



## Kronzeugenprogramm ./ Private Enforcement

Vortrag: Andreas Mundt, Präsident Bundeskartellamt

Co-Referat: Prof. Dr. Christian Kersting, Universität Düsseldorf

Anschließend Diskussion



**IKartR**  
Institut für Kartellrecht



# Privilegierung von Kronzeugen – de lege ferenda

Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)

7. November 2022

1 Einleitung

2 Privilegierung im Außenverhältnis ist hochproblematisch

3 Privilegierung im Innenverhältnis – *de lege ferenda*

a) Formen der Privilegierung im Innenverhältnis

b) Vorteile

c) Rechenbeispiele

# Einleitung

- Art 11 Abs. 4 KSE-RL
  - Gesamtschuldnerische **Haftung nur gegenüber unmittelbaren** oder **mittelbaren** Abnehmern oder Lieferanten
  - **Gegenüber anderen** Geschädigten nur, wenn sie **sonst keinen vollständigen Schadensersatz** erlangen können
  - Umsetzung in § 33e GWB → **Privilegierung der Kronzeugen im Außenverhältnis**
- Art 17 ff. ECN+-RL
  - verlangt die Einrichtung von **Kronzeugenprogrammen**
  - **§§ 81h bis 81n GWB** (seit 10. GWB-Novelle)

# Privilegierung im Außenverhältnis ist hochproblematisch

## 1. Konflikt mit der **Rechtsprechung des EuGH**

- „*Courage*“ – anspruchsberechtigt ist **jedermann**

= auch diejenigen, die nicht unmittelbar oder mittelbar Abnehmer oder Lieferanten des Kronzeugen sind

- „*Skanska*“ und „*Sumal*“ – anspruchsv~~er~~pflichtet sind die **Kartellanten**

= eine Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis zu den Geschädigten ist hiermit nicht vereinbar

**Noch ungeklärt: darf Sekundärrechtsgesetzgeber das Primärrecht konkretisieren?  
In welchem Umfang? Darf er grundlegende Korrekturen vornehmen?**

## 2. unionsrechtlicher **Effektivitäts-** und **Äquivalenzgrundsatz**

- **materiell-rechtliche** Voraussetzungen des Kartellschadensersatzanspruchs sind **vollständig** dem **Unionsrecht** zu entnehmen; vgl. hierzu **Rechtsprechung** („Skanska“ und „Otis“) des EuGH sowie die entsprechenden **Anträge** der Generalanwälte *Wahl* und *Kokott*
- **Folge**: bislang geltende Privilegierung von Kronzeugen entfiere vollständig
- Letztlich zweifelhaft, ob es nicht doch beim nationalen Recht bleibt, aber dann greifen wiederum die Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz

**Wiederum offen: Konkretisierungsbefugnis des Sekundärrechtsgesetzgebers?**



## **3. Verfassungsrechtliche Bedenken**

- a. Beeinträchtigung der Rechtsstellung Dritter
- b. Anhörungsrechte
- c. Rechtsschutz

## 3. Verfassungsrechtliche Bedenken: Beeinträchtigung der Rechtsstellung Dritter

- **Schadenersatzanspruch** entsteht mit **Schadenseintritt**, d.h. zu **Zeitpunkt**, in dem völlig offen ist, wer und ob jemand später einmal Kronzeuge wird → **durchsetzbare, vollwertige SE-Ansprüche**
  - **Kartellgeschädigte**, die **weder direkte** noch **indirekte Abnehmer** oder **Lieferanten** des Kronzeugen sind
    - **verlieren** mit der Gewährung des Kronzeugenstatus ihren **Schadenersatzanspruch** bzw.
    - haben nur noch einen **nachrangigen** Anspruch – vgl. § 33e Abs. 1 S. 2 GWB und Art. 11 Abs. 4 KSE-RL
- Eingriff in **Eigentumsrechte!**

## 3. Verfassungsrechtliche Bedenken: Beeinträchtigung der Rechtsstellung Dritter

- Zudem: Absicherung der Privilegierung des Kronzeugen durch die **Einschränkung des Gesamtschuldnerinnenausgleichs zulasten der übrigen Kartellbeteiligten** (§ 33e Abs. 3 S. 1 GWB)
- Folge insgesamt: **Eingriffe in die Eigentumsrechte**
  - **Kartellgeschädigter** → **Schadensersatzansprüche**
  - **Kartellbeteiligter** → **Gesamtschuldnerinnenausgleich**

## 3. Verfassungsrechtliche Bedenken: Anhörungsrechte von Geschädigten

- Eine fehlerhafte Zuerkennung des Kronzeugenstatus beeinträchtigt die Rechtsstellung der Geschädigten (Anspruchsverlust)
- Aber: aufgrund der Vielzahl von mittelbar und unmittelbar Geschädigten sind Anhörungen unpraktikabel
- **Daher**: Verzicht auf Anhörungsrechte haltbar, sofern den Betroffenen **Rechtsschutzmöglichkeiten** zustehen
  
- Bei **Mitkartellanten** sind Anhörungen erforderlich, da ihre Rechtsstellung beeinträchtigt wird und ihre Zahl überschaubar ist

## 3. Verfassungsrechtliche Bedenken: Rechtsschutz

- Ausgesprochen kompliziert:
- **Mitkartellanten**
  - können eigenen Bußgeldbescheid angreifen;
  - schwieriger bei Angreifen der Bescheide von Mitkartellanten wegen Beschränkung des Innenausgleichsanspruchs; insbes. wenn Kronzeuge im dt. Recht keinen Bescheid erhält
- **Geschädigte** wegen Verlust/Beschränkung ihres Anspruchs:
  - da kein Bescheid, kommt nur Unterlassungs- o. Feststellungsklage in Betracht;
  - würde Kronzeugenregelung aber entwerten: Rechtsunsicherheit, Erpressungspotential, Verfahrensdauer
  - Schutz der **Geschädigten** daher nur im Zivilprozess. Keine Bindungswirkung der Behördenentscheidung; aber Überprüfbarkeit auch von Ermessensentscheidungen der Behörde (vgl. § 81k II GWB)?

### Privilegierung im Außenverhältnis ist

- primärrechtlich bedenklich.
- verfassungsrechtlich fragwürdig wegen der Beeinträchtigung der Rechtsstellung Dritter, die nicht angehört werden und denen effektiver Rechtsschutz kaum gewährt werden kann.
- rechtspolitisch nicht sinnvoll – warum wird zu Lasten der Geschädigten gearbeitet?

# Privilegierung im Innenverhältnis - *de lege ferenda*

- Kronzeuge haftet im **Außenverhältnis** gegenüber allen Geschädigten ohne Privilegierung, vollumfänglich und gesamtschuldnerisch
- Im **Innenverhältnis** zu den übrigen Kartellanten hat der Kronzeuge ohnehin einen Anspruch auf Gesamtschuldnerinnenausgleich.
- Dieser Anspruch wird ausgedehnt: der Kronzeuge kann von ihm geleisteten Schadensersatz **vollständig** von den anderen Kartellanten ersetzt verlangen.



- **Ansprüche** der Geschädigten gegen Kartellbeteiligten **werden nicht beschnitten**
- **Primärrechtlicher Regelungsbereich** ist nicht betroffen
- **KSE-RL** verlangt keine Privilegierung im Außenverhältnis
  - Regelung der RL ist primärrechtlich problematisch
  - Einer Optionsregelung steht die RL jedenfalls nicht entgegen
  - Angestrebt wird ohnehin auch eine Änderung der RL

## ■ beim **Rechtsschutz**:

- Die **Privilegierung** geht **nicht mehr zulasten der Geschädigten**, sondern **ausschließlich zulasten der übrigen Täter (Mitkartellanten)**. Für Geschädigte muss kein Rechtsschutz mehr eröffnet werden.
- Für die übrigen Kartellbeteiligten (**Mitkartellanten**) ist ein **öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz** anzuerkennen gegen die Gewährung des Kronzeugenstatus – aufgrund von § 33e Abs. 3 S. 1 GWB ist dies ohnehin erforderlich.

- **Größerer Anreiz** für Kartellbeteiligte, wenn sie im Innenverhältnis von Schadensersatzansprüchen vollständig entlastet werden
- **Keine primärrechtlichen Probleme** der Zulässigkeit, wenn nicht Geschädigte, sondern Schädiger belastet werden
- **Einfacherer Rechtsschutz**, da dieser nur noch im Verhältnis der Kartellanten zur Behörde und nicht im Verhältnis zu den Geschädigten gewährt werden muss

1. **vollständiger** Innenausgleichsanspruch
2. **teilweiser** Innenausgleichsanspruch
3. **zusätzlich** zu 1./2. eine Privilegierung für **Mitkartellanten**, die eine Bußgeldermäßigung erhalten haben
4. **Wahlrecht** des Kronzeugen zwischen Privilegierung im Außen- und Innenverhältnis

## 1. vollständiger Innenausgleichsanspruch

Schaden	5.000.000,00 €			
Kartellant	A	B	C	D
Haftanteil nach Beteiligung am Kartell (etwa nach Umsatz)	50,00%	20,00%	10,00%	20,00%
Bußgeldreduktion	100,00%	50,00%	30,00%	20,00%
Übertragung ins Innenverhältnis	100,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Individueller Haftanteil nach Übertragung Bußgeldreduktion	0,00%	20,00%	10,00%	20,00%
Summe der individuellen Haftanteile beträgt aber nur	50,00%			

Zu verteilen sind jedoch 100 % des Schadens. Daher müssen die einzelnen Haftanteile verhältnismäßig erhöht werden:

Der erhöhte einzelne Haftanteil verhält sich zu dem zunächst ermittelten individuellen einzelnen Haftanteil wie der bereits verteilte Prozentsatz des Schadens zu 100 % des Schadens.

Daher gilt:

$$100\%/ \text{Summe der Haftanteile} = 200,00\% = 2$$

ist der Faktor, um den die zunächst ermittelten Haftanteile zu erhöhen sind.

Dies ergibt für die Kartellanten:	A	B	C	D	Summe
einen erhöhten Haftanteil von:	0,00%	40,00%	20,00%	40,00%	100,00%
Zu zahlen hat damit jeder einzelne Kartellant	- €	2.000.000,00 €	1.000.000,00 €	2.000.000,00 €	5.000.000,00 €

- Privilegierung des Kronzeugen im Innenverhältnis entlastet ihn von Schadensersatzansprüchen
- Wirtschaftlicher Vorteil aus dem Kartell und Schäden der Marktgegenseite sind jedenfalls teilweise deckungsgleich
- Entlastung von Schadensersatzansprüchen kann dazu führen, dass Vorteile aus dem Kartell dem Kronzeugen verbleiben
- Das kann man hinnehmen oder die Vorteile durch Abschöpfung entziehen
- Wenn die wirtschaftlichen Vorteile hauptsächlich in den eigenen Lieferbeziehungen entstehen, führt die Abschöpfung letztlich dazu, dass die bestehende Privilegierung vom Außen- ins Innenverhältnis verlagert wird, sich im Umfang jedoch nicht ändert.

## 2. teilweiser Innenausgleichsanspruch

Schaden	5.000.000,00 €			
Kartellant	A	B	C	D
Haftanteil nach Beteiligung am Kartell (etwa nach Umsatz)	50,00%	20,00%	10,00%	20,00%
Bußgeldreduktion	100,00%	50,00%	30,00%	20,00%
Übertragung ins Innenverhältnis	50,00%	0,00%	0,00%	0,00%
Individueller Haftanteil nach Übertragung Bußgeldreduktion	25,00%	20,00%	10,00%	20,00%
<b>Summe der individuellen Haftanteile beträgt aber nur</b>	<b>75,00%</b>			

Zu verteilen sind jedoch 100 % des Schadens. Daher müssen die einzelnen Haftanteile verhältnismäßig erhöht werden:

Der erhöhte einzelne Haftanteil verhält sich zu dem zunächst ermittelten individuellen einzelnen Haftanteil wie der bereits verteilte Prozentsatz des Schadens zu 100 % des Schadens.

Daher gilt:

100%/Summe der Haftanteile	=	133,33%	=	1,333333333
----------------------------	---	---------	---	-------------

ist der Faktor, um den die zunächst ermittelten Haftanteile zu erhöhen sind.

Dies ergibt für die Kartellanten:	A	B	C	D	Summe
einen erhöhten Haftanteil von:	33,33%	26,67%	13,33%	26,67%	100,00%
Zu zahlen hat damit <b>jeder einzelne</b> Kartellant	1.666.666,67 €	1.333.333,33 €	666.666,67 €	1.333.333,33 €	5.000.000,00 €

## 3. zusätzlich Privilegierung für Mitkartellanten

Schaden	5.000.000,00 €				
Kartellant	A	B	C	D	
Haftanteil nach Beteiligung am Kartell (etwa nach Umsatz)	50,00%	20,00%	10,00%	20,00%	
Bußgeldreduktion	100,00%	50,00%	30,00%	20,00%	
Übertragung ins Innenverhältnis	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	
Individueller Haftanteil nach Übertragung Bußgeldreduktion	0,00%	10,00%	7,00%	16,00%	
Summe der individuellen Haftanteile beträgt aber nur	33,00%				
Zu verteilen sind jedoch 100 % des Schadens. Daher müssen die einzelnen Haftanteile verhältnismäßig erhöht werden:					
Der erhöhte einzelne Haftanteil verhält sich zu dem zunächst ermittelten individuellen einzelnen Haftanteil wie der bereits verteilte Prozentsatz des Schadens zu 100 % des Schadens.					
Daher gilt:					
100%/Summe der Haftanteile	=	303,03%	=	3,03030303	
ist der Faktor, um den die zunächst ermittelten Haftanteile zu erhöhen sind.					
Dies ergibt für die Kartellanten:	A	B	C	D	Summe
einen erhöhten Haftanteil von:	0,00%	30,30%	21,21%	48,48%	100,00%
Zu zahlen hat damit jeder einzelne Kartellant	- €	1.515.151,52 €	1.060.606,06 €	2.424.242,42 €	5.000.000,00 €



$$\text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Basis}} = \text{Beteiligung} \times (1 - \text{RedBußgeld\%} \times \text{Übertragung\%})$$

$$\text{Haftanteil}_{\text{Gesamt}} = \sum_{k=1}^n \text{Beteiligung}_k \times (1 - \text{RedBußgeld\%}_k \times \text{Übertragung\%}_k)$$

$$\text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Erhört}} = \frac{100\%}{\text{Haftanteil}_{\text{Gesamt}}} \times \text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Basis}} = \frac{\text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Basis}}}{\text{Haftanteil}_{\text{Gesamt}}}$$

$$\text{Innenhaftung}_{\text{Individuell}} = \text{Schaden}_{\text{Gesamt}} \times \text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Erhört}}$$

$$= \text{Schaden}_{\text{Gesamt}} \times \frac{\text{Haftanteil}_{\text{Individuell-Basis}}}{\text{Haftanteil}_{\text{Gesamt}}}$$

$$= \text{Schaden}_{\text{Gesamt}} \times \frac{\text{Beteiligung} \times (1 - \text{RedBußgeld\%} \times \text{Übertragung\%})}{\sum_{k=1}^n \text{Beteiligung}_k \times (1 - \text{RedBußgeld\%}_k \times \text{Übertragung\%}_k)}$$

„Verzichtet der Kronzeuge in seiner Kronzeugenerklärung auf seine Rechte aus § 33e [GWB], so kann er, soweit er den Geschädigten den diesen entstandenen Schaden ersetzt, den geleisteten Schadensersatz von den übrigen Rechtsverletzern als Gesamtschuldner zurückfordern; er muss sich keinen Eigenanteil anrechnen lassen. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt mit der Leistung des Schadensersatzes an die Geschädigten.“

Alternativ: „Er muss sich einen Eigenanteil in Höhe von ... % des Eigenanteils anrechnen lassen, der sich bei Anwendung des § 33d Abs. 2 [GWB] ergeben würde.“

Formulierungen basieren auf *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2015), S. 23 f., abrufbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2659020](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2659020).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

*Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie deutsches und  
internationales Unternehmens-, Wirtschafts- und Kartellrecht