

„Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen

Florian von Schreitter und Giulia Matt, Düsseldorf*

Seit langer Zeit stellen Kronzeugenanträge ein wesentliches Werkzeug zur Kartellaufdeckung dar. Trotz eines jüngsten Anstiegs der Zahl solcher Anträge bei der Europäischen Kommission war ihr Trend in vielen Jurisdiktionen seit vielen Jahren rückläufig und ist das Niveau insgesamt niedrig; dies deutet auf Reformbedarf hin. Der Beitrag beleuchtet mögliche Gründe für den Antragsrückgang und diskutiert Reformansätze zur Verbesserung des Schutzes von Kronzeugen, einschließlich ihrer weiteren Privilegierung gegenüber Kartellschadensersatzklagen und möglicher Reformen zur Reduzierung von Aufwand und Rechtsunsicherheit. Es wird argumentiert, dass trotz der Verfügbarkeit anderer Aufdeckungsmethoden wie Whistleblowing die besondere Perspektive von Kronzeugen unersetzlich bleibt. Die Diskussion über die verschiedenen Reformansätze – und ihre mögliche Kombination – sollte daher vertieft werden, um die Aufdeckung und Bekämpfung von Kartellabsprachen zu stärken.

I. Einleitung: Rennen ohne Teilnehmer

*"In many jurisdictions, leniency remains the key (and sometimes only) tool to detect cartels. [...] However, the decline in leniency applications is prevalent around the world [...]."*¹

Zwei Sätze, ein Problem: Weltweit ist die Zahl der Kronzeugenanträge seit einigen Jahren rückläufig. Damit schwindet der behördliche Zugriff auf das – zumindest bislang – wesentliche Instrument für die Kartellaufdeckung. Wenn zuletzt teilweise von einem „Leniency Comeback“ bei der Europäischen Kommission („Kommission“) die Rede ist,² so ist dies für sich genommen zwar richtig: Die Zahl der Kronzeugenanträge befindet sich, jedenfalls in Brüssel, wieder im Anstieg. Daraus aber bereits eine nachhaltige Trendwende abzuleiten, erscheint verfrüht. Denn ein Blick auf die absoluten Zahlen zeigt, dass das Niveau nach wie vor niedrig ist.³ Gleiches gilt für die Gesamtzahl aller Anträge in Europa – hier bewegen sich die Anträge noch nicht einmal auf dem Niveau von 2019, geschweige denn auf dem der Vorjahre.⁴ Beim Bundeskartellamt („BKartA“) zeigt sich ein ähnliches Bild.⁵ Es verwundert daher nicht, dass „eine Initiative zum besseren Schutz von Kronzeugen“ es auch in ein prominentes Positionspapier des BMWK⁶ geschafft hat. Wenn aber die Teilnehmer am vielbeschworenen Windhundrennen ausbleiben, fragt man sich nicht nur – frei nach Lorient – „Wo laufen sie denn?“, sondern vor allem „Wie kriegen wir sie wieder auf die Bahn?“. In diesem Beitrag soll daher nicht nur untersucht werden, welche Ursachen dem Befund rückläufiger Kronzeugenanträge zugrunde liegen könnten (II.), sondern vor allem auch, welchen Inhalt die vom BMWK angesprochene „Initiative“ haben könnte (III.). Neben dem vor allem in Deutschland immer wieder diskutierten Gedanken einer (weiteren) Privilegierung von Kronzeugen gegenüber Kartellschadensersatzklagen (III.1.) sind auch andere Hebel in Betracht zu ziehen, mit denen die Attraktivität von Kronzeugenanträgen gesteigert werden könnte. Dazu gehören neben Reformen der §§ 34 (III.2.) und 124 GWB(III.3.) auch Vorstöße zur Verringerung von Aufwand und Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Antragstellung (III.4.) sowie weitere Möglichkeiten, mit denen die (negativen) Anreize für Kronzeugen erhöht werden können (III.5.). Wenngleich im hier gegebenen Rahmen weder eine abschließende Ursachenforschung betrieben noch auf alle Feinheiten der Lösungsansätze eingegangen werden kann, zeigt sich im Ergebnis, dass trotz der derzeit wieder stärker in den Vordergrund gerückten Möglichkeiten der Amtsermittlung und der Einleitung sog. *ex-officio*-Verfahren gleichwohl gute

Gründe dafür sprechen, den hier skizzierten Lösungsansätzen (auch kumulativ) nähere Aufmerksamkeit zu schenken. Die weiteren Ausführungen verstehen sich insoweit als Beitrag zu einer vertieften rechtspolitischen Diskussion, die es zu intensivieren gilt. Der Fokus liegt dabei – pars pro toto – auf dem deutschen und europäischen Kartellrecht.

II. Ausgangsüberlegungen: Woran liegt es?

1. Mögliche Gründe für den Rückgang der Kronzeugenanträge

Geht man davon aus, dass der Rückgang der Kronzeugenanträge ein Problem darstellt,⁷ hängt die Frage nach Lösungen hierfür unmittelbar mit den Ursachen zusammen. Diese aber sind durchaus vielfältig.

(1) Bessere Compliance und härtere Kartellverfolgung könnten insgesamt zu einem Rückgang der Kartellaktivitäten geführt haben;⁸ so scheinen zumindest Hardcore-Kartellabsprachen tendenziell rückläufig zu sein.⁹

(2) Umgekehrt könnte es sein, dass Unternehmen – unabhängig von der Zahl an Kartellen – das Risiko einer Aufdeckung schlicht generell geringer einschätzen als früher.

(3) Zentrale natürliche Personen, deren Wissen für die interne Aufklärung und die Vorbereitung von Kronzeugenanträgen notwendig wäre, könnten statt solcher Anträge das individuelle Whistleblowing über anonyme Hinweisgebersysteme bevorzugen.

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

145

(4) Unternehmen könnten über die materielle kartellrechtliche Einordnung ihres Verhaltens im Unklaren sein und daher nicht wissen, ob ein konkreter Vorfall „kronzeugentauglich“ ist.

(5) In Fällen mit internationalem Bezug könnten Unternehmen durch das Nebeneinander verschiedener Kronzeugenregelungen abgeschreckt werden. Ein umfassender Kronzeugenschutz erfordert hier einen erheblichen administrativen und finanziellen Mehraufwand, ohne dass ein einheitliches Schutzniveau in allen Rechtsordnungen gewährleistet wäre.

(6) Ebenso könnten Kronzeugenanträge dadurch gehemmt werden, dass Unternehmen negative Rechtsfolgen oder Eingriffe der Kartellbehörden befürchten, vor denen sie auch durch *erfolgreiche* Kronzeugenanträge *nicht* geschützt sind.

(7) Schließlich könnte in diesem Zusammenhang auch die vor allem seit der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie¹⁰ („Richtlinie“) rasant gestiegene Zahl von Kartellschadensersatzklagen und die Höhe der entsprechenden Klagesummen dazu geführt haben, dass Unternehmen die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen neu (und schlechter) bewerten.

2. Plausibilitätskontrolle und Arbeitshypothese

Eine genaue Untersuchung dieser möglichen Gründe und ihrer Auswirkungen auf die Kronzeugenprogramme kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden – zumal die Beratungspraxis zeigt, dass hier durchaus Interdependenzen bestehen und die Entscheidung für oder gegen einen Kronzeugenantrag nicht monokausal ist. Festgehalten werden kann jedoch: Nicht alle der genannten Gründe erscheinen gleichermaßen plausibel.

So ist es kaum vorstellbar, dass die kartellrechtlich kritischen Marktaktivitäten in gleichem Maße zurückgegangen sind wie die Kronzeugenanträge. Nicht zuletzt angesichts der Digitalisierung gibt es mehr und diskretere Möglichkeiten als je zuvor, kollusives Verhalten abzustimmen (kein Vertriebsleiter muss mehr den berühmten „smoke-filled room“ betreten), und auch die Anreize für ein solches Verhalten dürften unverändert geblieben oder in jüngster Zeit sogar gestiegen sein: In

Krisenzeiten steht man ungern allein, und es ist kein Geheimnis, dass Kartelle häufig als „Notwehr“ gegen wirtschaftliche Härten gebildet werden.¹¹ Es erscheint auch wenig plausibel, dass Unternehmen schlicht nicht mehr fürchten, „erwischt“ zu werden. Es ist zwar richtig, dass während der Corona-Pandemie ein wichtiges behördliches „Wachsamkeitssignal“ zeitweilig ausfiel, da weltweit aus Infektionsschutzgründen auf Hausdurchsuchungen (*Dawn Raids*) verzichtet wurde. Der Rückgang der Anträge setzte jedoch schon lange vor der Pandemie ein.¹² Die o.g. Gründe (1) und (2) dürften daher eine allenfalls untergeordnete Rolle für den Rückgang der Kronzeugenanträge spielen.

Ähnliches gilt für die Gründe (3) und (4). Natürliche Personen sind bei der Stellung von Kronzeugenanträgen weitgehend geschützt. Zwar besteht nicht zwingend auch ein (lückenloser) Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung.¹³ Eine solche Strafbarkeit ist jedoch keineswegs überall gegeben und kommt z.B. in Deutschland praktisch nur im Rahmen des Submissionsbetrugs (§ 298 StGB) in Betracht. Zudem sind dem Einzelnen die rechtlichen Rahmenbedingungen und die behördlichen Aufdeckungsinstrumente oft nicht bekannt, sodass eine bewusste Abwägung zwischen anonymem Whistleblowing und interner Mitwirkung an Kronzeugenanträgen häufig unterbleibt. Und wo der Unterschied bekannt ist, dürften die besseren Gründe auch für Einzelpersonen weiterhin für die Nutzung des Kronzeugenprogramms sprechen.¹⁴

Was schließlich die Frage betrifft, ob es sich bei einem bestimmten wirtschaftlichen Vorgang tatsächlich um einen geeigneten „Kandidatenfall“ für den Kronzeugenschutz handelt, so ist zwar nicht auszuschließen, dass es hier im Einzelfall zu Unklarheiten kommen kann. Und es liegt auf der Hand, dass ein weiter gefasster Anwendungsbereich der Kronzeugenprogramme – insbesondere durch ihre Ausdehnung auch auf vertikale Kartellverstöße – jedenfalls die Zahl der potenziellen Anträge erhöhen würde.¹⁵ Gleichzeitig zeigt dieses Beispiel, dass die Voraussetzungen für den Kronzeugenstatus im Wesentlichen klar sind: Es geht eben nur um horizontale Verstöße. Etwaige Unklarheiten können, ggf. über Rechtsanwälte und auf anonymer Basis, direkt mit den Behörden geklärt werden,¹⁶ bevor ein Antrag gestellt wird. Auch die „materielle Unsicherheit“ dürfte daher tendenziell eine geringe Rolle spielen.

Die Arbeitshypothese dieses Beitrags lautet daher, dass als mögliche Gründe für den Rückgang der Kronzeugenanträge im Wesentlichen die oben genannten Aspekte (5) bis (7) verbleiben. Im Folgenden werden einige mögliche Lösungsansätze zur Beseitigung der vermuteten Antragshindernisse diskutiert.

III. Lösungsansätze: Was ist zu tun?

1. Reform des Kartellschadensersatzrechts

Nicht nur von Kartellgeldbußen, sondern auch vom Kartellschadensersatz geht ein Anreiz dazu aus, Kartellverstöße zu unterlassen.¹⁷ Aus Sicht des Kartellanten ist Schadensersatz eine weitere Sanktion, die die Kartellbildung weniger attraktiv macht.¹⁸ Sowohl Geldbußen als auch Schadensersatzzahlungen setzen voraus, dass das betreffende Kartell aufgedeckt wird. Und dafür spielen Kronzeugenanträge seit vielen Jahren eine zentrale Rolle. So betont das BKartA, dass Kartelle „typischerweise nur von innen heraus auf-

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

146

gedeckt werden“.¹⁹ Gehen also die Kronzeugenanträge zurück, sinkt auch die Aufdeckungswahrscheinlichkeit. Und Kronzeugenanträge wiederum, so die Überlegung, gehen dann zurück, wenn der dadurch erzielbare Vorteil – der Wegfall der Sanktion „Geldbuße“ – durch zwangsläufig eintretende Nachteile – z.B. die Sanktion „Schadensersatz“ – überwogen wird. Die

als „Kartellabschreckung“ gedachte Schadensersatzpflicht kann dann de facto kartellstabilisierend wirken.²⁰

a) Das Meinungsspektrum

Die OECD widmet dem Zusammenhang zwischen dem Rückgang der Kronzeugenanträge und dem Aufschwung des Private Enforcement in ihrem jüngsten Bericht einen eigenen Abschnitt.²¹ Auch vor diesem Hintergrund verwundert es kaum, dass der derzeit am intensivsten diskutierte Ansatz zur Stärkung von Kronzeugenprogrammen eine zivilrechtliche Haftungsprivilegierung des Kronzeugen ist. Insbesondere BKartA-Präsident *Andreas Mundt* hat sich in den letzten Jahren immer wieder dafür ausgesprochen.²² Das Spektrum der denkbaren Lösungen ist allerdings breit. Es reicht von (1) einer vollständigen Haftungsfreistellung im Außenverhältnis über (2) eine Beschränkung der Haftung auf eine reine Ausfallhaftung im Außenverhältnis bis hin zu (3) verschiedenen Varianten einer bloßen Privilegierung des Kronzeugen im *Innenverhältnis* zu den übrigen Kartellanten.

Während der erstgenannte Ansatz, soweit ersichtlich, bislang von keinem Diskutanten öffentlich vertreten wird, hat sich insbesondere *Andreas Mundt* dafür ausgesprochen, den Kronzeugen im Innenverhältnis vollständig von einer Haftung freizustellen und daneben die bereits jetzt in § 33e GWB enthaltene Privilegierung im Außenverhältnis so auszubauen, dass der Kronzeuge auch von seinen *eigenen* Abnehmern und Lieferanten nur subsidiär in Anspruch genommen werden kann, wenn diese von den übrigen Kartellanten keinen vollständigen Ersatz erlangen können.²³ In eine ähnliche Richtung geht ein Vorschlag der Monopolkommission – mit dem Unterschied, dass diese die Haftungsbeschränkung des Kronzeugen entfallen lassen will, wenn dieser marktbeherrschend ist oder gegenüber der Behörde unwahre Angaben gemacht hat.²⁴

Weniger weitreichende Überlegungen befürworten eine Haftungsprivilegierung rein im Innenverhältnis.²⁵ Der Kronzeuge soll zwar im Außenverhältnis haftbar bleiben, gleichzeitig aber einen vollen Ausgleichsanspruch gegenüber seinen Mitkartellanten haben. Eine eingeschränkte Variante bestünde darin, einen solchen Ausgleichsanspruch nur teilweise zu gewähren.²⁶ Außerdem finden sich in diesem Teil des Meinungsspektrums auch weitergehende Ansätze, wonach die Privilegierung nicht nur dem erstrangigen Kronzeugen, sondern auch nachfolgenden Antragstellern anteilig zukommen soll.²⁷ Schließlich wird erwogen, dem Kronzeugen ein Wahlrecht zwischen der *de lege lata* in § 33e GWB vorgesehenen teilweisen Privilegierung im Außenverhältnis und einer vollständigen Privilegierung im Innenverhältnis zu gewähren.²⁸ Letzteres dürfte dem Kronzeugen in der Regel günstiger erscheinen.²⁹

Der kleinste gemeinsame Nenner der „reformwilligen“ Stimmen liegt daher in einer Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Innenverhältnis. Aus Sicht der Kartellgeschädigten wäre dies die minimalinvasive Lösung: Sie könnten weiterhin jeden Kartellanten in Anspruch nehmen. Die Privilegierung des Kronzeugen wirkt sich nur gegenüber den übrigen Kartellanten aus, deren Haftungsanteile dadurch über ihre tatsächlichen Verursachungsbeiträge hinaus erhöht werden. *Kersting* hat bereits einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag in Form einer Neufassung des Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie unterbreitet. Konkret schlägt er folgende Formulierung vor: *"As far as cartelists that have been granted immunity from fines compensate injured parties, they are not liable for contribution but can recover full contribution from other cartelists"*.³⁰ In der Tat wäre eine Anpassung des europäischen Sekundärrechts – hier wie bei allen anderen oben genannten Varianten – wohl unumgänglich.³¹ Denn alle Reformansätze würden von dem in der Richtlinie zwingend vorgesehenen Haftungsregime für Kronzeugen abweichen.

b) Abwägung der verschiedenen Lösungsansätze

Unabhängig davon stellt sich jedoch die Frage, wie die verschiedenen Lösungsansätze im Hinblick auf das Ziel der Verbesserung der Anreize zur Stellung von Kronzeugenanträgen zu bewerten sind – sowohl im Hinblick auf ihre praktische Wirksamkeit als auch im Hinblick auf mögliche rechtliche Hindernisse.

Dass eine bloße „Innen-Befreiung“ zur Zielerreichung genügt, darf bezweifelt werden. Geht man entsprechend der Arbeitshypothese davon aus, dass Kartellschadensersatzrisiken zumindest ein Grund für den Rückgang von Kronzeugenanträgen sind, erscheint bereits der geltende § 33e GWB nicht geeignet, die entsprechende Anreizdämpfung zu beseitigen. Anreizsteigernd dürfte diese Norm für den potenziellen Kronzeugen nur dann wirken, wenn er konkret für sich ein erhöhtes Risiko dafür sieht, bevorzugt auch von Geschädigten verklagt zu werden, die *nicht* seine eigenen (un-)mittelbaren Abnehmer sind.³² Grundsätzlich bleibt seine Haftung im Außenverhältnis aber bestehen. Eine (alternative) Privilegierung im Innenverhältnis dürfte demgegenüber nur dann über den geltenden § 33e GWB hinaus positive Anreize setzen, wenn ein *vollständiger* Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Kartellanten besteht und dieser nach

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

147

Einschätzung des Kronzeugen auch *werthaltig* ist. Allerdings bliebe er auch dann im Außenverhältnis dem Druck der und den Auseinandersetzungen mit (jedenfalls den eigenen) Abnehmern und Lieferanten voll ausgesetzt und wäre zudem gezwungen, die genauen Haftungsanteile im Innenverhältnis mit den übrigen Kartellanten (gerichtlich) zu klären. Ob dies für den Kronzeugen wirklich eine Verbesserung gegenüber der jetzigen Situation darstellt, erscheint fraglich.

Wie steht es dann mit einer Beschränkung der Außenhaftung des Kronzeugen? Sie bildete das Maximum an schadensersatzrechtlicher Privilegierung und damit den hypothetisch größten Anreiz zur Antragstellung. Allerdings begegnet sie in der Literatur unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken. Schon *de lege lata* bestehe ein gewisser Konflikt zwischen der partiellen Haftungsbefreiung nach § 33e GWB und der *Courage*-Entscheidung des EuGH, wonach „jedermann“ die Möglichkeit haben müsse, erfolgreich Kartellschadensersatz geltend zu machen.³³ Auch habe der EuGH in der Sache *Skanska*³⁴ klargestellt, dass alle „Unternehmen“, die den Kartellrechtsverstoß begangen haben, anspruchspflichtig sind; insoweit verbiete das Primärrecht in der Auslegung durch den EuGH Haftungsbefreiungen im Außenverhältnis.³⁵ Ähnliches folge aus der deutschen Verfassung. Schon § 33e GWB führe dazu, dass den Kartellgeschädigten mit Einräumung des Kronzeugenstatus ein bereits bestehender vollwertiger Schadensersatzanspruch gegen den Kronzeugen entzogen bzw. derart nachrangig gestellt werde, dass dies einem Entzug gleichkomme. Das stelle einen Eingriff in die Rechtsposition der Geschädigten dar.³⁶

Dem ist entgegenzuhalten, dass die *Skanska*-Rechtsprechung lediglich die grundsätzliche Frage nach der haftenden wirtschaftlichen Einheit im Rahmen einer nach geltendem (nationalen) Recht erhobenen Schadensersatzklage betraf. Entschieden wurde nur, dass juristisch selbständige, aber miteinander verbundene Gesellschaften aufgrund einer Kartellbeteiligung gleichsam als „ein Kartellant“ haften *können*. Dass sie es *müssen*, wurde nicht entschieden – weder in Bezug auf die wirtschaftliche Einheit eines einzelnen Kartellanten noch in Bezug auf alle Kartellanten.³⁷ Ebenso folgt aus der *Courage*-Rechtsprechung nur ein Anspruch *für* „jedermann“ – nicht aber *gegen* jedermann.

Selbst wenn man dies anders sähe, sprächen die unions- und verfassungsrechtlichen Argumente allenfalls gegen die Variante der *vollständigen* Haftungsfreistellung des Kronzeugen. Verbleibt dagegen eine Ausfallhaftung, so werden die Gegenargumente endgültig schwach. Denn dann haben Kartellgeschädigte nach wie vor die Möglichkeit, ihren Schaden vollständig ersetzt zu bekommen, ohne dass ihnen der Zugriff auf bestimmte Kartellanten endgültig versperrt wäre. Schon die jetzige Regelung in § 33e GWB erkennt dies an und gewichtet, trotz der zunächst gegebenen Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis, die volle Kompensation der Kartellgeschädigten letztlich höher als den Kronzeugenstatus.³⁸

Das zeigt nicht nur exemplarisch, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen von Kronzeugen und Kartellgeschädigten (bzw. Public und Private Enforcement) sehr wohl möglich ist, sondern könnte eine Stellschraube sein, die sich weiterdrehen ließe – etwa in Form der von *Andreas Mundt* bzw. der Monopolkommission ins Spiel gebrachten Vorschläge. Deren Bewertung hängt davon ab, inwieweit man den Grund für den Rückgang der Kronzeugenanträge tatsächlich im Schadensersatz vermutet. Angesichts der Fallzahlen und Klagesummen, wie sie allein für Deutschland z.B. für das Lkw-Kartell und das Zuckerkartell berichtet werden,³⁹ erscheint dieser Zusammenhang aber, wie eingangs skizziert, alles andere als fernliegend. Je stärker die Evidenz hierfür ist, desto eher sollte eine weitergehende Freistellung des Kronzeugen – auch im Außenverhältnis – erwogen werden.

Das gilt auch im Lichte der übrigen Argumente, die teilweise gegen eine haftungsrechtliche Privilegierung von Kronzeugen vorgebracht werden: die Minderung des Beweiswerts von Kronzeugenerklärungen⁴⁰ und die Gefahr einer zunehmenden Marktkonzentration.⁴¹ Zu Ersterem ist zu sagen, dass der Umstand, dass sich ein Kronzeuge ggf. erheblichen Schadensersatzrisiken aussetzt, nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte zwar *ein* Indiz für die Glaubhaftigkeit von Kronzeugenaussagen sein kann,⁴² aber keineswegs das *einzig* – zumal die Kartellbehörden die Aussagen des Kronzeugen mit eigenen Ermittlungsergebnissen, Unterlagen, Aussagen von Beteiligten und ggf. weiteren Kooperationsbeiträgen anderer Kartellanten abgleichen werden. Verbleibende Bedenken könnten durch die von der Monopolkommission vorgeschlagene Lösung, wonach unrichtige Angaben gegenüber der Behörde zum Verlust der Haftungsprivilegierung führen,⁴³ wirksam eingedämmt werden.

Und was die Marktkonzentration angeht, ist zu differenzieren. Zwar deuten Zahlen aus Kartellverfahren der Kommission darauf hin, dass es häufig die Unternehmen mit den höchsten Umsätzen auf dem betroffenen Markt sind, die den Kronzeugenstatus erlangen (dazu unten II.4.). Dies allein sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob eine zusätzliche Haftungsprivilegierung das Risiko der Marktkonzentration erhöhen würde. Hierzu müsste zunächst der Abstand zwischen dem Kronzeugen und dem (nach Umsatz) nächstgrößten Unternehmen analysiert werden. Eine erhöhte Gefahr der Marktkonzentration dürfte allenfalls in Fällen in Betracht kommen, in denen dieser Abstand besonders groß ist, wäre aber auch dann von der genauen Ausgestaltung der Haftungsprivilegierung des Kronzeugen und deren Rückwirkungen auf die Finanzkraft der übrigen Kartellanten im Markt abhängig. Selbst wenn man danach von erhöhten Konzentrationsrisiken ausginge, könnte diesen z.B. durch

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

148

die Anrechnung etwaiger Schadensersatzzahlungen auf das Bußgeld⁴⁴ begegnet werden.

2. Reform der Vorteilsabschöpfung (§ 34 GWB)

Nach langem Dasein in der Versenkung hat die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB durch die 11. GWB-Novelle neue Aufmerksamkeit erfahren.⁴⁵ Auch wenn letztlich, anders als noch im Referentenentwurf vorgesehen, das Verschuldensfordernis als Tatbestandsvoraussetzung nicht entfallen ist, wurden die Anforderungen an den Nachweis des konkret erlangten Vorteils abgesenkt. Der Gesetzgeber wollte dem BKartA die Anwendung der Vorteilsabschöpfung deutlich erleichtern – gerade weil die Regelung in der Behördenpraxis ein solches Schattendasein fristete. Unternehmen müssen sich nun darauf einstellen, dass die Abschöpfung von Geldbeträgen i.H.v. mindestens 1% der im Abschöpfungszeitraum erzielten kartellbefangenen Inlandsumsätze eine reale Gefahr darstellt.

Zwar haben sowohl BKartA-Präsident *Mundt* als auch der Gesetzgeber betont, dass § 34 GWB in der Praxis eher ein Fall für die Durchsetzung der Missbrauchsverbote der §§ 19, 20 GWB sein dürfte, nicht aber für die Anwendung des Kartellverbots – und damit für den Anwendungsbereich des Kronzeugenprogramms nach § 81h Abs. 1 GWB.⁴⁶ Rechtlich zwingend ist diese Abgrenzung allerdings nicht.⁴⁷ Auch sehen die Leitlinien zum Kronzeugenprogramm vor, dass das BKartA lediglich „in der Regel“ einen wirtschaftlichen Vorteil nicht beim Kronzeugen abschöpft.⁴⁸ Eine explizite gesetzliche Ausnahme ist für den Kronzeugen aber nicht vorgesehen. Vielmehr sehen Stimmen in der Literatur gerade ihn als passenden Adressaten für die Abschöpfung.⁴⁹

Auch hier besteht also grundsätzlich ein finanzielles Risiko, das in die Entscheidung für oder gegen einen Kronzeugenantrag einfließen könnte.⁵⁰ Eine explizite Freistellung des Kronzeugen von der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB könnte daher die Anreize zur Antragstellung erhöhen. Wie stark diese Erhöhung ausfällt, hängt freilich nicht nur von der Neigung des BKartA ab, § 34 GWB überhaupt gegen Kronzeugen einzusetzen (und der entsprechenden Risikowahrnehmung potenzieller Kronzeugen). Noch bedeutender ist der Zusammenhang insbesondere mit möglichen Schadensersatzleistungen des Kronzeugen und den in Abschnitt III.1. erörterten Überlegungen. Denn die Subsidiaritätsklausel des § 34 Abs. 2 GWB sieht vor, dass eine Abschöpfung ohnehin nicht erfolgt, soweit der erlangte wirtschaftliche Vorteil bereits anderweitig – etwa durch Schadensersatz – abgeschöpft worden ist.⁵¹ Sofern daher der Kronzeuge schadensersatzrechtlich nicht (weiter) privilegiert wird und nach der Vorteilsabschöpfung Schadensersatzleistungen erbringt, verringern diese den abschöpfbaren Vorteil nachträglich. Das BKartA hat dann den entsprechend „überzahlten“ Betrag an den Kronzeugen zurückzuerstatten (§ 34 Abs. 2 S. 2 GWB).

Dies zeigt, dass § 34 GWB bei gleichbleibend hohem zivilrechtlichen Haftungsrisiko aus Sicht des Kronzeugen für sich genommen kaum anreizmindernd auf die Stellung eines Kronzeugenantrags wirken dürfte. Dementsprechend dürfte eine Herausnahme des Kronzeugen aus dem Anwendungsbereich des § 34 GWB nur flankierend im Rahmen *gleichzeitiger* schadensersatzrechtlicher Privilegierungen eine stärkere positive Wirkung auf die Zahl der Kronzeugenanträge entfalten können.

3. Reform der vergaberechtlichen Ausschlussgründe (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

Der Ausschluss von Vergabeverfahren stellt insbesondere für Unternehmen, deren Kunden überwiegend öffentliche Auftraggeber sind, ein existenzbedrohendes Risiko dar.⁵² Ein Unternehmen mit entsprechendem Profil wird dieses Risiko in die Abwägung für oder gegen einen Kronzeugenantrag einbeziehen – und dabei feststellen, dass es keinen gesetzlichen Schutz vor einem entsprechenden Ausschluss gibt.

Im Gegenteil: Für alle Unternehmen stellt die Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen *de lege lata* gerade einen – wenn auch „nur“ fakultativen – Grund dar, durch

öffentliche Auftraggeber von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Zwar erfolgt für den Kronzeugen keine Eintragung in das Wettbewerbsregister, da diese nach § 2 Abs. 2 WRegG voraussetzt, dass eine bestandskräftige kartellbehördliche Bußgeldentscheidung ergangen ist und eine Geldbuße von mindestens EUR 50.000 festgesetzt wurde – was bei Kronzeugen gerade nicht der Fall ist.⁵³ Die Eintragung ist für die Vergabestellen aber nur ein *Hilfsmittel*, um Wettbewerbsverstöße zu erkennen.⁵⁴ Sie ist hingegen *keine* Ausschlussvoraussetzung; ausschlussbegründende „hinreichende Anhaltspunkte“ können Auftraggeber auch auf andere Weise erlangen.⁵⁵

Der Kronzeuge ist vielmehr – wie alle anderen Kartellanten auch – auf den erfolgreichen Nachweis einer sog. Selbstreinigung angewiesen, um dem Ausschluss sicher zu entgehen. Die entsprechende „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ wird jedenfalls in dem hier relevanten Fall, in dem keine Eintragung in das Wettbewerbsregister vorliegt, allein von den öffentlichen Auftraggebern selbst ausgestellt (§ 125 Abs. 1 S. 1 GWB). Ihnen gegenüber hat der Kronzeuge die nach § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB erforderlichen Nachweise zu erbringen bzw. Verpflichtungen einzugehen. Für Kronzeugen ergeben sich hieraus in mindestens zweierlei Hinsicht Unsicherheiten.

Zum einen ist der deutsche Gesetzgeber über die unionsrechtlichen Vorgaben⁵⁶ hinausgegangen und fordert die aktive Aufklärungszusammenarbeit des Kartellanten nicht nur mit den Ermittlungsbehörden (die nach dem Verständnis des BKartA für Kronzeugen immerhin zu unterstellen wäre⁵⁷), sondern *auch* mit dem öffentlichen Auftraggeber selbst. Für einen Kronzeugen, der überwiegend öffentliche Auftraggeber

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

149

als Kunden hat, kann dies bedeuten, dass er gerade einem potenziell Kartellgeschädigten Informationen liefern muss, die dieser zur Substantiierung von Kartellschadensersatzansprüchen benötigt.⁵⁸ Auch wenn der EuGH einschränkt, dass sich die Mitwirkung des öffentlichen Auftraggebers auf die Prüfung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers beschränkt,⁵⁹ ändert dies nichts an der möglichen Doppelstellung des öffentlichen Auftraggebers, der einerseits die Zuverlässigkeit des Kartellanten zu beurteilen hat und andererseits möglicher Anspruchsteller ist.⁶⁰

Zweitens besteht die Gefahr, dass durch den Nachweis der Selbstreinigungsmaßnahmen die Privilegierung von Kronzeugenerklärungen nach § 33g Abs. 4 GWB unterlaufen wird. Denn dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum dahingehend zu, ob die vom Auftragnehmer ergriffenen Maßnahmen ausreichend sind.⁶¹ Etwaige Nachweisdefizite gehen zu dessen Lasten⁶² – und jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Auftraggeber nicht gehindert, hierbei auch die Vorlage von Kronzeugenerklärungen zu verlangen.⁶³

Selbst wenn man davon ausginge, dass öffentliche Auftraggeber zumindest überwiegend keine solche Forderung stellen und sich z.B. mit der Vorlage der kartellbehördlichen Entscheidung begnügen, so bliebe es bei dem Befund, dass die §§ 124 f. GWB einen erheblichen Zusatzdruck auch auf Kronzeugen ausüben können, dem sie sich nicht entziehen können. Es erscheint plausibel, dass Unternehmen, die in von öffentlichen Aufträgen geprägten Wirtschaftsbereichen tätig sind, auch aus diesem Grund von Kronzeugenerklärungen absehen. Dem könnte dadurch begegnet werden, dass Kronzeugen entweder gänzlich vom Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgenommen werden oder zumindest ihr Kooperationsbeitrag eine umfassende Fiktion für das Vorliegen der Selbstreinigungsvoraussetzungen des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB begründet. Damit würde der bereits gegenüber der Kartellbehörde geleistete umfassende

Aufklärungsbeitrag auch gegenüber dem Auftraggeber anerkannt. Diesem im Rahmen der Selbstreinigung eine „Nachermittlungskompetenz“ einzuräumen, erscheint – erst recht angesichts der möglichen Doppelrolle als Geschädigter und „Selbstreinigungsrichter“ – jedenfalls im hier diskutierten Zusammenhang kontraproduktiv.

4. Verringerung von Mehraufwand und Rechtsunsicherheit

Zumindest die Kommission hat in jüngster Zeit durch sog. FAQs und einige kleinere Verfahrenserleichterungen zu ihrem Kronzeugenprogramm bereits versucht, durch administrative Verbesserungen die Anreize für solche Anträge zu erhöhen.⁶⁴ Das ist sinnvoll, aber nur ein Schritt in die richtige Richtung. Denn nach wie vor ist die Kooperation eines Unternehmens im Rahmen des Leniency-Programms mit einem erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden, der insbesondere für KMU in einem ungünstigen Verhältnis zu den durch den Bußgelderlass erzielbaren Vorteilen stehen kann. Aus Richtung der Kommission wurde bereits festgestellt, dass es zumindest eine gewisse Korrelation zwischen Unternehmensumsatz und Kronzeugenstatus zu geben scheint: In 46% aller zwischen 2006 und 2015 in Brüssel abgeschlossenen Kartellverfahren war der Kronzeuge gleichzeitig der Kartellant mit dem höchsten Umsatz auf dem betroffenen Markt.⁶⁵ Dies spricht dafür, Kronzeugenprogramme gerade auch für KMU attraktiver zu gestalten. Die Schaffung eines europaweit einheitlichen Kronzeugenprogramms sollte dabei im Vordergrund stehen.

Bereits vor Erlass der Kronzeugenmitteilung der Kommission aus dem Jahr 2006⁶⁶ wurde die Forderung nach einer solchen zentralen Anlaufstelle laut.⁶⁷ Passiert ist seither wenig. Es bleibt dabei, dass die Organisation der Kronzeugenprogramme im European Competition Network (*ECN*) autonom ist und ein Kronzeugenantrag bei der Kommission keine Wirkung für die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten entfaltet.⁶⁸ Auch sind verschiedene Anträge nicht im Lichte des Antrags bei den jeweils anderen Behörden auszulegen und es besteht keine Nachfragepflicht, wenn Kronzeugenanträge bei verschiedenen Behörden eine unterschiedliche Reichweite haben.⁶⁹ Um umfassenden Kronzeugenstatus zu erlangen, ist es daher erforderlich, möglichst zeitgleich in allen in Betracht kommenden Mitgliedstaaten sog. Kurzanträge (*summary applications*) zu stellen (vgl. § 81n GWB).

Auch wenn die zeitgleich mit der Verabschiedung der Kronzeugenregelung im Jahr 2006 eingeführte Möglichkeit der Kurzanträge eine Vereinfachung gegenüber der zuvor bestehenden Rechtslage darstellt, bleibt festzuhalten, dass das europäische System hier noch praktikabler, schneller und kostengünstiger sein könnte – und sollte. Dies gilt umso mehr, als es gerade bei räumlich ausgedehnten Kartellen erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, im Vorhinein mit hinreichender Sicherheit festzustellen, welche Länder für *summary applications* in Betracht kommen. Insoweit ist für jeden Mitgliedstaat gesondert und im Zweifel unter Hinzuziehung lokaler anwaltlicher Beratung zu prüfen, ob sich der Verstoß in dem konkreten Mitgliedstaat ausgewirkt haben könnte und wie er von der dortigen Behörde eingestuft würde. Es ist davon auszugehen, dass gerade mittelständische Unternehmen, die einen Kartellrechtsverstoß feststellen, hierdurch von Kronzeugenanträgen abgehalten werden.

Aus Unternehmenssicht vorzugswürdig war und ist daher ein echtes „one-stop shop“-Prinzip, nach dem ein einziger Kronzeugenantrag bei der Kommission oder der Kartellbehörde eines Mitgliedstaates dazu führt, dass der Antragsteller EU-weit Kronzeugenstatus erlangt.⁷⁰ Es liegt auf der

Hand, dass die Einführung eines solchen Systems die Attraktivität von Kronzeugenanträgen erheblich steigern könnte. Gleichzeitig würde dies notwendigerweise eine stärkere Zentralisierung der Ermittlungsbefugnisse erfordern, was den Widerstand der nationalen Kartellbehörden wahrscheinlich macht. Ein moderaterer Ansatz könnte hier darin bestehen, die Unternehmen zwar nicht von der dezentralen Kronzeugenregelung als solcher und der Notwendigkeit mehrerer (Kurz-)Anträge zu entbinden, aber zumindest hinsichtlich des *Zeitpunkts* der Einreichung des Kronzeugenantrags bei der Kommission einen „one-stop shop“ einzuführen. Dieser Ansatz war im Entwurf der ECN+-Richtlinie vorgesehen, wurde aber nicht umgesetzt.⁷¹ Er würde, wenn schon nicht den Aufwand, so doch zumindest den Zeitdruck für die Unternehmen verringern.

5. Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch alternative Ermittlungswerkzeuge

Neben den bisher diskutierten positiven Anreizen könnten natürlich auch negative Anreize gesetzt werden, um die Motivation zur Stellung von Kronzeugenanträgen zu erhöhen. Hier liegt der Schlüssel für die Behörden darin, durch eigene Ermittlungen und das Aufzeigen funktionierender Alternativen zu Kronzeugenprogrammen dafür zu sorgen, dass die Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellaktivitäten aus Sicht der Unternehmen glaubwürdig und nachhaltig erhöht wird.

Tatsächlich betont gerade die Kommission in jüngster Zeit immer wieder ihren Handlungswillen – und belegt ihn z.B. mit den jüngsten Durchsuchungen im Bereich „Duftstoffe“, für die dann auch gleich öffentlich verkündet wurde, dass sie *nicht* auf einen Kronzeugenantrag zurückgehen.⁷² Die Kommission scheint aus der Not eine Tugend gemacht und freie Kapazitäten z.B. in die Marktbeobachtung umgeschichtet zu haben, um häufiger sog. *ex officio*-Kartellverfahren einleiten zu können. In diesem Zusammenhang hat wohl auch „leniency post-dawn raids“ an Bedeutung gewonnen.⁷³

Unter dem Gesichtspunkt der Kartellaufdeckung ist dies eine ebenso positive Entwicklung wie der Einsatz von sog. Kartellscreening-Tools,⁷⁴ deren vermehrten Einsatz sowohl das BKartA als auch die Kommission gerne betonen – freilich ohne näher zu erläutern, was sich hinter diesen „Tools“ verbirgt. Vor allem in bestimmten Teilbereichen, etwa bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, kann es sich durchaus lohnen, vorhandene Daten mit technischer Unterstützung auf kartellrechtlich relevante Sachverhalte hin zu untersuchen.⁷⁵ Bei sachlich und/oder zeitlich weiter gefassten Beobachtungshorizonten, etwa dem Versuch einer marktweiten Beobachtung von Preisentwicklungen, Kommunikationsverhalten oder Kundenbewegungen über einen längeren Zeitraum, dürfte sich das Kosten-Nutzen-Verhältnis allerdings schnell verschlechtern – zumal bewusstes Parallelverhalten (als nach außen erkennbarer Umstand) bekanntlich gerade *nicht* kartellrechtswidrig ist. Häufig dürfte es auch an einer ausreichenden Menge aussagekräftiger Daten fehlen.

Anders verhält es sich beim Einsatz von (anonymen) Hinweisgebern. Diese können sowohl als unternehmensexterne als auch als unternehmensinterne Hinweisgeber durchaus wertvolle Hinweise und Sachverhaltserläuterungen, möglicherweise sogar handfeste Beweise liefern. Mit dem die Whistleblower-Richtlinie⁷⁶ umsetzenden Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) wurde dazu jüngst ein wichtiger Schritt getan. Das BKartA ist hier sog. externe Meldestelle, an die sich Hinweisgeber jederzeit – und ohne vorher den Ausgang eines unternehmensinternen Meldeverfahrens abwarten zu müssen – wenden können (§§ 2 Abs. 1 Nr. 8, 22 HinSchG). Allerdings haben sowohl das BKartA als auch die Kommission schon bisher Hinweise außerhalb des Kronzeugenprogramms (auch anonym) entgegengenommen. Dies hat die Bedeutung von Kronzeugenanträgen in der Vergangenheit offensichtlich nicht geschmälert – wohl auch deshalb, weil z.B. in Deutschland Wissensträger, die selbst an einem Kartellverstoß beteiligt waren, bei

Nutzung (nur) des Hinweisgebersystems Gefahr laufen, die Aussicht auf zumindest eine Reduzierung ihrer möglichen Geldbuße unwiederbringlich zu verlieren.⁷⁷ Die größte Anziehungskraft von Hinweisgebersystemen dürfte daher auch in Zukunft für Unternehmens*externe* bestehen, wie z.B. verärgerte Kunden oder Wettbewerber, Mitarbeiter, die selbst nicht in die Kartellvorgänge involviert waren, oder solche Mitarbeiter, die den Vorgängen zwar nahe standen, aber zum Zeitpunkt des Hinweises nicht mehr aktiv im Unternehmen tätig waren.

Gleichwohl ist es nicht fernliegend, dass die jüngsten gesetzlichen Entwicklungen und Initiativen insbesondere der Kommission den Druck auf potenzielle Kronzeugen erhöhen und sich damit – gleichsam als „Peitsche“ zu den unter 1. bis 4. diskutierten „Zuckerbroten“ – positiv auf die Zahl der Kronzeugenanträge auswirken. Von Seiten der Kommission wurde in jüngerer Vergangenheit auch mehrfach ein entsprechender Zusammenhang hergestellt und darauf hingewiesen, dass der eingangs erwähnte Anstieg der Kronzeugenanträge auf die verstärkte *ex-officio*-Tätigkeit zurückzuführen sei.⁷⁸ Das wäre sicherlich eine begrüßenswerte Entwicklung.

Ergänzt sei insoweit noch, dass die Behörden hier auch durch eine konsequente Öffentlichkeitsarbeit, einschließlich der Bekanntgabe durchgeführter Durchsuchungen, verhaltenssteuernd wirken können. Dass die Botschaft „Wir schlafen nicht!“ auch ankommt, zeigt beispielhaft die jüngste Erfahrung der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, die berichtet, dass nach Bekanntgabe von Durchsuchungen bei Holzpelletproduzenten und -händlern im Oktober 2022 ein Preisrückgang bei diesem Brennstoff eingesetzt habe.⁷⁹

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

151

IV. Schlussbetrachtungen: So wie es ist, kann es nicht bleiben

Abschließend ist zunächst Folgendes festzuhalten: So ermutigend die jüngsten Erfahrungen mit alternativen Ermittlungsinstrumenten auch sein mögen,⁸⁰ so wäre es doch verfehlt daraus zu folgern, dass *kein* Reformbedarf bei den Kronzeugenregelungen besteht.

Dies würde erstens die nach wie vor hohe Bedeutung von Kronzeugenanträgen für die Arbeit der Kartellbehörden verkennen: Beim BKartA etwa wird seit langem gut die Hälfte aller Kartellverfahren durch Kronzeugenanträge ausgelöst – ein Verhältnis, das sich erst im Jahr 2023 erstmals verändert hat.⁸¹ Daraus eine Trendwende abzuleiten, wäre verfrüht. Zum anderen würde dies auch der Bedeutung von Kronzeugenanträgen für eine aus Behördensicht erfolgreiche Verfahrensführung nicht gerecht. Denn für gerichtsfeste Entscheidungen bedarf es – vom Durchsuchungsbeschluss bis hin zur abschließenden (Bußgeld-)Entscheidung – einer belastbaren Tatsachengrundlage, die die behördliche Rechtsanwendung stützt.⁸² Und die tragfähigste Grundlage mit dem höchsten Beweiswert bilden hier zwangsläufig die Beiträge aus dem Kreis der Kartellanten. Selbst Hinweise einzelner Unternehmens*insider* werden aus den genannten Gründen nur selten einen Informationswert haben, der hinsichtlich Aktualität, Detaillierungsgrad und Beweisführung an Kronzeugenanträge heranreicht.⁸³ Das dürfte insbesondere für komplexe Kartelle gelten, die sich nicht in einer bloßen Preisabsprache erschöpfen.

Es verwundert daher nicht, dass jedenfalls *Andreas Mundt* sich trotz der vermeldeten Erfolge rund um alternative Informationsquellen weiterhin für Reformen ausspricht, mit denen dem Rückgang von Kronzeugenanträgen effektiv begegnet werden kann.⁸⁴ Er spricht sich dabei für eine Privilegierung von Kronzeugen im Rahmen der Schadensersatzhaftung aus. Die Gründe hierfür erscheinen plausibel, allerdings ist das „Spielfeld“ möglicher Ansätze sehr groß und bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen ist Augenmaß geboten, um die verschiedenen betroffenen

Interessen angemessen zu berücksichtigen. Eine vollständige Haftungsbefreiung des Kronzeugen im Außenverhältnis dürfte hier zu weit gehen, auch wenn deren Folgen für die Geschädigten z.B. durch die Einrichtung eines Fonds aus den anderweitig eingenommenen Geldbußen abgemildert werden könnten.⁸⁵ Zugleich ist es zu kurz gegriffen, die Reformdiskussion mit dem Hinweis zu beenden, eine wie auch immer geartete Haftungsbefreiung des Kronzeugen stelle eine Abkehr von den Grundprinzipien der ausgleichenden Gerechtigkeit dar.⁸⁶ Jedenfalls bei einer (nur) nachrangigen Haftung des Kronzeugen wäre sichergestellt, dass dem Restitutionsbedürfnis der Geschädigten letztlich Genüge getan wird. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass ein Ausgleichsanspruch des Geschädigten ganz wesentlich davon abhängt, dass ein Kartell überhaupt aufgedeckt wird.⁸⁷ Hierzu trägt ein attraktives Kronzeugenprogramm – jedenfalls nach derzeitigem Kenntnisstand und illustriert durch die Ergebnisse z.B. der OECD, der Monopolkommission und des BKartA – entscheidend bei. Rechtliche Privilegien für Kronzeugen sollten daher nicht allein als Einschränkung, sondern vielmehr als Bestandteil eines funktionierenden Individualrechtsschutzes gesehen werden.

Einer kronzeugenfreundlichen Reform des § 34 GWB dürfte demgegenüber keine eigenständige Bedeutung zukommen. Die erst kürzlich reformierte Vorschrift soll aus Sicht des BKartA und des Gesetzgebers in Kartellfällen keine Rolle spielen. Zudem sorgt die „Anrechnungsregelung“ in § 34 Abs. 2 S. 2 GWB dafür, dass potenziell anreizsteuernde finanzielle Belastungen aus Sicht des Kronzeugen von den zivilrechtlichen Haftungsrisiken überlagert werden. Bleiben diese unverändert, dürfte die Anreizwirkung einer kronzeugenfreundlichen Ausgestaltung des § 34 GWB daher verpuffen. Umgekehrt gilt: Sollten die Reformüberlegungen zur zivilrechtlichen Haftungsbeschränkung des Kronzeugen voranschreiten, sollte § 34 GWB „mitgedacht“ werden, um sicherzustellen, dass die positiven Anreize einer solchen Reform nicht durch ein spiegelbildlich steigendes Abschöpfungsrisiko konterkariert werden.

In jedem Fall sinnvoll erscheint dagegen, Überlegungen zu einer kronzeugenfreundlichen Anpassung des Vergaberechts zu vertiefen. Dabei könnte der Kronzeuge von dem Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgenommen oder jedenfalls seine Behördenkooperation als hinreichende Voraussetzung für den Nachweis der Selbstreinigungsvoraussetzung des § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB anerkannt werden. Eine echte „low hanging fruit“, die weitgehend unkontrovers umsetzbar sein dürfte, wäre die Etablierung eines echten „one-stop shop“-Prinzips nebst einer zumindest teilweisen Harmonisierung der Kronzeugenregelungen auf europäischer Ebene. Damit würde das bisherige Verfahren praktikabler und transparenter, was insbesondere die Kooperationsanreize für die rechtlich und wirtschaftlich schwächer ausgestatteten KMU erhöhen könnte.

Es gibt also einige sinnvolle Reformideen, die es sich zu vertiefen lohnt und die – im Sinne einer möglichst umfassenden Privilegierung von Kronzeugen – auch kombiniert umgesetzt werden könnten. Der naheliegende Einwand eines dann drohenden Under Enforcements dürfte einer näheren Prüfung nicht standhalten.

Im *Private Enforcement* erscheint eine nachhaltige Abschreckung potenzieller Kläger allenfalls bei einem vollständigen Wegfall des Kronzeugen als Schuldner denkbar. Denn die Stimmung jedenfalls in der EU ist hier sowohl bei den Gerichten als auch bei der Gesetzgebung zunehmend klägerfreundlich, ohne dass ein Ende dieses Trends

von Schreitter/Matt: „Wo laufen sie denn?“ Wege zu mehr Kronzeugenanträgen(NZKart 2024, 144)

152

absehbar wäre. Und selbst bei vollständiger Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis müsste noch näher untersucht werden, inwieweit Geschädigte hierdurch

tatsächlich Gefahr liefern, „leer auszugehen“. Denn auch wenn es sich bei Kronzeugen häufig um die umsatzstärksten Marktteilnehmer handeln mag (Abschnitt III.4.), so ist dies jedenfalls nach den bekannten Zahlen in weniger als der Hälfte aller Kartellverfahren überhaupt der Fall. Und über die Finanzkraft der übrigen Kartellanten – und damit ihre Qualität als Schuldner kartellschadensersatzrechtlicher Zahlungspflichten – ist damit wenig bis gar nichts gesagt.

Auch auf Seiten des *Public Enforcement* erscheint es fernliegend, dass sich weitere Kronzeugenprivilegien negativ auswirken. Denn die Situation ist hier grundsätzlich binär: Entweder die Reformen funktionieren – oder sie funktionieren nicht. Beides ließe sich an den behördlichen Statistiken ablesen. Blieben die Kronzeugenanträge auf niedrigem Niveau, wäre dies für die „Reformer“ ernüchternd, für die Rechtsdurchsetzung aber neutral. Es bliebe schlicht alles beim Alten: ohne Kronzeugen kein Kronzeugenprivileg. Würde hingegen der gewünschte Effekt eintreten, wäre nicht nur dem Interesse der Kartellermittler, sondern auch dem der Kronzeugen und (mittelbar) der späteren Schadensersatzkläger gedient.

Soweit befürchtet wird, dass jedenfalls eine schadensersatzrechtliche Besserstellung *negativ* in das Public Enforcement hineinwirken könne, weil sie Nicht-Kronzeugen (also die „Nr. 2“, „Nr. 3“ usw.) von der Kooperation mit den Kartellbehörden abhalten könnte,⁸⁸ scheint das wenig überzeugend. Die Drohung einer (weiteren) Schlechterstellung gegenüber dem Kronzeugen dürfte das Windhundrennen doch eher beflügeln. Und auch für die Verlierer dieses Wettlaufs bleibt es trotz der Aussicht auf spätere Schadensersatzzahlungen häufig rational, auch noch nach Zerschlagung des Kartells mit der Behörde zu kooperieren. Denn nach der Einleitung von Ermittlungshandlungen in Folge eines Kronzeugenantrags können die Vorteile einer Kartellfortsetzung (und des zugehörigen „Dichthaltens“) nicht mehr genossen werden, während gleichzeitig die Vorteile aus der behördlichen Kooperation in Aussicht stehen. Im Übrigen hängen erfolgreiche Kartellverfahren keineswegs von der Kooperation *aller* Kartellanten ab. Dies zeigen vor allem die sog. Hybrid-Fälle, die teils im Settlement, teils im streitigen Verfahren gelöst werden.⁸⁹

Insgesamt zeigt sich also: Es lohnt sich, genauer hinzuschauen. Zum einen bedarf es zweifellos genauer Ursachenforschung und empirischer Grundlagen für Reformen der Kronzeugenregelungen, um die Ausgangsüberlegungen dieses Beitrags zu überprüfen.⁹⁰ Andererseits sollte die Diskussion um das Kronzeugenprivileg nicht vorschnell beendet werden. Denn auch (oder gerade?) für restriktive Enforcement-Maximalisten sollte eines klar sein: Das aufgedeckte Kartell ist immer mehr wert als das verdeckte.

* *Dr. Florian von Schreitter* und *Giulia Matt* sind Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin für Kartellrecht im Düsseldorfer Büro von Hogan Lovells International LLP. Sie verfolgen keine Sonderinteressen und geben ihre eigene Meinung wieder. Die Autoren danken Frau *Paulina Gehrckens* für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

¹ OECD Competition Trends 2022, S. 45 f., abrufbar unter <https://is.gd/UYcmW2>.

² *Kruse*, NZKart 2023, [552](#), [556](#); vgl. auch PaRR v. 2.2.2023, EC seeing 'significant' recent increase in leniency applications, says official – Women@ 2023, abrufbar unter <https://is.gd/I5V16X>; MLex v. 24.1.2023, Cartel leniency applications to EU regulator on the rise again, senior enforcer says, abrufbar unter <https://is.gd/ZCEzlr>.

³ GCR, Enforcement Index, abrufbar unter <https://is.gd/w6J1YR>. Vgl. auch *Galle/Steinhaeuser*, CCZ 2023, [161](#), [169](#).

⁴ OECD Competition Trends 2023, S. 20, abrufbar unter <https://is.gd/Q0sMJ8>.

⁵ BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/2022, BT-Drs. 20/7300, S. 10; *Steinle/Langguth*, CB 2022, [461](#), [462](#).

- 6 BMWK, 10 Punkte für nachhaltigen Wettbewerb als Grundpfeiler der sozial-ökologischen Marktwirtschaft, S. 5, abrufbar unter <https://is.gd/mzn6SY>.
- 7 A.A. wohl *Funke*, WuW 2023, 364.
- 8 Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV, 5.7.2022, Rn. 307 ff.; *Zimmer*, WuW 2022, 181; *Stammwitz*, WuW 2022, 477, 482.
- 9 *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2022, 529, 531.
- 10 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.
- 11 So wohl auch die Ansicht der Kommission, s. MLex v. 2.2.2023, Cost-of-living crisis is in the sights of EU antitrust enforcers, top official says, abrufbar unter <https://is.gd/aaBidA>.
- 12 Vgl. die Grafiken in OECD Competition Trends 2022, S. 48 (Fn. 1).
- 13 Deutschland hat die in der ECN+-Richtlinie vorgesehenen Schutzvorschriften (ErwGr. 64 und Art. 23 Abs. 2) nicht umgesetzt. Auch wenn das BKartA in Rn. 28 seiner Leitlinien zum Kronzeugenprogramm schreibt, dass „die Kooperation der natürlichen Person [...] durch die zuständigen Stellen eigenständig gewürdigt [wird]“, kennt das deutsche Recht keine Regelung, die Mitarbeiter, die gegenüber Wettbewerbsbehörden einen gewichtigen Beitrag zur Aufklärung eines Kartellverstoßes geleistet haben, von der Strafbarkeit nach § 298 StGB ausnimmt.
- 14 Vgl. dazu *Müller/Volkers*, NZKart 2022, 555, 560 sowie unten III.5.
- 15 Hierfür etwa *Roth*, WuW 2021, 10, 11.
- 16 Z.B. durch Anfrage bei den „Leniency Officers“ der Kommission, vgl. „FAQs on Leniency“, S. 5, abrufbar unter <https://is.gd/5c0MJC>.
- 17 *Fuchs*, in *Fuchs/Weitbrecht*, PrivKartellRDurchs.-HdB, 1. Aufl. 2019, § 1, Rn. 85; *Stammwitz*, WuW 2022, 477, 482.
- 18 Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV, 5.7.2022, Rn. 312.
- 19 BKartA, Pressemitteilung vom 11.10.2021, Neue Leitlinien des Bundeskartellamtes zum Kronzeugenprogramm und zur Bußgeldzumessung.
- 20 Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV, 5.7.2022, Rn. 308. Zu dem „nüchternen Zahlenspiel“, das Kronzeugenanträgen zugrundeliegt, schon frühzeitig *Soltész*, WuW 2006, 867.
- 21 OECD Competition Trends 2022, S. 47f. (Fn. 1).
- 22 S. z.B. MLex v. 14.5.2019, Cartel damages lawsuits mean EU antitrust watchdogs can't rely on leniency, Mundt warns, abrufbar unter <https://is.gd/dsbifF>; 2023 wurden diese Forderungen erneuert, vgl. *Dröbler*, NZKart 2024, 1.
- 23 *Stratmann*, D’KART v. 16.11.2022, Conference Debriefing (33): Das C-L-F in Düsseldorf, abrufbar unter <https://is.gd/LLqK0I>.
- 24 Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV, 5.7.2022, Rn. 317.
- 25 *Kersting*, NZKart 2022, 309, 312; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2022, 529, 536; *Wissing*, WuW 2022, 605, 606 f. hält dies jedenfalls für bedenkenswert.
- 26 So *Kersting*, GRUR 2021, 250, 251; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829, 841; *Krüger*, WuW 2012, 6, 13.
- 27 *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 267. Dieser Ansatz relativierte allerdings die mit dem Kronzeugenantrag einhergehende Besserstellung der „Nummer Eins“. Ein effektives Kronzeugenprogramm lebt gerade vom „Sanktionsabstand“ zwischen Kronzeuge und übrigen Kartellanten. Durch Verkürzen dieses Abstands werden die Anreize für Kronzeugenanträge nicht erhöht.
- 28 *Kersting*, NZKart 2022, 309, 312.

- 29 *Kersting*, D'KART v. 12.4.2022, Agenda 2025: Reform of Cartel Damages Law, abrufbar unter <https://is.gd/UPFpg5>.
- 30 *Kersting*, Reform des Kartellschadensersatzrechts, NZKart 2022, 309, 312.
- 31 Vgl. auch *Galle/Steinhaeuser*, CCZ 2023, 161, 170.
- 32 So ErwGr. 38 der Richtlinie.
- 33 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, Rn. 26 f.
- 34 EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17 – *Skanska*, NZKart 2019, 217, Rn. 32.
- 35 *Kersting*, GRUR 2021, 250, 250; *Funke*, WuW 2023, 364.
- 36 *Kersting*, NZKart 2022, 309, 312; *ders.*, GRUR 2021, 250, 251; *Mackenrodt*, in LMRKM, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33e GWB, Rn. 7.
- 37 Anderes ergibt sich auch nicht aus EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19 – *Sumal*, NZKart 2021, 626, Rn. 48.
- 38 *Mackenrodt*, in LMRKM, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33e GWB, Rn. 7.
- 39 PaRR, 14.2.2022, German courts have received 470 trucks claims to date, says BKartA head, abrufbar unter <https://is.gd/Rwv8qO>.
- 40 So aber *Wils*, WuW 2023, 365, 379; *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2022, 529, 535.
- 41 *Wils*, WuW 2023, 365, 380 f.
- 42 EuG, Urt. v. 7.11.2019, T-240/17 – *Campine und Campine Recycling*, Rn. 120 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 19.12.2013, verb. Rs. C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P – *Siemens*, Rn. 140 f.
- 43 Monopolkommission, Hauptgutachten XXIV, 5.7.2022, Rn. 317.
- 44 Hierzu *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2022, 529, 536.
- 45 Vgl. etwa *Mundt*, NZKart 2023, 1; *Kersting*, NZKart 2022, 659.
- 46 Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 39 sowie *von Schreitter/Sura*, DB 2023, 2691, 2698 m.w.N.
- 47 *Rohner*, WuW 2023, 386, 388.
- 48 Bundeskartellamt, Leitlinien zum Kronzeugenprogramm vom 23. August 2021, Bekanntmachung Nr. 14/2021, Rn. 26.
- 49 *Kersting*, NZKart 2022, 659, 661.
- 50 Vgl. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. vom 28. Oktober 2022, Rn. 70, abrufbar unter <https://is.gd/pZpKQS>.
- 51 Hierzu etwa *Körber*, ZRP 2023, 5, 6.
- 52 *Palatzke/Jürschik*, NZKart 2017, 358.
- 53 *Horn/Götz*, EuZW 2018, 13, 14.
- 54 *Horn/Götz*, EuZW 2018, 13, 14.
- 55 Vgl. VK Bund, Beschl. v. 12.10.2020, VK 2-77/20, S. 15 f.; *Opitz*, in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 124 GWB, Rn. 57.
- 56 Art. 57 Abs. 6 S. 2 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.
- 57 BKartA, Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung, November 2021, Rn. 24.
- 58 *Horn/Götz*, EuZW 2018, 13, 19.
- 59 EuGH, Urt. v. 24.10.2018, C-124/17 – *Vossloh Laeis/Stadtwerke München*, Rn. 28.
- 60 *Palatzke/Jürschik*, NZKart 2019, 83, 85.
- 61 Vgl. *Opitz*, in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 125 GWB, Rn. 10.

- 62 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2018, VII-Verg 28/17, Rn. 77 ff.
- 63 *Palatzke/Jürschik*, NZKart 2019, 83, 85.
- 64 Dazu kompakt *Kruse*, NZKart 2023, 552, 557.
- 65 *Wils*, WuW 2023, 365, 380 f.
- 66 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, 2006/C 298/11.
- 67 Hierzu *Klees*, EuZW 2005, 449.
- 68 EuGH, Urt. v. 14.6.2011, C-360/09 – *Pfleiderer*, Rn. 22; EuGH, Urt. v. 20.1.2016, C-428/14 – *DHL Express (Italy) Srl.*, Rn. 38, 44. Dazu auch *Prechtel/Schulz*, in Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 24, Rn. 169; BDI, Positionspapier, European Commission consultation on „Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers“, S. 8 f., abrufbar unter <https://is.gd/t8boJq>.
- 69 EuGH, Urt. v. 20.1.2016, C-428/14 – *DHL Express (Italy) Srl.*, Rn. 67; *Krohs/Uphoff*, BB 2016, 643, 644; *Niggemann*, in Streinz, EUV/AEUV, EU-Kartellverfahren, 3. Aufl. 2018, Rn. 58.
- 70 BDI, Positionspapier, European Commission consultation on „Empowering the national competition authorities to be more effective enforcers“, S. 9 (Fn. 68); *Brömmelmeyer*, NZKart 2017, 551, 557; *Kling*, in Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 9, Rn. 99.
- 71 Näher dazu sowie zu weiteren Kritikpunkten an der Handhabung von Kronzeugenanträgen im ECN *Klose*, in MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2023, Leniency-Bekanntmachung, Rn. 89.
- 72 MLex v. 31.3.2023, Fragrance cartel probe started on enforcers' own initiative, senior EU official says, abrufbar unter <https://is.gd/TLZRRn>.
- 73 MLex v. 29.6.2023, Cartelists looking for leniency face 'race to regulator' now, senior EU enforcer says, abrufbar unter <https://is.gd/29DUuj>.
- 74 *Kruse*, WuW 2023, 13, 15 f.
- 75 Hierzu *Kruse*, NZKart 2023, 552, 555 f.
- 76 Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L 305 v. 22.5.2019, S. 17.
- 77 Vgl. zu diesem Zusammenhang auch *Müller/Volkers*, NZKart 2022, 555, 560.
- 78 S. PaRR v. 2.2.2023, EC seeing 'significant' recent increase in leniency applications, says official – Women@ 2023; MLex v. 24.1.2023, abrufbar unter <https://is.gd/15V16X>; Cartel leniency applications to EU regulator on the rise again, senior enforcer says, abrufbar unter <https://is.gd/ZCEzlr>.
- 79 MLex v. 21.4.2023, News of wood-pellet dawn raids was followed by plunge in prices, Austrian enforcer says, abrufbar unter <https://is.gd/7GiBoh>.
- 80 Zum Potenzial der Hinweisgebersysteme bzw. der angeblich steigenden Qualität entsprechender Eingaben vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2021/2022, BT-Drs. 20/7300, S. 10; MLex v. 26.5.2023, Quality of anonymous tip-offs is on the rise, EU's McCallum says, abrufbar unter <https://is.gd/IsWBHW>.
- 81 Vgl. *Dröbler*, NZKart 2024, 1; BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, abrufbar unter <https://is.gd/s8cY89>.
- 82 So wurde zuletzt eine der o.g. Durchsuchungen im Duftstoffsektor gerichtlich mit der Begründung angegriffen, die Kommission habe eben *keine* hinreichenden Anhaltspunkte für den Verdacht einer Kartellbeteiligung gehabt, Reuters v. 3.7.2023, Symrise contests EU fragrance cartel raid in court, abrufbar unter <https://is.gd/9P8Yjd>.
- 83 Vgl. zu den die Behördenressourcen schonenden Wirkungen der Anträge *Wils*, NZKart 2023, 124, 131 m. w. N.
- 84 *Dröbler*, NZKart 2024, 1.

⁸⁵ Hierzu *Hornkohl*, Kluwer Competition Law Blog v. 18.2.2022, A Solution To Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds, abrufbar unter <https://is.gd/mtvCBy>.

⁸⁶ *Wils*, WuW 2023, 365, 378 f.

⁸⁷ Vgl. – freilich im Kontext der zu erwartenden Kartellrendite und der Schätzung entsprechender Kartellschäden – *Hellmann/Schliffke*, WuW 2022, 83, 85 (auch m.w.N. zur diesbezüglichen Studienlage, die für die USA eine Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit durch Kronzeugenprogramme um rund 6,5 Prozentpunkte indiziert).

⁸⁸ So wohl die Befürchtung in Teilen der Kommission, MLex v. 2.2.2023, Cost-of-living crisis is in the sights of EU antitrust enforcers, top official says, abrufbar unter <https://is.gd/aaBidA>.

⁸⁹ Vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 1.2.2024, C-251/22 P – *Scania*.

⁹⁰ *Zimmer*, WuW 2022, 181; *Stammwitz*, WuW 2022, 477, 482.

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)