

## § 7 Kronzeugeninformationen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung – Ein vergleichender Rundblick

Der nachfolgende Abschnitt betrachtet nochmals ausgewählte Aspekte des Zugriffs auf Kronzeugeninformationen vergleichend und versucht, die Gründe für verschiedene Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie wechselseitige Beeinflussungen der untersuchten Rechtsordnungen zu beleuchten. Zunächst erfolgt (A.) eine abstrakte Betrachtung der Regelungsansätze der verschiedenen Rechtsordnungen und daran anschließend eine Unterscheidung zwischen (B.) Rechtsgrundlagen, die einen außerprozessualen Informationszugriff regeln, und (C.) Rechtsgrundlagen, die nur in Schadensersatzprozessen Anwendung finden. Des Weiteren wird dargelegt, inwieweit die untersuchten Rechtsordnungen Anreize für eine freiwillige Informationsübermittlung regeln bzw. inwieweit bestehende Regelungen übertragbar sind (D.).

### *A. Allgemeine bis bereichsspezifische Regelungsansätze*

Im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht bestehen unterschiedliche Regelungsansätze für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen zur Substantiierung von Schadensersatzklagen. Im amerikanischen und im europäischen Recht (außerhalb der Richtlinie 2014/104/EU) ist weder der Zugriff noch der Schutz von Kronzeugeninformationen spezialgesetzlich geregelt; vielmehr müssen sich Geschädigte allgemeine Rechtsgrundlagen zu Nutze machen. Im deutschen Recht besteht hingegen seit der 9. GWB-Novelle ein spezieller Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB und ein besonderer Schutz von Kronzeugenerklärungen. Die Ansätze im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht unterscheiden sich somit erheblich. Funktional betrachtet sind diese verschiedenen Ansätze jedoch vergleichbar, da sie zur Substantiierung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen genutzt werden können.<sup>1512</sup>

---

1512 Vgl. *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 173; *Paulus*, ZZP 104 (1991), 397, 402.

An dieser Stelle soll der Frage nachgegangen werden, welche Gründe zu diesen verschiedenen Regelungsansätzen geführt haben.

Zunächst ist festzustellen, dass weder das zivilprozessuale *discovery*-Verfahren noch der FOIA im amerikanischen oder die VO 1049/2001 im europäischen Recht primär der Förderung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen oder dem Zugriff auf Kronzeugendokumente dienen. Sie verfolgen vielmehr allgemeinere Zwecke, wie etwa die Wahrheitsfindung<sup>1513</sup> oder die Transparenz staatlichen Handelns<sup>1514</sup>. Im deutschen Recht sind dagegen mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU besondere Rechtsgrundlagen geschaffen worden, die auf die Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie zielen und teilweise die Offenlegung von Kronzeugeninformationen ermöglichen.<sup>1515</sup> Dieser eng gefasste Regelungszweck ermöglicht es dem deutschen Gesetzgeber, konkretere Bestimmungen zu treffen.

Der unterschiedliche Grad an Spezialisierung kann zudem auch auf die jeweilige historische Einbettung der Rechtsgrundlagen zurückgeführt werden. Die §§ 33g, 89b ff. GWB sind die jüngsten der untersuchten Rechtsgrundlagen. Bei ihrer Schaffung war dem deutschen Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und der Effektivität der Kronzeugenprogramme aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU, der Veröffentlichungen der Europäischen Kommission, der Rechtsprechung der nationalen Gerichte und Unionsgerichte sowie des wissenschaftlichen Diskurses bekannt.<sup>1516</sup> Dies galt nicht, als die Rechtsgrundlagen im amerikanischen und im europäischen Recht in Kraft traten. So existierte z.B. bei Einführung des *discovery*-Verfahrens im Jahr 1938 kein derartiges Spannungsverhältnis, da kartellrechtliche Schadensersatzklagen im amerikanischen Recht zu dieser Zeit noch keine herausragende Stellung einnahmen und keine Kronzeugenprogramme bestanden.<sup>1517</sup> Es lag daher kein Regelungsbedürfnis für besondere Vorschriften im Kartellrecht vor. Aber auch für die Folgezeit ist im amerikanischen Recht das Bedürfnis, besondere Regelungen für kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu treffen, als gering anzusehen. Dies beruht u.a. darauf, dass der Zugriff auf Kronzeugeninformationen des Department of Justice im Vergleich zum Zugriff auf Kronzeu-

---

1513 Vgl. § 6 C. I. 1.

1514 Vgl. § 5 B. und § 6 C. III.

1515 Vgl. § 4 C. IV.

1516 Vgl. zur Rechtslage vor der 9. GWB-Novelle: § 4 A. und zur Richtlinie 2014/104/EU: § 4 B.

1517 Vgl. § 6 A. II.

geninformationen europäischer Kartellbehörden für Geschädigte weniger attraktiv ist. Ein Grund hierfür ist, dass durch die Struktur des amerikanischen Kronzeugenprogramms weniger Informationen als im deutschen und im europäischen Kartellrecht an die Behörden übermittelt werden.<sup>1518</sup> Zudem konnte das Department of Justice Kronzeugeninformationen durch die Anwendung verschiedener *privileges* erfolgreich vor einer Offenlegung schützen,<sup>1519</sup> während zugleich ein weitreichender Beweismittelzugang für Schadensersatzkläger durch das *discovery*-Verfahren sichergestellt wurde.

Ähnliches gilt für den FOIA. Dieser ist ebenfalls vor der Einführung der Kronzeugenprogramme in Kraft getreten. Wie beim *discovery*-Verfahren bestand bei Schaffung des FOIA kein besonderes Regelungsbedürfnis für das Spannungsverhältnis zwischen Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogrammen. Auch für die jüngere Zeit ist – ähnlich wie bei *discovery*-Verfahren – von einem fehlenden Regelungsbedürfnis auszugehen. Ein Grund hierfür ist in der geringen praktischen Bedeutung des FOIA in kartellrechtlichen Sachen zu sehen, die sich sowohl in der geringen Anzahl gerichtlicher Verfahren mit kartellrechtlichem Bezug als auch in der geringen Zahl von Offenlegungsanträgen niederschlägt.<sup>1520</sup>

Im europäischen Recht bestand – ähnlich wie im amerikanischen Recht – bei Inkrafttreten der VO 1049/2001 im Jahr 2001 kein Regelungsbedürfnis für besondere kartellrechtliche Vorschriften, weder für den Zugriff auf Kronzeugeninformationen noch zu deren Schutz. Zu dieser Zeit wurde der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen Recht noch keine große Aufmerksamkeit geschenkt. Erst nachdem der EuGH in dem Urteil *Courage/Crehan* im Jahr 2001 herausstellte, dass Geschädigten ein Recht auf Schadensersatz zusteht, ergriff die Europäische Kommission Maßnahmen zur Förderung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Dazu gehört auch die Förderung besonderer Rechtsgrundlagen für die Informationsbeschaffung einerseits und zum Schutz von Kronzeugenerklärungen andererseits. Die Bestrebungen zielten allerdings nur auf Regelungen auf Ebene der Mitgliedstaaten. Der Zugriff auf Kronzeugeninformationen auf unionsrechtlicher Ebene wurde nicht geregelt, obwohl es zwischenzeitlich Bestrebungen der Europäischen Kommission gab, den Zugang zu Kartellverfahrensakten bis zum Abschluss des Kartellverfahrens oder bis zur Rechtskraft bzw. bis zur Bestandskraft der Entscheidung in Rahmen der

---

1518 Vgl. § 2 B. IV.

1519 Vgl. § 6 C. I. 5. a) bb).

1520 Vgl. § 6 B. III. 4.

VO 1049/2001 auszuschließen.<sup>1521</sup> Inwieweit ein derartiges Regelungsbedürfnis auch noch in Zukunft besteht, erscheint angesichts der restriktiven Rechtsprechung des EuGH und der Schaffung neuer Informationsmittel durch die Richtlinie 2014/104/EU eher fraglich.

Ein weiterer Grund für die unterschiedlichen Regelungsansätze im deutschen, im europäischen und im amerikanischen Recht ist das allgemeine rechtliche Umfeld, in dem sie erlassen wurden. Für das deutsche Recht ist in diesem Zusammenhang das Unionsrecht von besonderer Bedeutung. Nach Art. 288 AEUV<sup>1522</sup> sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in Bereichen, für welche die Europäische Union die Gesetzgebungskompetenz innehat, Richtlinien hinsichtlich ihres Ziels in das innerstaatliche Recht umzusetzen. Die Gesetzgebung des europäischen Gesetzgebers ist dadurch in vielen Bereichen „insular“<sup>1523</sup>, wie etwa dem Verbraucherschutz oder dem Arbeitsrecht. Die Vorschriften des europäischen Gesetzgebers stehen somit in der Regel nicht in einem gesamtrechtlichen Kontext, um den Mitgliedstaaten eine Umsetzung auf nationaler Ebene zu ermöglichen und ihre Gesetzgebungskompetenzen zu wahren.<sup>1524</sup> Dies führt auf nationaler Ebene zu einer wachsenden Zahl an bereichsspezifischen und zu Integrationslösungen. Dies gilt auch für die Vorschriften, die durch die 9. GWB-Novelle ins deutsche Recht eingeführt wurden.<sup>1525</sup> Allerdings können die unterschiedlichen Regelungsansätze auch auf traditionelle Entwicklungen in den jeweiligen Rechtsordnungen zurückgeführt werden. So hat der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich die Schaffung spezieller materiell-rechtlicher Ansprüche als Regelungsansatz zur Überwindung von Informations-

---

1521 Vgl. Art. 2 Abs. 6 des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, v. 30.4.2008, KOM(2008) 229 endg.

1522 Art. 288 AEUV lautet: „Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.

Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich.“

1523 *Stürmer*, AcP 210 (2010), 105, 139.

1524 *Stürmer*, AcP 210 (2010), 105, 139.

1525 *Preuß*, in: Podszun/Preuß, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 245, 247.

asymmetrien gewählt.<sup>1526</sup> Die Schaffung bereichsspezifischer Regelungen im Kartellrecht entspricht dem traditionellen Ansatz im deutschen Recht, der in der Literatur zum Teil als „Flickwerk“<sup>1527</sup> bezeichnet wird. Dagegen ist seit Einführung des *discovery*-Verfahrens die Offenlegung von Informationen der allgemeine Grundsatz im amerikanischen Zivilprozessrecht. Ausnahmen hiervon bestehen nur, soweit die Gerichte eine Offenlegung versagen.<sup>1528</sup> Diese verschiedenen Regelungsansätze sind somit letztlich auch als Ausdruck einer unterschiedlichen Rechtsmentalität anzusehen.

### B. Der außerprozessuale Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Im Folgenden wird der außerprozessuale Zugriff auf Kronzeugeninformationen rechtsvergleichend betrachtet. Nach dem FOIA im amerikanischen und der VO 1049/2001 im europäischen Recht ist es möglich, unabhängig von einer Klageerhebung die Offenlegung von Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden zu beantragen. Auch im deutschen Recht bestand vor der 9. GWB-Novelle die (theoretische) Möglichkeit, auf Kronzeugeninformationen zuzugreifen, ohne Klage zu erheben. Nach der 9. GWB-Novelle ist dagegen ein außerprozessualer Informationszugriff bei Kartellbehörden nur sehr begrenzt möglich. So ist ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen außerhalb eines Schadensersatzprozesses durch eine Akteneinsicht bzw. Aktenauskunft gem. §§ 406e, 475 StPO nur dann möglich, wenn Kronzeugeninformationen in aggregierter Form in Bußgeldbescheiden genannt werden (vgl. § 89c Abs. 5 GWB). Ein umfassenderer Informationszugriff auf Kronzeugeninformationen kommt nach dem Wortlaut des

---

1526 Schlosser, JZ 1991, 599, 606; Wagner-von Papp, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III.E; vgl. auch oben § 4 C. II. 1.

1527 Schlosser, JZ 1991, 599, 603 ff.; im Zusammenhang mit § 33g GWB verwendet von Hellmann/Steinbrück, NZKart 2017, 164, 166; von einem „Enforcement-Flickenteppich“ im Zusammenhang mit der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung sprechend de Bronett, NZKart 2017, 46 ff.

1528 IAALS, Final Report on the joint project of the American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery and Civil Justice and IAALS (2009), S. 9 (“[...] integral part of our civil justice system [...]”); Wright et al., 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2001; Higginbotham, Foreword, 49 Ala. L. Rev. (1997), 1, 4f. („[...] Over the years access to the powerful federal engine of discovery has become central to a wide array of social policies. Congress has elected to use the private suit, private attorneys general as an enforcing mechanism for the anti-trust laws, the securities laws, environmental laws, civil rights and more. [...]“).

§ 89c Abs. 1 S. 1 GWB<sup>1529</sup> lediglich in Betracht, wenn eine Klage auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe- bzw. Auskunft gem. § 33g GWB anhängig ist.

Der außerprozessuale Informationszugriff im deutschen Recht erscheint daher im Vergleich zu den Rechtsgrundlagen im amerikanischen und im europäischen Recht auf den ersten Blick restriktiver gestaltet. Bei funktionaler Betrachtung unterscheiden sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht aber kaum. Sowohl im amerikanischen Recht im Rahmen des FOIA als auch im europäischen Recht ist ein vorprozessualer Zugriff auf Kronzeugeninformationen durch die Anwendung verschiedener Ausnahmetatbestände im Ergebnis grundsätzlich nicht möglich. Dies beruht z.B. maßgeblich auf der Rechtsprechung der europäischen Gerichte. Danach wird bei einem Antrag auf Zugang zu Kronzeugeninformationen nicht nur die Beeinträchtigung des Schutzes geschäftlicher Interessen oder des Schutzes des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Auditstätigkeiten vermutet,<sup>1530</sup> sondern es gelten durch die Darlegung der Notwendigkeit der Offenlegung auch hohe Anforderungen an die Darlegung eines besonderen öffentlichen Interesses.<sup>1531</sup> Ungeachtet der verschiedenen rechtlichen Instrumentarien, die zum Ausschluss des außerprozessualen Informationszugriffs führen, lässt sich somit im Ergebnis eine Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts feststellen.

### C. Die gerichtlichen Anordnungen der Offenlegung im Vergleich

Im amerikanischen, im europäischen und im deutschen Recht bestehen mit dem *discovery*-Verfahren, Art. 5 ff. RL 2014/104/EU<sup>1532</sup> und den §§ 33g, 89b ff. GWB Rechtsgrundlagen, die sich mit einem gerichtlich angeordneten Informationszugriff befassen. Im Folgenden werden daher verschiedene Aspekte dieser Rechtsgrundlagen betrachtet, die für einen Zugriff auf Kronzeugeninformationen in Schadensersatzprozessen relevant sind.

---

1529 Vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 [...]“.

1530 Vgl. oben § 5 B. IV. 2 b).

1531 Vgl. oben § 5 B. IV. 2 c) bb).

1532 Auch wenn die Richtlinie 2014/104/EU keine unmittelbare Außenwirkung für potentielle Kläger entfaltet, hat sie maßgeblich das geltende deutsche Recht beeinflusst und ist daher in diesem Zusammenhang zu erörtern.

## I. Rechtshängigkeit einer Klage

Die Rechtshängigkeit einer (Schadensersatz-)Klage ist sowohl im amerikanischen *discovery*-Verfahren als auch im europäischen Recht nach Art. 5 Abs. 1 RL 2014/104/EU Voraussetzung für eine Offenlegungsanordnung. Im deutschen Recht wird dagegen differenziert. Während der Herausgabe- und Auskunftsanspruch gem. § 33g GWB auch vorprozessual anwendbar ist (nicht jedoch gegenüber Wettbewerbsbehörden), ist das Offenlegungsersuchen gem. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB<sup>1533</sup> nur dann möglich, wenn eine Klage auf Schadensersatz gem. § 33a GWB oder auf Herausgabe- bzw. Auskunft gem. § 33g GWB anhängig ist. Die prozessbezogene Gestaltung des § 33g GWB deutet jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber letztlich in der Regel von der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs und damit von der Rechtshängigkeit einer Klage ausgegangen ist. Das deutsche Recht hat sich im Ergebnis dem amerikanischen *discovery*-Verfahren angenähert. Diese Annäherung bedeutet aber nicht, dass die Anknüpfung an die Rechtshängigkeit auf Einflüssen des amerikanischen Rechts beruht. Vielmehr steht die Anknüpfung an die Rechtshängigkeit im engen Zusammenhang mit dem Zweck der Richtlinie 2014/104/EU, die Effektivität von Schadensersatzklagen zu fördern.<sup>1534</sup> Gegen eine Rezeption des amerikanischen Rechts spricht zudem, dass deutsche Gerichte auch vor der 9. GWB-Novelle Behörden gem. § 432 ZPO um die Offenlegung von Urkunden ersuchen konnten. Offenlegungsersuchen nach Rechtshängigkeit der Klage wurden daher nicht neu in das deutsche Recht eingeführt. Im Hinblick auf die Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage als Voraussetzung für den Informationszugriff kann daher weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Beeinflussung des deutschen Rechts durch das amerikanische Recht festgestellt werden.

## II. Reichweite des Informationszugriffs

Das *discovery*-Verfahren im amerikanischen Recht geht von einem weitreichenden Informationszugriff aus. Es erfasst jegliche Art von Informatio-

---

1533 Vgl. § 89c Abs. 1 S. 1 GWB: „In einem Rechtsstreit wegen eines Anspruchs nach § 33a Absatz 1 oder nach § 33g Absatz 1 oder 2 [...]“

1534 Vgl. Erwägungsgründe Nr. 3 und Nr. 4 RL 2014/104/EU; Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., S. 1.

nen, unabhängig von ihrer Form, soweit es möglicherweise zu verwertbaren Beweismitteln führt.<sup>1535</sup> Im deutschen Zivilprozess standen Geschädigten dagegen vor der 9. GWB-Novelle nur Instrumentarien zur Verfügung, um die Herausgabe bestimmter Beweismittel zu bewirken.<sup>1536</sup> Erst durch Art. 5 RL 2014/104/EU und dessen Umsetzung ins deutsche Recht bestehen mit §§ 33g, 89b und § 89c GWB Vorschriften zum Beweismittelzugang, die nicht auf bestimmte Arten von Informationen oder von Beweismitteln, wie etwa Urkunden, beschränkt sind.<sup>1537</sup> Da die Vorschriften im deutschen Recht erst im Jahr 2017 in Kraft getreten und damit erheblich jünger als das amerikanische *discovery*-Verfahren sind, stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit die deutschen Vorschriften vom amerikanischen Recht beeinflusst wurden.

Erste Hinweise auf eine Beeinflussung des deutschen durch das amerikanische Recht könnten die Reaktionen auf die neu eingeführten Vorschriften in der Literatur geben, wonach die Vorschriften teilweise als fremd und als Einführung einer „*discovery*“ angesehen wurden.<sup>1538</sup> Betrachtet man hingegen die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, die Richtlinie 2014/104/EU oder den Richtlinienvorschlag, nehmen diese auf das amerikanische Recht nicht unmittelbar Bezug. Dies gilt auch für das Grünbuch und das Weißbuch der Europäischen Kommission.

Die Begrifflichkeiten in Art. 5 RL 2014/104/EU, wie die Relevanz von Beweismitteln oder der Plausibilität, lehnen aber an das *Common Law* an.<sup>1539</sup> Zudem weisen die Dokumente der Europäischen Kommission auf einen gewissen Einfluss des amerikanischen Rechts hin. So nimmt z.B. schon das Arbeitspapier zum Grünbuch aus dem Jahr 2005 zu bestimmten Fragestellungen, wie der Klageerhebung, auf das amerikanische Recht Be-

---

1535 Vgl. § 6 C. I. 3.

1536 Vgl. § 1 C.

1537 Vgl. § 4 C. IV. 1. a).

1538 *Podszum/Kreifels*, GWR 2017, 67, 70; *Topel*, in: Wiedemann, § 50 Rn. 132 („[...] an den Voraussetzungen des amerikanischen Discovery-Verfahrens orientiert.“); *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 520 („Fremdkörpern im deutschen Recht“); a.A. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 473, („der [...] Rechtsordnung fürwahr nicht fremd“).

1539 *Bentley/Henry*, World Competition 37 (2014), 271, 279. Ähnlichkeiten bestehen auch zum sog. *Notice Pleading* in der amerikanischen Rechtsprechung. Nach *Twombly* müssen in der Klageschrift „*plausible grounds*“ vorgetragen werden. Dies ist nach Auffassung des *Supreme Court* der Fall, wenn nach dem Tatsachenvortrag anzunehmen sei, dass das *discovery*-Verfahren die erforderlichen Beweise zu Tage bringe, vgl. *Bell Atlantic Corp. v Twombly*, 550 U.S. 544, 555 (2007).



zug.<sup>1540</sup> Ausdrücklich auf das *discovery*-Verfahren verweist auch eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene und im Jahr 2007 veröffentlichte Studie, welche die Merkmale des *discovery*-Verfahrens mit den Regelungsvorschlägen des Grünbuchs vergleicht.<sup>1541</sup> Die nachfolgend veröffentlichten Dokumente nennen zwar nur negative Ausformungen von Offenlegungsverfahren außerhalb der EU, ohne ausdrücklich auf das amerikanische Recht zu verweisen. Da diese Negativbeispiele mit den unerwünschten Auswüchsen des amerikanischen *discovery*-Verfahrens übereinstimmen,<sup>1542</sup> liegt der Schluss nahe, dass sich auch diese Dokumente auf das amerikanische Recht beziehen. Diese Annahme wird dadurch bekräftigt, dass die Europäische Kommission in diesen Dokumenten zu anderen Regelungsbereichen, wie der Kollektivklage oder zu erwartenden Prozesskosten, weiterhin explizit auf das US-Recht verweist.<sup>1543</sup> Ein möglicher Grund für die indirekte Bezugnahme könnten politische Erwägungen sein, da die Negativbeispiele das amerikanische *discovery*-Verfahren in Frage stellen. Die Europäische Kommission hat zudem seit dem Weißbuch eine vollständige Rezeption des amerikanischen *discovery*-Verfahrens abgelehnt und sich durch die Befürwortung eines prozessualen Offenlegungsverfahrens, das auf einzelne Beweismittel sowie Beweismittelkategorien beschränkt ist, von dem weiten Anwendungsbereich des *discovery*-Verfahrens abgegrenzt.<sup>1544</sup>

Der wiederholte Verweis auf Eigenarten des *discovery*-Verfahrens in den Dokumenten der Europäischen Kommission zeigt aber im Ergebnis, dass sich die Europäische Kommission und der europäische Gesetzgeber mit dem amerikanischen Recht auseinandergesetzt haben. Dadurch hat das amerikanische Recht im Ergebnis das europäische Recht beeinflusst. Durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins nationale Recht hat dieser Einfluss mittelbar auch im deutschen Recht Eingang gefunden und im Ergebnis trotz der Abgrenzungsversuche zu einer Konvergenz zwischen

---

1540 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 46; 61 (Fn. 29).

1541 *Renda et. al*, Making Antitrust Actions more Effective (2007), S. 350 ff.

1542 Komm., Impact Assessment White Paper (2008), Tz. 163; Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 80.

1543 Vgl. Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 93; zu den Kosten: Komm., Staff Working Paper, Impact Assessment Report (2013), Tz. 174 ff.

1544 Vgl. *Westhoff*, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 176 f.; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), 37, 57; *Sanmer*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen (2014), S. 397.

dem europäischen, dem deutschen und dem amerikanischen Recht geführt.

### III. Bestimmtheitsanforderungen an den Offenlegungsantrag

Ein weiterer wesentlicher Aspekt für die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, der eng mit der Reichweite des Informationszugriffs verbunden ist, sind die Bestimmtheitsanforderungen, die an ein Offenlegungsbegehren gestellt werden. Das amerikanische *discovery*-Verfahren stellt in diesem Zusammenhang grundsätzlich relativ niedrige Bestimmtheitsanforderungen und gestattet im Rahmen von *discovery*-Anordnungen allgemeine Bezugnahmen auf Beweismittelkategorien oder Themenkomplexe.<sup>1545</sup> Im diametralen Gegensatz dazu steht grundsätzlich das Ausforschungsverbot des deutschen Zivilprozessrechts. Die Instrumentarien des deutschen Zivilrechts stellen aufgrund dieses Gebotes strengere Bestimmtheitsanforderungen als das *discovery*-Verfahren, das gerade der Sachverhaltserforschung dient. Die prozessualen Instrumentarien im deutschen Recht erfordern daher in der Regel die konkrete Bezeichnung des begehrten Beweismittels.<sup>1546</sup> Seit der 9. GWB-Novelle ist es aber bei kartellrechtlichen Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehren gem. § 33g Abs. 1 (i.V.m. Abs. 10) GWB oder Offenlegungsersuchen gem. § 89c GWB nicht mehr erforderlich, das begehrte Beweismittel konkret zu bezeichnen, sondern nur noch so genau wie möglich. In dieser Lockerung der Bestimmtheitsanforderungen im deutschen Recht ist eine gewisse Annäherung an das US-amerikanische Recht zu sehen. Ob dies aber auf einer Rezeption des amerikanischen Rechts beruht, ist aber fraglich. Zwar ging schon die *Ashurst Study* aus dem Jahr 2004 auf die unterschiedlich strengen Bestimmtheitsanforderungen im damals geltenden Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein und nannte diese als einen wesentlichen Unterschied zwischen den Rechtsordnungen, die ein *discovery*-Verfahren regeln, und solchen, die ein derartiges Verfahren nicht vorsehen.<sup>1547</sup> Auf das amerikanische Recht nahm die Studie allerdings keinen Bezug. Anders hingegen das Arbeitspapier zum Grünbuch der Europäischen Kommission – dieses bezieht sich auf das amerikanische Recht und lehnt ein *notice plea*-

---

1545 Vgl. § 6 C. I. 4. b).

1546 Vgl. § 1 C.

1547 *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report (2004), S. 63.

ding, das im amerikanischen Recht gilt, in diesem Zusammenhang ab.<sup>1548</sup> Hierfür nimmt es u.a. auf die *Principles of Transnational Civil Procedure* Bezug, die eine Harmonisierung des Zivilrechts auf internationaler Ebene anstreben.<sup>1549</sup> Auch im Rahmen des Arbeitspapiers zum Weißbuch grenzt sich die Europäische Kommission gegenüber dem amerikanischen Recht und zu den als unerwünscht empfundenen Erscheinungsformen des *discovery*-Verfahrens ab (z.B. „*discovery blackmail*“).<sup>1550</sup> Dieser Linie entsprechend werden strengere Anforderungen als im amerikanischen Recht befürwortet.<sup>1551</sup>

Die Distanzierung der Europäischen Kommission vom amerikanischen Recht zeigt aber, dass die Erfahrungen mit dem *discovery*-Verfahren im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU Berücksichtigung gefunden haben. Das amerikanische Recht hatte folglich Einfluss auf die Entwicklungen im europäischen Recht, auch wenn dies nicht in der Rezeption des *discovery*-Verfahrens mündete, sondern in einer Annäherung durch die Orientierung an internationalen Harmonisierungsmodellen.

#### IV. Der Schutz von Kronzeugeninformationen

Die Regelungen zum Schutz von Kronzeugeninformationen stellen einen zentralen Indikator dafür dar, inwieweit ein Zugriff auf diese Informationen in den untersuchten Rechtsordnungen möglich ist. Dabei ist zwischen dem Informationszugriff *inter partes*, d.h. im Zweifel beim Kronzeugen direkt, oder bei den Wettbewerbsbehörden zu unterscheiden.

##### 1. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff *inter partes*

Bei einer Gesamtbetrachtung ist eine Annäherung zwischen dem amerikanischen, dem deutschen und dem europäischen Recht zu erkennen. Im

---

1548 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 90 ff.

1549 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 61.

1550 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. 93.

1551 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 6 Option 1-3: *fact pleading* bei allen Option zum Informationszugriff.

amerikanischen Recht sind Kronzeugen vor einem Zugriff auf Dokumente, die sie den Wettbewerbsbehörden übermittelt haben, die sich aber als Kopie o.ä. noch in ihrer Sphäre befinden, nicht umfassend geschützt. Auch im europäischen und deutschen Recht sind Kronzeugeninformationen nicht geschützt, soweit sie keine Kronzeugenerklärungen darstellen. Eine Offenlegung dieser sog. bereits bestehenden Kronzeugendokumente ist grundsätzlich nur dann ausgeschlossen, wenn sie Geschäftsgeheimnisse darstellen, keine gerichtlichen Anordnungen zu ihrem Schutz möglich sind oder die Offenlegung unverhältnismäßig ist.<sup>1552</sup> Das deutsche Recht nimmt allerdings im Vergleich zum amerikanischen und zum europäischen Recht eine eher restriktive Haltung ein, indem bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu berücksichtigen ist (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB).

## 2. Der Schutz von Kronzeugeninformationen bei einem Informationszugriff bei Wettbewerbsbehörden

Im amerikanischen *discovery*-Verfahren steht der Zugriff auf Kronzeugeninformationen unter einem einzelfallbezogenen Abwägungsvorbehalt, wenn die Offenlegung durch eine Wettbewerbsbehörde begehrt wird.<sup>1553</sup> Auch im deutschen Recht fand vor der 9. GWB-Novelle eine einzelfallbezogene Abwägung im Rahmen der Ausnahmetatbestände des § 406e StPO statt und erfasste alle Kronzeugeninformationen.<sup>1554</sup> Seit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU im deutschen Recht ist jedoch eine Abwägung im Einzelfall nur noch begrenzt möglich, da nach § 89c Abs. 4 Nr. 1 GWB Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet werden können, Informationen offenzulegen, die eigens und freiwillig für die Kronzeugenkooperation als sog. Kronzeugenerklärungen erstellt wurden.<sup>1555</sup> Im Übrigen unterliegen Kronzeugeninformationen einem Abwägungsvorbehalt.<sup>1556</sup> Diese Entwicklung entspricht den restriktiven Tendenzen sowohl in der deutschen Rechtsprechung als auch in der Anwendungspraxis des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission, die im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU

---

1552 Vgl. zur Richtlinie 2014/104/EU: § 4 B. III.; zum deutschen Recht: § 4 C. IV.

1553 Vgl. § 6 C. II. 5. a) bb).

1554 Vgl. § 4 A. 4. b) und § 4 A. 5. a) bb).

1555 Vgl. § 4 C. III. 3.

1556 Vgl. § 4 C. IV. 2. b) bb) (3).

stets eine Offenlegung von freiwillig übermittelten Kronzeugeninformationen abgelehnt haben.

Auf den ersten Blick haben das deutsche Recht und die Richtlinie 2014/104/EU im europäischen Recht eine eher konservative Haltung im Vergleich zum amerikanischen Recht eingenommen. Dieses Bild ändert sich jedoch, wenn die Rechtsprechungstendenzen im amerikanischen *discovery*-Verfahren berücksichtigt werden. Ähnlich wie beim außerprozessualen Informationszugriff nach der VO 1049/2001 im europäischen Recht wird im amerikanischen Recht im Rahmen des *law enforcement investigatory privilege* die Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen und damit der Schutz von Kronzeugeninformationen vermutet.<sup>1557</sup> Ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen kommt auch hier nur in Betracht, wenn die Kläger ein besonderes Offenlegungsinteresse darlegen, das die Geheimhaltungsinteressen überwiegt. Bei funktionaler Betrachtung führen daher der im amerikanischen Recht und der durch die Richtlinie 2014/104/EU verfolgte Ansatz somit beide zu dem Ergebnis, dass Kronzeugeninformationen grundsätzlich vor einer Offenlegung geschützt sind.

Aus dieser funktionalen Vergleichbarkeit kann allerdings nicht gefolgert werden, dass ein *chilling effect* für Kronzeugenprogramme in Europa durch eine Einzelfallabwägung ausgeschlossen werden könnte. Bei einer Gesamtbetrachtung bestehen zwischen dem amerikanischen und dem europäischen Recht weiterhin diverse Unterschiede, die sich auf das Verhalten der Kronzeugen auswirken können. Dies beginnt schon bei der Drohkulisse im amerikanischen Recht, die durch strafrechtliche Sanktionierung von einer anderen Qualität ist als im europäischen und im deutschen Recht,<sup>1558</sup> und setzt sich sodann bei der Anzahl der Kronzeugen, der Verpflichtung zu Schadensersatzleistungen im Kronzeugenprogramm und einer leistungsbezogenen Haftungsreduktion fort.<sup>1559</sup> Ähnlich wie im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU zeigt sich auch an dieser Stelle, dass es zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Schadensersatzklagen und der Effektivität von Kronzeugenprogrammen mehr bedarf als ein bloßes Offenlegungsverbot.

---

1557 Vgl. § 6 C. I. 5. a) bb) (1).

1558 Vgl. *Möschel*, ZWeR 2007, 261, 261.

1559 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 226.

## V. Die Funktion des Gerichts bei der Informationsbeschaffung

Wie schon die Betrachtung des amerikanischen Rechts gezeigt hat, kommt dem zuständigen Gericht im Zusammenhang mit dem Zugang zu Beweismitteln eine wesentliche Rolle zu.

### 1. Prozessleitung bei Informationsbegehren

Ein traditioneller Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Recht besteht hinsichtlich der Funktion, die das Gericht bei Offenlegungsanordnungen einnimmt. Während im amerikanischen Recht das Gericht traditionell nur leitend und nur selten aktiv im *discovery*-Verfahren tätig wird, kommt im deutschen Recht dem Richter bei dem Erlass von Offenlegungsanordnungen eine zentrale Funktion zu.<sup>1560</sup> Die aktive Beteiligung des Gerichts an der Beweisbeschaffung der Parteien steht jedoch im deutschen Recht grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum Beibringungsgrundsatz. Denn grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des Gerichts, Beweise für die Parteien zu sammeln.

Im amerikanischen Recht wird der Interessenskonflikt zwischen Wahrheitsfindung und richterlicher Neutralität dadurch gemildert, dass die Entscheidungsgewalt zwischen der *jury* und dem Richter aufgeteilt ist:<sup>1561</sup> Die *jury* entscheidet über den Wahrheitsgehalt der vorgetragenen Tatsachen (*facts*) und der Richter über Rechtsfragen (*questions of law*), wie das Beweisermittlungsverfahren oder die Zulässigkeit von Beweismitteln.<sup>1562</sup> Die *jury* kann zudem keine Anordnungen zur Sachverhaltsaufklärung treffen und Richter sind derartigen Anordnungen im *jury trial* gegenüber restriktiv eingestellt, um eine Beeinflussung der *jury* zu vermeiden.<sup>1563</sup> Der *jury trial*

---

1560 *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 37, 56, 58; vgl. *Schaar*, E.C.L.R. 2014, 352, 359; vgl. zum Unterschied zwischen Rechtsordnungen, die auf römischem Recht beruhen, und Rechtsordnungen, die auf der Rechtstradition des *Common Law*, Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 55.

1561 *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 174; vgl. *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr (1987), S. 75 ff.

1562 vgl. mit Bezug auf die Produkthaftung und das allgemeine Deliktsrecht: *Knapp*, in: Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts (2001), Bd. 1, Rn. 160.

1563 *Kersting*, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozeß (1995), S. 174.

löst durch die Aufteilung der Entscheidungsgewalt somit manche Widersprüche. In der Rechtspraxis schafft er aber auch neue Spannungsfelder. Insbesondere ist schwer abzuschätzen, welches Urteil die *jury* fällen wird.<sup>1564</sup>

Zudem sind amerikanische Gerichte *discovery*-Anordnung im *pretrial*-Verfahren gegenüber grundsätzlich großzügig eingestellt.<sup>1565</sup> Versuche des deutschen Gesetzgebers, eine offenere Haltung der Gerichte gegenüber Offenlegungsbegehren zu bewirken, wurden dagegen – wie die Einführung der §§ 142, 144 ZPO zeigt – nicht von Erfolg gekrönt. Die §§ 142 ff. ZPO wurden als Fremdkörper im deutschen Zivilprozessrecht wahrgenommen. Dies spiegelte sich auch in der Rechtspraxis nach Einführung der Vorschriften wieder. Nach den Studien aus den Jahren 2006 und Jahr 2009 haben nur 5 Prozent der Richter am Amtsgericht und 7 Prozent der Richter am Landgericht von §§ 142, 144 ZPO Gebrauch gemacht.<sup>1566</sup> Es ist daher zu begrüßen, dass der deutsche Gesetzgeber das Spannungsfeld zwischen der Informationsasymmetrie unter den Parteien und dem Beibringungsgrundsatz durch die Einführung des materiell-rechtlichen Herausgabe- und Auskunftsanspruchs (§ 33g GWB) gemildert hat. Die Gerichte sind nunmehr – nach hier vertretener Auffassung – zum Erlass von Vorlageanordnungen gem. § 142 ZPO in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen verpflichtet, wenn ein Anspruch gem. § 33g ZPO besteht. Sie müssen daher die Offenlegung von Beweismitteln – auch von bereits bestehenden Kronzeugeninformationen – *inter partes* anordnen, soweit der Herausgabeanspruch nicht ausgeschlossen oder die Herausgabe zu Recht verweigert wurde. Indes bleibt es für das deutsche Recht fraglich, ob nach der 9. GWB-Novelle eine größere Bereitschaft der Gerichte besteht, Wettbewerbsbehörden um die Offenlegung bereits bestehender Kronzeugeninformationen zu ersuchen. Dies beruht zum einen auf der Subsidiarität des § 89c GWB gegenüber der Offenlegung *inter partes* und zum anderen darauf, dass das Offenlegungsersuchen – wie die prozessualen Instrumente vor der 9. GWB-Novelle – im Ermessen des Gerichts liegt und die Offenlegung gegenüber dem Antragsteller eine weitere gerichtliche Verhältnis-

---

1564 Lorenz, ZZP 111 (1998), 35, 55.

1565 Westhoff, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht (2010), S. 152.

1566 Nach den Studien aus dem Jahr 2006 haben nur 5 Prozent der Richter am Amtsgericht und 7 Prozent der Richter am Landgericht von §§ 142, 144 ZPO Gebrauch gemacht, vgl. Hommerich *et. al.*, Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts (2006), S. 112; Prütting, in: Bork/Eger/H.-B. Schäfer, Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts (2009), S. 1, 8 f.

mäßigkeitsprüfung erfordert. Zudem kommt durch die Einführung mehrfacher Abwägungsentscheidungen eine restriktive Haltung des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Offenlegung von Kronzeugendokumenten, soweit sie sich in Kartellverfahrensakten befinden, zum Ausdruck. Vor diesem Hintergrund ist eine Offenlegung von Kronzeugendokumenten durch Wettbewerbsbehörden auch nach der 9. GWB-Novelle nicht zu erwarten.

## 2. Richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung als Mittel gegen Rechtsmissbrauch

Das *discovery*-Verfahren im amerikanischen Recht, Art. 5 RL 2014/104/EU im europäischen Recht sowie §§ 33g und 89c GWB im deutschen Recht fordern ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer Reihe von Regelbeispielen. Interessanterweise sehen alle untersuchten Rechtsgrundlagen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung Regelbeispiele vor, die im Wesentlichen übereinstimmen. So berücksichtigen sowohl das *discovery*-Verfahren als auch Art. 5 RL 2014/104/EU und § 33g, 89c GWB als Regelbeispiele für die Verhältnismäßigkeitsprüfung Kriterien, wie etwa die Bedeutung der Klage, die Bedeutung der Offenlegung für die Klage, die Ressourcen der Parteien oder das Kosten-Nutzen-Verhältnis.<sup>1567</sup> Aufgrund dieser Übereinstimmungen stellt sich auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung die Frage, inwieweit sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht gegenseitig beeinflusst haben.

### a) Einfluss des europäischen und deutschen Rechts auf das amerikanische Recht

Auf den ersten Blick könnte in diesem Zusammenhang in Betracht kommen, dass das europäische Recht Einfluss auf das amerikanische Recht hatte, da im amerikanischen Recht die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Regelbeispielen im Jahr 2015 „eingeführt“ wurde und damit ein Jahr später als die im Jahr 2014 in Kraft getretene Richtlinie 2014/104/EU. Doch schon ein Blick auf die historische Entwicklung des *discovery*-Verfahrens lässt diese These wanken. Das *discovery*-Verfahren wurde seit seiner Normierung in den FRCP in den 1930er Jahren mehrfach reformiert. Das Merkmal der „*proportionality*“ wurde erstmals im Jahr 1983 als Begrenzung des Anwen-

---

<sup>1567</sup> Siehe dazu § 4 B. III. 1. c. cc) und 2. b), § 4 C. IV. 1. b) ee) und § 6 C. I. 3 b) bb).



dungsbereichs in das *discovery*-Verfahren aufgenommen.<sup>1568</sup> Ziel der Reform im Jahr 1983 war es, den richterlichen Einfluss u.a. durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stärken und dadurch missbräuchliche Auswüchse des *discovery*-Verfahrens einzudämmen.<sup>1569</sup> Zehn Jahre nach seiner Einführung wurde das Verhältnismäßigkeitskriterium im Zuge einer Neustrukturierung der Rule 26 FRCP in einen anderen Unterabsatz der Rule 26(b) FRCP und unter die Überschrift *Limitations* verschoben.<sup>1570</sup> In den Jahren 2000 und 2006 erfolgten weitere Novellen und Modifikationen. Im Zuge der jüngsten Reform wurde die Verhältnismäßigkeitsprüfung wieder in den Anwendungsbereich aufgenommen und damit – systematisch betrachtet – in den Regelungszusammenhang verschoben, der ihr bei Einführung im Jahr 1983 zugeordnet war.<sup>1571</sup> Die Entwicklung des *discovery*-Verfahrens zeigt folglich, dass im amerikanischen *discovery*-Verfahren eine Verhältnismäßigkeitsprüfung schon vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU normiert war. Eine Beeinflussung des amerikanischen Rechts durch die Entwicklungen im europäischen Kartellrecht erscheint daher unwahrscheinlich.

b) Einfluss des amerikanischen Rechts auf das europäische und das deutsche Recht

Die Entwicklungen im amerikanischen *discovery*-Verfahren könnten allerdings Einfluss auf die Regelungen zur Verhältnismäßigkeit in der Richtlinie 2014/104/EU und dadurch mittelbar Einfluss auf die 9. GWB-Novelle gehabt haben. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fest verankert ist. Während im europäischen Recht die Verhältnismäßigkeit als allgemeiner Grundsatz u.a. in Art. 5 Abs. 4 EUV geregelt ist, wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Recht aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet. In der Rechtsprechung des EuGH kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zudem durch die Forderung einer Einzelabwägung unter Abwägung der

---

1568 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 123.

1569 Rule 26 FRCP, Commentary notes zu der Reform im Jahr 1983; *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2001.

1570 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 123.

1571 *Wright et al.*, 8 Fed. Prac. & Proc. Civ. § 2008.1; *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 127.

unionsrechtlich geschützten Interessen und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache zum Ausdruck.<sup>1572</sup>

Vor diesem rechtlichen Hintergrund verwundert es daher nicht, dass die Europäische Kommission schon im Arbeitspapier zum Grünbuch im Jahr 2005 betonte, dass dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Beweismittelzugangs eine besondere Bedeutung zukommen solle.<sup>1573</sup> Im Arbeitspapier zum Weißbuch wird aber der Verhältnismäßigkeitsprüfung über den Ausgleich kollidierender Interessen hinaus eine weitere Funktion zugeschrieben. Die Europäische Kommission führt in dem Arbeitspapier zum Weißbuch aus, dass die von einem Richter durchzuführende Verhältnismäßigkeit dazu dienen soll, missbräuchliche Auswüchse von Offenlegungsverfahren, die in nicht-europäischen Staaten gelten, zu vermeiden.<sup>1574</sup> Insbesondere soll die Entstehung missbräuchlicher Praktiken, wie das „*discovery blackmailing*“ oder das „*deep pocket use*“, verhindert werden.

Durch diese Verweise nimmt die Europäische Kommission auf das amerikanische Recht Bezug. Zugleich weist die Wahl der Verhältnismäßigkeit als Mittel zur Eindämmung missbräuchlicher Offenlegungsbegehren und missbräuchlichen Verteidigungsverhaltens Ähnlichkeiten zu den Entwicklungen im amerikanischen Recht auf. Zwar begründet die Europäische Kommission die Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Rechtstradition und dem geltenden Recht der Mitgliedstaaten.<sup>1575</sup> Die Parallelität der rechtlichen Instrumente deutet aber zumindest auf eine Berücksichtigung des amerikanischen Rechts auf europäischer Ebene hin.

### c) Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Rechtspraxis

Es soll an dieser Stelle auch der Frage nachgegangen werden, ob sich die Einführung bzw. Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtspraxis als geeignet erweist, um unerwünschte Auswüchse von Offen-

---

1572 EuGH 6.6.2013 – C-536/11, Tz. 31 – Donau Chemie; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, Tz. 31 – Pfeleiderer; vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EUV Rn. 44.

1573 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Rn. 89.

1574 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. 93ff.

1575 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. 95.

legungsverfahren einzudämmen. Für das amerikanische Recht erscheint dies zweifelhaft. Die bisherigen Versuche des amerikanischen Gesetzgebers, die Richterschaft zu einem aktiven „*case management*“ durch die Einführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bewegen, sind seit den 1980er Jahren fehlgeschlagen.<sup>1576</sup> Gründe hierfür werden in der hohen Arbeitsbelastung, der fehlenden Ausbildung, der mangelnden Erfahrung und in einem anderen Selbstverständnis der Richterschaft gesehen.<sup>1577</sup> Wie schon die Entwicklung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen im amerikanischen Recht gezeigt hat, reicht die Einführung rechtlicher Regelungen allein nicht aus, um einen Umschwung eines tradierten Rechtsverständnisses und im richterlichen Verhalten zu bewirken.<sup>1578</sup>

Eine ähnliche Entwicklung wie im amerikanischen Recht ist dagegen aus verschiedenen Gründen für das deutsche Recht nicht zu erwarten. Auch wenn zurzeit keine abschließende Beurteilung der im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingeführten Normen und ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung möglich ist, kam Richtern im deutschen Recht auch schon vor der 9. GWB-Novelle eine aktivere Rolle zu als im amerikanischen Recht. Zudem nahm die deutsche Rechtsprechung vor der 9. GWB-Novelle eine restriktive Haltung gegenüber freiwillig übermittelten Kronzeugendokumenten ein, so dass vor diesem Hintergrund anzunehmen ist, dass auch nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle die Verhältnismäßigkeitsprüfung im deutschen Recht strenger gehandhabt wird als im amerikanischen Recht.

#### D. Förderung der freiwilligen Informationsübermittlung durch Haftungsprivilegien für Kronzeugen

Das amerikanische Recht hat durch den ACPERA einen Anreiz für beklagte Kronzeugen geschaffen, Informationen an Schadensersatzkläger zu übermitteln.<sup>1579</sup> Ähnliche Regelungen, welche Haftungserleichterungen an Leistungen des Kronzeugen knüpfen, bestehen im europäischen und im deutschen Recht nicht. Die Haftung der beklagten Kartellmitglieder

---

1576 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III. E; *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 119.

1577 *Grimm*, 36 Rev. Litig. (2017), 117, 189 ff.

1578 Vgl. § 6 A. II; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence and Leniency Materials (2016), III. E.

1579 Vgl. § 6 C. III.

wird im deutschen und im europäischen Recht unabhängig von einer Übermittlung möglicher Beweismittel geregelt. Nach Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU und § 33e GWB haftet der erste Kronzeuge grundsätzlich nur gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten. Gegenüber den übrigen Geschädigten haftet er im Außenverhältnis nur dann, wenn von den anderen Kartellunternehmen kein vollständiger Schadensersatz verlangt werden kann. Nachfolgend soll daher untersucht werden, inwieweit eine „leistungsbezogene“ Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht eingeführt werden kann und ob es sich dafür anbietet, sich am amerikanischen Recht zu orientieren und das Kronzeugenprogramm um ein weiteres verhaltenssteuerndes Element zu erweitern. Dazu wird zunächst der Zweck der Haftungsprivilegierung (I.) im amerikanischen Recht einerseits und im europäischen und im deutschen Recht andererseits betrachtet. Anschließend werden verschiedene Möglichkeiten für eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung (II.) dargestellt.

### I. Zweck der Haftungsprivilegierung

Der ACPERA im amerikanischen Recht dient zwei wesentlichen Zwecken. Primär soll die Haftungsprivilegierung die Attraktivität des amerikanischen Kronzeugenprogramms sichern.<sup>1580</sup> Darüber hinaus sollen die Regelungen Kronzeugen einen Anreiz bieten, mit kartellrechtlichen Schadensersatzklägern zu kooperieren.<sup>1581</sup> Die Haftungsprivilegierung im deutschen und im europäischen Recht dient dagegen nicht der Förderung von Schadensersatzklagen. Schon im Arbeitspapier zum Grünbuch führte die Europäische Kommission dazu aus, dass ein wesentlicher Unterschied zum amerikanischen Recht darin zu sehen sei, dass weder die europäische Kronzeugenmitteilung noch die mitgliedstaatlichen Kronzeugenprogramme den Ersatz des entstandenen Schadens oder die Bedingungen von Schadensersatzklagen fordern.<sup>1582</sup> Dies zeigt, dass die Europäischen Kommission bei der Einführung der Haftungsprivilegien ausschließlich die Aufrechterhaltung der Effektivität der bestehenden Kronzeugenprogramme anstrebte, und nicht die Einführung eines verhaltenssteuernden Elements zur Förderung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen. Diese These

---

1580 GAO, Criminal Cartel Enforcement (2011), GAO-11-619, S. 2.

1581 Sen. Hatch zitiert nach *Oracle Am., Inc., v. Micron Technology*, 817 F. Supp. 2d 1128, 1135 (2011); *Mahr/Licht*, 29 Antitrust (2015), 31-16.

1582 Komm., Staff Working Paper, Green Paper, Tz. 226.

wird dadurch bekräftigt, dass Regelungsvorschläge zur Haftungsprivilegierung sowohl im Grünbuch<sup>1583</sup> als auch im Weißbuch<sup>1584</sup> unter dem Oberpunkt der Vereinbarkeit der privaten und der behördlichen Wettbewerbsrechtsdurchsetzung diskutiert wurden, bei dem die Europäische Kommission auf die Wahrung der Attraktivität der Kronzeugenprogramme abstellt. Zudem weist Erwägungsgrund Nr. 38 der Richtlinie 2014/104/EU darauf hin, dass die Haftungsprivilegierung dazu dient, Nachteile des Kronzeugen im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung auszugleichen.<sup>1585</sup> Im deutschen Recht bezweckt § 33e GWB ebenso wenig die Förderung von Schadensersatzklagen wie die Richtlinie 2014/104/EU, da die Vorschrift der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dient.

Die Haftungsprivilegien des ACPERA, der Richtlinie 2014/104/ und des § 33g GWB verfolgen somit nur zum Teil ähnliche Ziele. Dadurch, dass der europäische Gesetzgeber seine Erwägungen von Anfang an auf die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme konzentriert hat, besteht im deutschen Recht zudem grundsätzlich noch Raum für die Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung. Berücksichtigt man jedoch, dass es sich bei Kronzeugen trotz ihrer Kooperation um Delinquenten handelt,<sup>1586</sup> sollte eine weitere Privilegierung von Kronzeugen nur dann eingeführt werden, wenn die 9. GWB-Novelle nicht zu einer Belebung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung führt.

## II. Einführung einer Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht

Im Folgenden werden einige Möglichkeiten einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung kursorisch betrachtet. Um sicherzustellen, dass die automatische Privilegierung des ersten Kronzeugen nicht unterlaufen wird, beschränkt sich der nachfolgende Abschnitt auf die Einführung einer Haftungsprivilegierung für Kronzeugen, deren Bußgeld reduziert wurde (im Folgenden: nachrangige Kronzeugen).

---

1583 Komm., Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig, Option 28-30.

1584 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig, S. 12.

1585 *Mackenrodt*, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 173, 181.

1586 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 33 Rn. 33.

## 1. Rezeption des amerikanischen Rechts

Eher zweifelhaft erscheint eine Rezeption des amerikanischen Rechts als Modell für eine leistungsbezogene Haftung nachrangiger Kronzeugen. Wesentliche Merkmale der amerikanischen Haftungsprivilegierung sind nur schwer in das deutsche Recht zu übertragen. Dies gilt sowohl für das sog. *de-trebling* als auch den Erlass der Gesamtschuld. Die Regelungen zum Schadensersatz im amerikanischen Recht sind maßgeblich dadurch geprägt, dass die Kartellanten gem. sec. 4a Clayton Act in dreifacher Höhe für den entstandenen Schaden haften. In Anlehnung an das amerikanische Recht wurde zwar auch für das europäische und das deutsche Recht die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes in Kombination mit einer anschließenden Privilegierung des Kronzeugen im Vorfeld der Richtlinie 2014/104/EU gefordert.<sup>1587</sup> Dieser Vorschlag konnte sich aber weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene durchsetzen. Insbesondere im deutschen Recht wurde die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes vielfach als fremd<sup>1588</sup> empfunden und mit verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>1589</sup> konfrontiert.

Auch ein Erlass der Gesamtschuld für nachrangige Kronzeugen im Außenverhältnis erscheint schwierig. Ähnliche Privilegien wurden auf europäischer Ebene im Grünbuch durch eine leistungsbezogene Haftungsreduktion für den ersten Kronzeugen (Option 29) oder eine Entbindung des Kronzeugen aus der Gesamtschuld (Option 30) vorgeschlagen. Diese Vor-

---

1587 Für die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes und die Einführung einer einfachen Schadensersatzpflicht durch Kronzeugen: *Zagrosek*, Kronzeugenregelung im U.S.-amerikanischen, europäischen und im deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (2006), S. 299; *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel (2011), S. 597, 632 ff.; *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 716; gegen die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 319 ff.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen (2013), S. 256; *Wagner-von Papp*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 267, 270 f.; *Böge/Ost*, ECLR 2006, 197, 201 f.

1588 Die Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes als überkompensatorischer Schadensersatz sei nicht mit der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts vereinbar, vgl. *BKartA*, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28.

1589 *BKartA*, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 28; *Hölzel*, Kronzeugenregelungen im Europäischen Wettbewerbsrecht (2011), S. 321; *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 24; *Böge*, in: Basedow (2007), S. 217, 220; *Böge/Ost*, ECLR 2006, 197, 201.

schläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Sie wurden als Privilegierung auf Kosten des Geschädigten sowie als Widerspruch zum Grundsatz des vollständigen Schadensersatzes und zu allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen wahrgenommen.<sup>1590</sup> Die Europäische Kommission ließ daher die Vorschläge fallen und verfolgte seit dem Weißbuch eine Haftungsbegrenzung des ersten Kronzeugen auf seine indirekten und direkten Abnehmer.<sup>1591</sup> Um einen vollständigen Ersatz des entstandenen Schadens sicherzustellen, wurde dieser Vorschlag im Rahmen der RL 2014/104/EU durch die Anordnung einer nachrangigen Haftung modifiziert.<sup>1592</sup> Kartellanten haften daher auch nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht gem. § 33d Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. §§ 830, 840, 421 ff. BGB als Gesamtschuldner für den Kartellverstoß. Eine Haftungsprivilegierung besteht gem. § 33e Abs. 1 GWB nur für denjenigen Kronzeugen, dem das Bußgeld erlassen wurde.<sup>1593</sup>

Auch wenn die Regelungen des § 33e Abs. 1 GWB weniger einschneidend sind als eine vollständige Haftungsfreistellung im Außenverhältnis, stellen sie dennoch eine Privilegierung auf Kosten der Geschädigten dar.<sup>1594</sup> Im Vergleich zur Gesamtschuld nach § 421 BGB wird das Auswahlrecht des Geschädigten durch § 33e GWB eingeschränkt; dies führt zu

---

1590 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, S. 275 ff.; vgl. auch *Dreher*, in: FS Möschel (2011), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, S. 149, 162 ff.; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11; *Dworschak/ Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Kersting*, WuW 2014, 564, 568 f.

1591 Komm., Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, v. 2.4.2008, KOM (2008) 165 endg., S. 12; Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 303ff. Einen entsprechenden Vorschlag hatte das Bundeskartellamt schon im Jahr 2005 für das deutsche Recht vorgeschlagen, vgl. BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung (2005), S. 31.

1592 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. 19 f.

1593 Danach haftet dieser Kronzeuge im Außenverhältnis grundsätzlich nur gegenüber seinen Abnehmern und Lieferanten und anderen Geschädigten nur für den Fall, dass diese von den übrigen Kartellbeteiligten keinen Schadensersatz erlangen können.

1594 Vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen (2015), S. 416; *Rust*, NZKart 2015, 502, 509; *Dose*, VuR 2017, 297, 301.

einem höheren Kostenrisiko für den Geschädigten.<sup>1595</sup> Diese negativen Effekte könnten weiter verstärkt werden, wenn die Haftungsprivilegien auf sämtliche kooperierende Kronzeugen erstreckt werden. Eine potentielle Privilegierung sämtlicher Kronzeugen könnte im Extremfall sogar dazu führen, dass nur Abnehmer und Lieferanten Schadensersatz verlangen können, andere Geschädigte dagegen vom Recht auf Schadensersatz ausgeschlossen sind. Zudem könnten sich Fragen der Kostentragung stellen, wenn die Kooperation im anhängigen Schadensersatzprozess erfolgt und die Klage gegen den kooperierenden Kronzeugen aufgrund der Haftungsbeschränkung unbegründet wird. In diesem Fall könnte der Vorteil der konkreteren Schadensschätzung durch eine drohende Kostentragung gem. § 91 ZPO „aufgefressen“ werden. Eine Privilegierung des nachrangigen Kronzeugen im Außenverhältnis ist angesichts dieser Gesichtspunkte nur schwer umsetzbar.

## 2. Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis

Während eine Privilegierung im Außenverhältnis aus den oben genannten Gründen abzulehnen ist, könnte aber die Privilegierung nachrangiger Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich eine Möglichkeit darstellen, eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht einzuführen. Im Folgenden werden daher zunächst die geltenden Vorschriften zum Innenregress von Kartellanten betrachtet. Anschließend soll versucht werden, einen Vorschlag für eine Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen zu entwickeln.

### a) Gesamtschuldnerausgleich im Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle

Die Haftung der Gesamtschuldner untereinander bestimmt sich grundsätzlich nach ihrem Haftungsanteil. Im allgemeinen Zivilrecht ist gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB die Haftung zu gleichen Teilen vorgesehen. Für kar-

---

1595 Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) (2015), S. 82; Mackenrodt, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 197; Krüger, NZKart 2013, 483, 486; Krüger, WuW 2017, 229, 231; Kersting, WuW 2014, 564, 568; Dose, VuR 2017, 297, 301; a.A. Vollrath, NZKart 2013, 434, 443; Schweitzer, NZKart 2014, 335, 344; Schaper/Stauber, NZKart 2017, 279, 284.



tellrechtliche Schadensersatzansprüche sehen § 33d GWB und § 33e GWB seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle für den Innenregress Sondervorschriften vor. Nach § 33d Abs. 2 GWB richtet sich der Haftungsanteil der Gesamtschuldner nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Maß der Schadensverursachung. Dieser Haftungsanteil wächst entsprechend der Haftungsquote anteilig um die Privilegierung des ersten Kronzeugen an.<sup>1596</sup> Dieser wird nach § 33e Abs. 3 S. 1 GWB privilegiert, indem er gegenüber den übrigen Rechtsverletzern nur bis zur Höhe des Schadens haftet, den er seinen Abnehmern und Lieferanten verursacht hat. Dies gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen (vgl. § 33e Abs. 3 S. 2 GWB).<sup>1597</sup> Eine Privilegierung nachrangiger Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich regelt das geltende Recht dagegen bisher nicht.

#### b) Privilegierung nachrangiger Kronzeugen

Schon im Vorfeld der 9. GWB-Novelle ist eine Privilegierung von Kronzeugen im Innenverhältnis diskutiert worden.<sup>1598</sup> Während einige die Privilegierung im Innenverhältnis parallel zu den Bußgeldreduktionen gestalten wollten,<sup>1599</sup> befürworteten andere, die Haftungsprivilegierung in das richterliche Ermessen zu stellen und im Rahmen einer Verschuldensabwägung gem. § 254 BGB analog als „verschuldensminderndes Nachtatverhalten“<sup>1600</sup> zu berücksichtigen.<sup>1601</sup> In eine ähnliche Richtung weist ist auch der Vorschlag, dem Kronzeuge einen auf das festgesetzte Bußgeld gedeckelten Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse zu gewähren, da der Kronzeuge

---

1596 Mackenrodt, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017), S. 173, 193.

1597 Krüger, WuW 2017, 229, 231.

1598 Vgl. zur Privilegierung im Gesamtschuldnerausgleich auch § 4 B. II. 2. b) bb) (3).

1599 Kersting, ZWeR 2008, 252, 266 f.; ders., JZ 2013, 737, 739; Koch, JZ 2013, 390, 393.

1600 Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 560.

1601 Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht (2011), S. 558 ff.; Hösch, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern (2015), S. 416 f.; für flexiblere Einzelfalllösungen auch Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht (2010), S. 423.

nach diesem Vorschlag gegenüber den Geschädigten im Außenverhältnis voll haftet und erst auf sekundärer Ebene privilegiert wird.<sup>1602</sup>

Den genannten Vorschlägen ist grundsätzlich gemeinsam, dass sie für die anteilige Haftungsreduktion bzw. die Schadloshaltung an das behördliche Verfahren anknüpfen und nicht an einen Beitrag des Kronzeugen im Schadensersatzprozess. Eine derartige Haftungsprivilegierung wäre dadurch letztlich von dem behördlichen Ermessen der Kartellbehörde abhängig.<sup>1603</sup> Dies könnte dazu führen, dass der Anreiz für nachrangige Kronzeugen, Informationen an Geschädigte zu übermitteln, nur gering ist, da die Höhe der Haftungsreduktion unabhängig von der Leistung des Kronzeugen feststeht. Um eine Förderung der Schadensersatzklagen durch eine freiwillige Informationsübermittlung zu bewirken, sollte aber vorzugsweise an die Zusammenarbeit des Kronzeugen mit dem Geschädigten im Zivilprozess angeknüpft werden. Bei der Ausgestaltung einer derartigen Haftungsprivilegierung ist zu berücksichtigen, dass als allgemeine Kriterien für ein erfolgreiches Kronzeugenprogramm u.a. Verfahrenstransparenz, Rechtssicherheit und Vertraulichkeit anerkannt sind.<sup>1604</sup> Vor diesem Hintergrund ist es maßgeblich, dass die Voraussetzungen und die Rechtsfolge, insbesondere die Höhe der Haftungsprivilegierung, feststehen. Für eine leistungsbezogene Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen genügt es daher nicht, dass ihre Kooperationsbeiträge bei der Bestimmung der Haftungsanteile gem. § 33d Abs. 2 GWB als Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden können. Vielmehr bedarf es einer gesonderten gesetzlichen Regelung.

Die Einführung einer derartigen Vorschrift ist grundsätzlich mit der Richtlinie 2014/104/EU vereinbar, da Art. 5 Abs. 8 GWB Regelungen gestattet, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen, und Art. 6 RL 2014/104/EU nur die gerichtlich angeordnete Offenlegung von Kronzeugenerklärungen untersagt, nicht aber die freiwillige Übermittlung von Informationen durch den Kronzeugen. Eine Haftungsprivilegie-

---

1602 *Bien*, EuZW 2011, 889, 890; vgl. *Koch*, JZ 2013, 390, 394, der darüber hinaus auch die sekundäre Haftung des Kronzeugen befürwortet; *Glöckner*, WRP 2015, 410, 421, der vertragliche Vereinbarungen zwischen den Kronzeugen und der Kartellbehörde vorschlägt, wonach die Kronzeugen bis zu einem gewissen Betrag freigestellt werden sollen; vgl. auch *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes (2018), S. 116.

1603 Vgl. *Krüger*, NZKart 2013, 483, 486.

1604 *Hammond*, Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program (2000), S. 1; *Albrecht*, Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle (2008), S. 133.

rung nachrangiger Kronzeugen darf jedoch nicht die Privilegierung des ersten Kronzeugen und damit die Wertungen der Richtlinie 2014/104/EU unterlaufen. Um dies zu gewährleisten, sollte daher auf Rechtsfolgenseite die Haftungsprivilegierung ähnlich zu § 33e Abs. 3 GWB ausgestaltet werden. Zudem sollte nur ein einziger nachrangiger Kronzeuge die Möglichkeit haben, in den Genuss einer Haftungsermäßigung zu gelangen, um das Auswahlrecht des Geschädigten als Gläubiger weitestgehend zu wahren. Auf diese Weise könnte – ähnlich wie im behördlichen Verfahren – ein Wettrennen zwischen den nachrangigen Kronzeugen um die Haftungsprivilegierung forciert werden.

Bei der Ausgestaltung der Haftungsprivilegierung ist zudem auf Tatbestandsebene festzulegen, welche Art von Kooperationsbeitrag für die Haftungsprivilegierung erforderlich ist. In Anbetracht der Bindungswirkung gem. § 33b GWB und der Schadensvermutung gem. § 33a Abs. 2 S. 1 GWB stellt die Darlegung einer Schätzungsgrundlage für die Schadenshöhe auch nach der 9. GWB-Novelle eine wesentliche Schwierigkeit für Kläger dar und bietet sich daher als Anknüpfung für einen Kooperationsbeitrag an. Die Übermittlung von Informationen, welche zu einer konkreteren Schadensschätzung beitragen, erleichtert dem Geschädigten nicht nur die Darlegung der Schätzungsgrundlage, sondern kann ihm auch die gerichtliche Durchsetzung von Herausgabeansprüchen gem. § 33g GWB oder die Beantragung von Offenlegungsersuchen ersparen. Bei der Ausgestaltung darf allerdings nicht nur auf unbestimmte Rechtsbegriffe abgestellt werden, da die Erfahrungen aus dem amerikanischen Recht zeigen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe Kronzeugen verunsichern und dadurch den Kooperationsanreiz schmälern können.<sup>1605</sup> Um eine gewisse Konkretisierung zu ermöglichen, sollten zudem verschiedene Regelbeispiele eingeführt werden. In diesem Zusammenhang kann auf die Dokumente zurückgegriffen werden, welche die Europäische Kommission in dem Arbeitspapier zum Weißbuch als nützliche Informationen zur Schadensschätzung angab.<sup>1606</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es möglich, einen weiteren Absatz in § 33e GWB einzufügen, der z.B. lauten könnte:

„Die übrigen Rechtsverletzer können von einem an einem Kartell beteiligten Unternehmen oder einer an dem Kartell beteiligten natürlichen Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms die Geldbuße

---

1605 Vgl. § 6 B. III. 2.

1606 Komm., Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Tz. 89; vgl. auch oben § 2 B.

ermäßigt wurde, Ausgleichung nach § 33d Absatz 2 nur bis zur Höhe des Schadens verlangen, den dieser seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat, wenn es oder sie den Kläger als erster bei einer Klage gem. § 33a hinreichend unterstützt hat. Eine Unterstützung im Sinne des Satzes 1 liegt vor, wenn Beweismittel oder Informationen an den Kläger einer Klage gem. § 33a übermittelt wurden, welche die Schätzung des entstandenen Schadens erleichtern. Dies ist insbesondere der Fall, wenn folgende Dokumente übermittelt wurden:

- a) Notizen über abgestimmte Preiserhöhungen oder Einflussnahmen auf den Wettbewerb,
- b) interne Dokumente der Kartellmitglieder zur Bewertung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse,
- c) Informationen über wirtschaftliche Tätigkeiten der Kartellmitglieder auf dem betroffenen Markt,
- d) Informationen über genaue Informationen über die Verletzungshandlung,
- e) Informationen über die Verursachungsbeiträge.

Die Beschränkung nach Satz 1 gilt nicht für die Ausgleichung von Schäden, die anderen als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen aus dem Verstoß entstehen.“

### c) Fazit

Die Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung ins deutsche Recht ist möglich. Mit der Einführung einer derartigen Privilegierung sollte aber umsichtig umgegangen werden, da es sich bei nachrangigen Kronzeugen letztlich um Delinquenten handelt und das Rangverhältnis zwischen dem ersten und nachrangigen Kronzeugen nicht unterlaufen werden darf. Von einem Regelungsbedürfnis für eine Haftungerleichterung ist daher nur auszugehen, wenn die 9. GWB-Novelle die Informationsasymmetrie zwischen Geschädigten und Kartellanten nicht auflöst. Für diesen Fall steht mit der Einführung einer leistungsbezogenen Haftungsprivilegierung ein Mittel zur Verfügung, das Geschädigten helfen kann, auf Informationen zur Substantiierung ihrer Schadensersatzklagen zuzugreifen.

E. Fazit: Wachsende Konvergenz des amerikanischen, des europäischen und des deutschen Rechts

Überschaut man den vorstehenden Rechtsvergleich, ist eine Konvergenz zwischen dem deutschen, dem europäischen und dem amerikanischen Recht festzustellen:

Auf dem Feld des außerprozessualen Informationszugriffs schließen sowohl das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht den Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden unabhängig von einer Schadensersatzklage (grundsätzlich) aus. Im deutschen, im europäischen und im amerikanischen Recht genießt somit die Effektivität des behördlichen Verfahrens im vorprozessualen Stadium Vorrang vor dem Kompensationsinteresse des Einzelnen.

Auch im Bereich des innerprozessualen Informationszugriffs haben sich das deutsche und das amerikanische Recht seit der Richtlinie 2014/104/EU und der 9. GWB-Novelle angenähert. Aufgrund der Richtlinie 2014/104/EU im europäischen Recht und der 9. GWB-Novelle im deutschen Recht kommt ein Zugriff auf Kronzeugeninformationen bei Kartellbehörden – wie im amerikanischen Recht – grundsätzlich nur nach Rechtshängigkeit einer Klage in Betracht. Ähnlich wie im amerikanischen Recht ist der Informationszugriff nicht auf bestimmte Beweismittel begrenzt, sondern durch einen weiten Anwendungsbereich geprägt. Auch die Bestimmtheitsanforderungen wurden im deutschen Recht durch die Richtlinie 2014/104/EU gelockert und haben dadurch zu einer Annäherung an das amerikanische *discovery*-Verfahren geführt. Wie die vorstehenden Erwägungen gezeigt haben, beruhen diese Übereinstimmungen auf einer Einflussnahme des amerikanischen Rechts auf die Richtlinie 2014/104/EU, die sich durch die Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht auch im deutschen Recht niedergeschlagen hat.

Ein Unterschied zwischen dem amerikanischen, dem europäischen und dem deutschen Recht besteht trotz der Annäherung weiterhin beim Schutz von Kronzeugeninformationen. Während das deutsche Recht und die Richtlinie 2014/104/EU einen partiellen Offenlegungsschutz für Kronzeugenerklärungen vorsehen, gilt im amerikanischen Recht ein grundsätzliches Offenlegungsverbot mit Ausnahmeverbehalt, wenn die Offenlegung von einer Kartellbehörde begehrt wird. Dieser Unterschied relativiert sich jedoch zumindest für das deutsche und das amerikanische Recht, wenn die geltende Darlegungs- und Beweislast im amerikanischen Recht und die traditionell restriktiven Tendenzen der deutschen Rechtsprechung berücksichtigt werden. Es ist daher auch nach der 9. GWB-Novelle davon auszu-

gehen, dass eine Offenlegung von Kronzeugeninformationen durch Kartellbehörden in der Regel weder im amerikanischen noch im deutschen Recht stattfindet. Im Ergebnis ist somit auch auf dem Feld des innerprozessualen Informationszugriffs eine Harmonisierung zu beobachten.

Auf dem Gebiet der freiwilligen Informationsübermittlung unterscheiden sich das amerikanische, das europäische und das deutsche Recht ebenfalls. Im Gegensatz zum amerikanischen sieht das deutsche Recht (und die Richtlinie 2014/104/EU) keine Anreize für eine derartige Informationsübermittlung in Schadensersatzprozessen durch Kronzeugen vor. Um eine entsprechende Kooperation im deutschen Recht zu fördern, sollten jedoch nicht die Vorschriften des amerikanischen Rechts rezipiert werden, da zu große Unterschiede zwischen dem deutschen und dem amerikanischen Kartelldeliktsrecht bestehen. Um eine ähnliche Anreizwirkung wie im amerikanischen Recht zu erzielen, ist es vorzugswürdig, eine Haftungsprivilegierung nachrangiger Kronzeugen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs einzuführen und unter die Voraussetzung der Kooperation mit dem Schadensersatzkläger zu stellen. Angesichts dessen, dass es sich bei den Kronzeugen immer noch um Delinquenten handelt, sollte aber eine derartige Regelung im deutschen Recht erst aufgenommen werden, wenn die 9. GWB-Novelle nicht zu einer Überwindung der kartellrechtlichen Informationsasymmetrie führt.