⁰
- Aufgrund des prozeduralen Charakters des Offenlegungsverfahrens der Richtlinie 2014/104/EU ist der Anspruch gem. § 33g GWB durch verfahrensrechtliche Begriffe geprägt.¹⁶²¹
- Die Effektivität des behördlichen Verfahrens als Regelbeispiel erweitert die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Richtlinie 2014/104/EU *inter partes* und kann bei extensiver Auslegung zu einer unzulässigen Beschränkung des Zugangs zu bereits bestehenden Kronzeugeninformationen im deutschen Recht führen.¹⁶²²
- Das Offenlegungsverfahren bei Behörden und Gerichten gem. § 89c GWB ähnelt der Beiziehung von Kronzeugendokumenten gem. §§ 273, 432 ZPO, die vor der 9. GWB-Novelle galt, und führt im Vergleich zur Richtlinie 2014/104/EU zu einer weiteren Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁶²³
- Vergleicht man die Rechtslage vor und nach der 9. GWB-Novelle, haben die eingeführten Regelungen in Bezug auf Kronzeugeninformationen, die unter den Begriff Kronzeugenerklärung fallen, zu keiner we-

1617 Vgl. § 4 B. II. 2. b) und § 4. C. III.

1618 Vgl. § 4 C. IV., D.

1619 Vgl. § 7 C. II. und III.

1620 Vgl. § 4 C. II. 1.

1621 Vgl. § 4 C II. 1., IV. 1.

1622 Vgl. § 4 C IV. 1. b) ee) (1) (e).

1623 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) ff).

sentlichen Änderung geführt, da diese Informationen auch schon vor der 9. GWB-Novelle einem Zugriff durch Geschädigte entzogen waren. Wie das Offenlegungs- und Verwendungsverbot der Richtlinie 2014/104/EU verstoßen die Regelungen gegen das europäische Primärrecht.¹⁶²⁴ Anders ist dies in Bezug auf bereits bestehende Kronzeugeninformationen, die seit der 9. GWB-Novelle grundsätzlich einer Offenlegung nicht entzogen sind.¹⁶²⁵

IV. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission

Im europäischen Recht sind die Wahrscheinlichkeit einer Offenlegung von Kronzeugeninformationen und ein daraus resultierendes Risiko eines Effektivitätsverlusts des Kronzeugenprogramms der Europäischen Kommission außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU als gering zu erachten:

- Im europäischen Recht können Geschädigte außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU den Zugang zu Dokumenten gem. Art. 2 Abs. 1 VO 1049/2001 beantragen, der grundsätzlich auch Kartellverfahrensakten und Kronzeugeninformationen der Europäischen Kommission umfasst.¹⁶²⁶
- Als wirtschaftsbezogene Informationen werden Kronzeugeninformationen vom Versagungstatbestand des Schutzes geschäftlicher Interessen i.S.d. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001 erfasst, solange sie wettbewerbsrelevant und nicht erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung nachzuweisen und die Kommissionsentscheidung nachzuvollziehen.¹⁶²⁷
- Als Ermittlungsinformationen werden Kronzeugeninformationen vom Versagungstatbestand des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten (vgl. Art. 4 Abs. 2 erster Gedankenstrich VO 1049/2001) erfasst, unabhängig davon, ob sie aus laufenden oder aus beendeten Verfahren stammen.¹⁶²⁸
- Bei einem Antrag auf Offenlegung von Dokumenten aus Kartellverfahrensakten wird vermutet, dass der Schutz geschäftlicher Interessen und der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittä-

1624 Vgl. § 4 D.

1625 Vgl. § 4 D.

1626 § 5 B. I. und II.

1627 § 5 B. IV. 2. a) aa).

1628 § 5 B. IV. 2. a) bb).

tigkeiten beeinträchtigt wird, um eine kohärente Anwendung der VO 1/2003 und der VO 1049/2001 zu gewährleisten.¹⁶²⁹

- Schadensersatzklagen können ein öffentliches Interesse i.S.d. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 darstellen, wenn der Antragsteller darlegt, dass keine andere Möglichkeit besteht, die erforderlichen Beweise zu erhalten. Bei Notwendigkeit des Informationszugangs für die Durchsetzung der Schadensersatzklage erfolgt eine Abwägung des Informationsinteresses mit den durch die Ausnahmen geschützten Interessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Die Notwendigkeit des Informationszugangs darzulegen, ist jedoch eine schwer zu überwindende Hürde für Geschädigte und Schadensersatzkläger.¹⁶³⁰

V. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen im amerikanischen Recht

Die Gefahr eines Attraktivitätsverlusts der Kronzeugenprogramme ist im amerikanischen Recht als gering anzusehen:

- *Inter partes* können sich Kronzeugen gegen *discovery*-Anordnungen nur durch die Beantragung von *protective orders* oder die Geltendmachung von *privileges* verteidigen. Ein absoluter Offenlegungsschutz besteht im Gegensatz zum deutschen Recht nicht.¹⁶³¹
- Anders als im deutschen Recht muss der Kronzeuge im Zivilprozess jedoch keine Benachteiligung im Vergleich zu den anderen Kartellanten fürchten, da das amerikanische Recht mit dem *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA) die Möglichkeit geschaffen hat, bei Kooperation des Kronzeugen den dreifachen Schadensersatz zu reduzieren und die gesamtschuldnerische Haftung zu erlassen.¹⁶³²
- Das Department of Justice kann einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen im Rahmen des *discovery*-Verfahrens verhindern, indem es sich auf das *law enforcement investigatory privilege* oder *informers' identity privilege* beruft. Beim *law enforcement investigatory privilege* besteht eine Vermutung zugunsten der Schutzwürdigkeit der behördlichen Dokumente, die nur durch die Darlegung eines zwingenden Grundes für die Offenlegung widerlegt werden kann. Der auch im amerikanischen

1629 § 5 B. IV. 2. b).

1630 § 5 B. IV. 2. c).

1631 § 6 C. I. 5. b) aa).

1632 § 6 C. II.

Recht befürchtete *chilling effect* führt bei der Abwägung grundsätzlich dazu, dass eine Offenlegung abgelehnt wird.¹⁶³³

- Einem Zugriff auf Kronzeugeninformationen nach dem *Freedom of Information Act* stehen der Schutz bestimmter wirtschaftlich bedeutender Informationen (Exemption 4 FOIA),¹⁶³⁴ der Schutz der Identität natürlicher Informanten (Exemption 7(C) FOIA),¹⁶³⁵ der Schutz laufender Verfahren (Exemption 7(A) FOIA)¹⁶³⁶ und der Schutz von Ermittlungsverfahren (Exemption 7(D) FOIA)¹⁶³⁷ entgegen. Dem FOIA kommt daher in der Rechtspraxis als Rechtsgrundlage für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen eine untergeordnete Bedeutung zu.¹⁶³⁸

VI. Ein rechtsvergleichender Rundblick

- Die Unterschiede bei der Ausgestaltung des Offenlegungsschutzes im amerikanischen Recht (Einzelfallabwägung), im europäischen Recht außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU (Einzelfallabwägung) sowie der Richtlinie 2014/104/EU und dem deutschen Recht (partiellies Offenlegungs- und Verwendungsverbot) relativieren sich, wenn die Darlegungs- und Beweislast berücksichtigt wird.¹⁶³⁹
- Im deutschen Recht könnte – in Anlehnung an das amerikanische Recht – ein Anreiz für einen freiwilligen Informationstransfer durch die Kronzeugen an die Schadensersatzkläger in Form einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs geschaffen werden.¹⁶⁴⁰

1633 § 6 C. I. 5. a) bb).

1634 § 6 C. III. 2. a).

1635 § 6 C. III. 2. c).

1636 § 6 C. III. 2. b).

1637 § 6 C. III. 2. d).

1638 § 6 C. III. 3.

1639 § 7 C. IV.

1640 § 7 D. II. 2.