

## Stellungnahme

**Deutsche Bahn AG  
vom 30. September 2022**

**zum XXIV. Hauptgutachten „Wettbewerb 2022“ der Monopolkommission  
vom 5. Juli 2022**

Die Deutsche Bahn AG („DB“) bedankt sich für die Möglichkeit, eine Stellungnahme zum 24. Hauptgutachten der Monopolkommission einreichen zu können. Die Stellungnahme beschränkt sich auf das II. Kapitel – Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis und hier insbesondere auf Punkt 2.5. **Reformbedarf bei der zivilrechtlichen Privilegierung von Kronzeugen.**

### **I. Keine vollständige Privilegierung des Kronzeugen von der zivilrechtlichen Haftung**

Die DB **lehnt die Empfehlung der Monopolkommission ab, Kronzeugen** im Außen- und Innenverhältnis **vollständig von der Schadensersatzpflicht zu befreien.**

Der Vorschlag der Monopolkommission sieht vor, dass der Kronzeuge im Außenverhältnis nur nachrangig haftet und im Innenverhältnis vollständig privilegiert wird. Der entsprechende Formulierungsvorschlag empfiehlt die Ergänzung der Kartellschadensersatzrichtlinie<sup>1</sup> („KartSE-Richtlinie“) um folgenden Zusatz:

*„Ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen oder eine an dem Kartell beteiligte natürliche Person, dem oder der im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde (Kronzeuge), ist erst dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn von den übrigen Rechtsverletzern kein vollständiger Ersatz erlangt werden kann. Der Ausgleichbeitrag, den der Kronzeuge zu tragen hätte, fällt im Innenverhältnis anteilig bei den übrigen Rechtsverletzern entsprechend ihres eigenen jeweiligen Haftungsbeitrags an. Eine Haftungsbeschränkung nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn 1) der Kronzeuge marktbeherrschend ist oder 2) wenn er unwahre Angaben gegenüber der Wettbewerbsbehörde macht.“<sup>2</sup>*

Der von der Monopolkommission vorgeschlagene Ansatz ist nicht neu.<sup>3</sup> Die EU-Kommission erwog bereits bei der Ausarbeitung der Kartellschadensersatzrichtlinie den Kronzeugen von der Verpflichtung zum Schadensersatz zu befreien.<sup>4</sup> Zu Recht

---

<sup>1</sup> 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 Text von Bedeutung für den EWR, ABl. v. 5.12.2014, L 349/1.

<sup>2</sup> XXIV. Hauptgutachten, Rn. 326.

<sup>3</sup> Für einen Überblick über die damalige Diskussion vgl. z.B. Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, 2013, S. 247 ff.

<sup>4</sup> Vgl. EU-Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Grünbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU - Wettbewerbsrechts, 2005, Rn. 235. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.9.2022).

erfuhr der Vorschlag seinerzeit schon erhebliche Kritik und wurde von der Kommission bereits mit dem sog. Weißbuch nicht mehr weiterverfolgt.<sup>5</sup> Auch heute sprechen gewichtige Gründe gegen eine weitere zivilrechtliche Privilegierung der Kronzeugen zu Lasten der Geschädigten<sup>6</sup>:

- Trotz der (theoretischen) Möglichkeit, die übrigen Kartellbeteiligten in Anspruch zu nehmen und der Ausfallhaftung des Kronzeugen, bleibt der Vorschlag **primärrechtlich bedenklich**:
  - **Der primärrechtliche Anspruch** auf volle Kompensation des kartellbedingt entstandenen Schadens wird **eingeschränkt**.
    - Die Monopolkommission und andere argumentieren zwar, dass die EuGH-Rechtsprechung keine abschließende Regelung dazu treffe, von wem ein Geschädigter Schadensersatz erlangen sollte, und somit eine Vereinbarkeit mit dem Effektivitätsgrundsatz bestehe, weil dem Geschädigten bei einem Ausfall des Kronzeugen als Anspruchsgegner die übrigen Kartellbeteiligten als Anspruchsgegner zur Verfügung stünden.<sup>7</sup>
    - Nach zutreffender Auffassung umfasst der Anspruch auf volle Kompensation allerdings auch die Wahl des Anspruchsgegners.<sup>8</sup> Würde der Kronzeuge als Anspruchsgegner ausscheiden, würde dieses Wahlrecht entfallen und der Geschädigte könnte sich seinen Schuldner nicht mehr aussuchen. Dies beeinträchtigt beispielsweise die Geschäftspartner des Kronzeugen, die möglicherweise gar keine Geschäftsbeziehungen zu anderen Kartellbeteiligten unterhalten.
  - **Allein die vorgesehene Ausfallhaftung des Kronzeugen ist unzureichend**.
    - Eine Ausfallhaftung des Kronzeugen schützt die Rechte der Abnehmer des Kronzeugen aus Sicht der DB AG nicht ausreichend.<sup>9</sup>
    - Die Praxis zeigt, dass Kartellschadensersatzprozesse Jahrzehnte dauern können. Hinzu kämen erfolglose Vollstreckungsversuche.
    - Auch in Fällen, in denen frühzeitig absehbar ist, dass nur der Kronzeuge für sämtliche Schadensersatzansprüche solvent genug

---

<sup>5</sup> Vgl. EU-Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU - Wettbewerbsrechts, 2008, Rn. 303ff. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC0404&from=EN>. (zuletzt abgerufen am 30.9.2022). Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7, 10; Kersting, WuW 2014, 564, 568; Bien, EuZW 2011, 889, 890;

<sup>6</sup> Siehe die Aussagen der Kommissarin Vestagher, Crofts/McNelis, MLex v. 9.9.2022, Leniency overview shouldn't overlook victims rights to damages EU's Vestagher says; Vertiefend s. Makatsch/Bäuerle, WuW 2022, WUW1413373.

<sup>7</sup> XXIV. Hauptgutachten, Rn. 320; Roth, ZHR 2015, 668, 686.

<sup>8</sup> Bezugnehmend auf entsprechend geäußerte Auffassungen in erhaltenen Stellungnahmen, EU-Kommission, Arbeitspapier zum Weißbuch, Rn. 278.

<sup>9</sup> S. noch bezogen auf die übrigen Geschädigten in der Regelung der KartSE-Richtlinie s. Kersting, WuW 2014, 564, 568 m.w.N.

wäre, würden Abnehmer des Kronzeugen unnötig erhebliche Prozess- und Kostenrisiken aufgebürdet. Alle Beteiligten sähen sich jahrelang ungeklärten Risiken ausgesetzt.

- **Sinkende Vergleichsbereitschaft führt zu erschwerter Durchsetzung der Ansprüche und Mehrbelastung der Zivilgerichte.**

- Müssen zukünftig die übrigen Kartellbeteiligten für den Schaden des Kronzeugen aufkommen, wird es keine vollständigen vorgerichtlichen Vergleiche mehr geben.
- Vergleiche werden in der Praxis regelmäßig nur über den eigenen verursachten Schadensanteil geschlossen.
- Es dürfte ausgeschlossen sein, dass sich Kartellbeteiligte freiwillig darauf einlassen, den Schadensanteil des Kronzeugen zu begleichen, solange die Verteilung der Haftungsbeiträge nicht geklärt ist.<sup>10</sup> In der Folge wäre die Justiz noch stärker mit Verfahren belastet.<sup>11</sup>

- **Abschreckung weiterer potenzieller Antragsteller:**

- Es besteht das Risiko, dass weitere nachrangige Antragsteller keine Kronzeugenanträge mehr stellen. Bei vollständiger Immunität vor Schadensersatzansprüchen des ersten Kronzeugen, erhielten die nachrangigen Kronzeugen zwar noch eine Bußgeldreduktion, müssten aber nach dem Vorschlag der Monopolkommission anteilig nach ihrem jeweiligen Haftungsanteil für den Schaden des Kronzeugen aufkommen und trügen das Ausfallrisiko der übrigen Kartellbeteiligten, da der Kronzeuge nur haften soll, wenn von keinem anderen Kartellbeteiligten Schadensersatz zu erlangen ist.
- Dies könnte zu einem Rückgang von weiteren Kronzeugenanträgen führen, nachdem das erste Unternehmen einen Antrag gestellt hat. Damit würden wichtige Beweismittel unter den Tisch fallen und Tatsachen zu Art und Umfang der wettbewerbswidrigen Absprachen unaufgeklärt bleiben.

## **II. Teilweise Erstattung der Vergleichsbeträge aus vor dem Erlass des Bußgeldbescheids geschlossenen Vergleichen**

Die DB schlägt die folgende **Ergänzung des Art. 11 Abs. 4 der KartSE-Richtlinie** durch einen Satz 3 vor:

---

<sup>10</sup> S. zur Bestimmung der Haftungsanteile z.B. Makatsch/Bäuerle, in: MüKoWettbR, 4. Aufl. 2022, § 33d Rn. 14ff.; Gleiches gilt im Übrigen auch für kommerzielle Einigungen, die in der Praxis häufig an die Stelle von Geldzahlungen treten.

<sup>11</sup> So beklagen Gerichte bereits heute eine Überlastung auch im Hinblick auf komplexe Kartellschadensersatzverfahren, s. PM des LG München I vom 18.3.2022, <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/landgericht/muenchen-1/presse/2022/9.php> (zuletzt abgerufen am 30.9.2022).

**Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass der Kronzeuge Ersatz für die aufgrund von vor Erlass einer finalen Entscheidung über die Bußgeldhöhe mit seinen direkten und indirekten Abnehmern erzielten Vergleiche zu leistenden Zahlungen zu einem festzulegenden Anteil erhält. Dazu können die Mitgliedstaaten einen Fonds aufsetzen, in den Teile der von den übrigen Rechtsverletzern gezahlten Bußgelder einfließen.**

**Begründung:** Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sollen gemäß Art. 18 Abs. 3 der KartSE-Richtlinie und Art. 14 Abs. 2 der ECN+ Richtlinie<sup>12</sup> etwaige infolge eines Vergleichs geleistete Schadensersatzzahlungen von der Wettbewerbsbehörde berücksichtigt werden können. Eine wirksame Umsetzung setzt somit voraus, dass Kartellverfahren so ausgestaltet sind, dass Schadensersatzzahlungen tatsächlich vor Verhängung von Bußgeldern erfolgen können.

Dies könnte erreicht werden, indem das Bundeskartellamt („BKartA“) zunächst in einem ersten Schritt einen Zwischenbescheid erlässt, der den Kartellrechtsverstoß dem Grunde nach feststellt<sup>13</sup>, und der Kronzeugenstatus mitgeteilt wird.<sup>14</sup> Erst nach einem Übergangszeitraum von mindestens einem Jahr nach Veröffentlichung des Zwischenbescheides sollte das BKartA einen zweiten, abschließenden Bescheid erlassen, in dem es die Bußgeldhöhe festsetzt.<sup>15</sup> In diesem Übergangszeitraum könnten Kartellbeteiligte einschließlich des Kronzeugen freiwillig mit ihren Abnehmern einen außergerichtlichen Schadensausgleich herbeiführen. Die erfolgten Vergleichszahlungen müssten sich unmittelbar und nachvollziehbar auf die Höhe des Bußgelds auswirken.<sup>16</sup> Da für den eine vollständige Bußgeldbefreiung erhaltenden Kronzeugen kein Anreiz in Form einer Bußgeldreduktion mehr besteht, könnte ein weiterer Vergleichsanreiz für den Kronzeugen darin geschaffen werden, dass die **vereinbarten Vergleichsbeträge (teilweise) übernommen** werden.<sup>17</sup> So könnte ein Anteil der Vergleichsbeträge – ggf. durch einen Trustee überwacht<sup>18</sup> – durch die eingenommenen Geldbußen der anderen Kartellbeteiligten aus einem **Fond finanziert** werden.<sup>19</sup> Bereits vorgeschlagen wurde z.B. ein Erstattungsanspruch des Kronzeugen

---

<sup>12</sup> 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 Text von Bedeutung für den EWR, ABl. v. 5.12.2014, L 349/1.

<sup>13</sup> S. auch den im Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie vom BMJ vorgeschlagenen Prozess, vgl. Röckrath, LTO v. 27.9.2022, So soll die neue „Eine-für-alle-Klage“ funktionieren, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/verbandsklage-abhilfeklage-sammelklage-referentenentwurf/> (zuletzt abgerufen am 30.9.2022).

<sup>14</sup> Entscheidend ist, dass das BKartA diesen Bescheid auch veröffentlicht, vgl. Art. 30 Abs. 1 VO (EG) 1/2003; hierzu auch EuG, Urt. v. 28.02.2015, Rs. T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51 = WuW/E EU-R 3200 = WuW 2015, 432, Rn. 89, 155 – Bleichmittelkartell.

<sup>15</sup> Das slowenische Recht kennt eine Zweiteilung, s. OECD, Annual Report on Competition Policy Developments in Slovenia – 2018 -, DAF/COMP/AR(2019)30.

<sup>16</sup> Weiterführend Makatsch/Bäuerle, WuW 2016, 341; Das deutsche Recht kennt bereits den Täter-Opfer-Ausgleich (§ 46a StGB).

<sup>17</sup> Makatsch/Bäuerle, WuW 2022, WUW1413373; Bien, EuZW 2011, 889, 890.

<sup>18</sup> Hornkohl, A Solution To Europe’s Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds, 18.2.2022,

<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/> (zuletzt abgerufen am 30.9.2022).

<sup>19</sup> Zur Finanzierung aus einem Fond insbes. Halvardsson Barlund, Norwegian Competition Authority, Rapport 5/2020, V2019-7, S. 13.

gegen die Staatskasse<sup>20</sup>, wobei eine anteilige Tragung von Vergleichszahlungen, zumindest nach dem obenstehenden Vorschlag ohne umfangreiche gesetzliche Neuregelungen umsetzbar wäre.<sup>21</sup> Der Kronzeuge hätte so die Möglichkeit sich mit seinen Abnehmern zu vergleichen und anschließend eine entsprechende (teilweise) Erstattung zu erhalten, was auch den Anreiz, als erster einen Kronzeugenantrag zu stellen erhöhen würde. Geschädigte würden nicht in Ihrem Anspruch auf volle Kompensation (weiter als bislang der Fall) eingeschränkt und die übrigen Kartellbeteiligten würden nicht in größerem Maße als bislang auch der Fall für die durch den Kronzeugen verursachten Schäden herangezogen. Die geringeren Staatseinnahmen durch Bußgelder sollten vor dem Hintergrund der Effizienzgewinne und der Entlastung der Zivilgerichte ordnungspolitisch zu verkraften sein.

\*\*\*\*\*

---

<sup>20</sup>Bien, EuZW 2011, 889, 890, noch im Vorfeld der KartSE-Richtlinie; in Verbindung mit einer Gewinnabschöpfung durch das Bußgeld, Kersting, NZKart 2022, 309, 313.

<sup>21</sup> S. XXIV. Hauptgutachten, Rn 319.