

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Feldmühleplatz 1
D - 40545 Düsseldorf
Postfach 10 17 43
D - 40008 Düsseldorf

Büroanschrift des Vorsitzenden:

Place du Champ de Mars 5
Bastion Tower
B - 1050 Brüssel
Tel: +32 2 504 7021
Fax: +32 2 504 7500
frank.montag@freshfields.com

An die Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Direktion F – Kartelle
Neufassung der Kronzeugenregelung
B-1049 Brüssel

25. Oktober 2006

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf einer Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 600 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt.
2. Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folgenden die „Studienvereinigung“) begrüßt die vorgeschlagene Neufassung der Kronzeugenregelung der Kommission, die gegenüber der Mitteilung von 2002 eine Reihe von Verbesserungen und Klarstellungen enthält sowie die bisherige Praxis „kodifiziert“. Die Studienvereinigung begrüßt insbesondere
 - die Einführung eines Marker-Systems,
 - die Einführung einer gewissen Flexibilität bei der Beendigung des Verstoßes durch den Antragsteller,

VORSTAND: Dr. Frank Montag (Vorsitz) - Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Dr. Hanno Wollmann
Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz
Ehrenmitglieder: Oliver Axster - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

- die Beibehaltung des sog. *Coercer*-Tests und, dass Anführern nach wie vor volle Immunität gewährt werden kann, sowie
- die Regelung mündlicher Unternehmenserklärungen und deren Schutz vor *discovery* in zivilrechtlichen Schadensersatzverfahren.

Die Stellungnahme der Studienvereinigung wird sich im Folgenden nicht weiter mit den aus ihrer Sicht positiven Aspekten des Mitteilungsentwurfs beschäftigen, sondern nur jene Stellen des Entwurfs kommentieren, die noch verbesserungsfähig erscheinen.

3. Der Anwendungsbereich des Mitteilungsentwurfs beschränkt sich auf horizontale Kartelle (Randnummer 1). Auch wenn dies dem Ansatz des ECN-Kronzeugenregelungsmodells entspricht und die in Randnummer 14 der Erläuterungen zum ECN-Kronzeugenregelungsmodell angeführten Gründe für eine solche Beschränkung beachtlich sind, trägt diese Beschränkung nicht hinreichend dem Umstand Rechnung, dass in der Praxis bei Kartellen oft auch vertikale Elemente zu verzeichnen sind, etwa bei Herstellern, die zueinander in einem OEM-Verhältnis stehen. Es wäre sachgerechter, vertikale Aspekte in die Regelung mit einzubeziehen, zumindest soweit sie mit einem horizontalen Kartell in Zusammenhang stehen.
4. Während die deutsche Fassung des Entwurfs gegenüber der Mitteilung von 2002 substantiell unverändert ist, enthält die englische Fassung in Randnummer 8 eine Änderung. Statt „*may enable*“ heißt es jetzt „*will enable*“, was anscheinend die Anforderungen an die Informationen und Beweismittel verschärft, die ein Unternehmen beizubringen hat, um die Geldbuße erlassen zu bekommen. Sollte hier eine Verschärfung der Anforderungen intendiert sein, wäre diese bedenklich, denn sie könnte angesichts der ohnehin insoweit bei den Unternehmen bestehenden Unsicherheit, ob sie sich qualifizieren können, diese davon abhalten, Kronzeugenanträge zu stellen, was wiederum den – bislang unbestreitbaren – Erfolg des Kronzeugenprogramms der Kommission in Frage stellen könnte. Mit verschärften Anforderungen würde die Kommission auch riskieren, dass sich ihr Standard von dem anderer Kartellbehörden absetzt, was sich, wie jede Diskrepanz, bei grenzüberschreitenden Kartellen negativ auf die Effizienz der verschiedenen Kronzeugenprogramme auswirkt.

5. In Randnummern 9 lit. b und 11 ist in der deutschen Fassung von Beweisen „für den relevanten Zeitraum“ und in der englischen Fassung von „*contemporaneous evidence*“ die Rede. Es ist unklar, was hier gemeint ist. Denkbar sind – je nach Sprache – drei verschiedene Interpretationen. Es könnte sich erstens um Beweise für einen noch andauernden Verstoß handeln. Das legt insbesondere die englische Sprachfassung von Randnummer 11 nahe: „*contemporaneous incriminating evidence*“. Es könnte sich zweitens um Beweismittel aus der Zeit des Verstoßes handeln. Drittens könnte es sich allgemeiner um Beweismittel handeln, die sich auf den relevanten Zeitraum beziehen, aber nicht unbedingt aus ihm stammen. Die erste Interpretation kann kaum gemeint sein, denn warum sollten nur noch andauernde Kartelle angezeigt werden können? Wie sich aus Randnummer 36 ergibt, können Kartelle im Rahmen der Kronzeugenregelung aufgedeckt werden, solange sie noch nicht verjährt sind. Falls die zweite Interpretation gemeint sein sollte, geht sie aus der deutschen Entwurfsfassung nicht hinreichend klar hervor. Es wäre überdies eine überzogene Anforderung, denn es gibt keinen Grund, ein Unternehmen, das hinreichend zur Aufklärung eines Kartells beiträgt, aber nicht „zeitgenössische Beweise“ beibringen kann, von der Bußgeldfreiheit auszuschließen.
6. Randnummer 10 sollte an Randnummer 8 lit. a angepasst werden und ebenfalls auf eine „gezielte“ Nachprüfung Bezug nehmen. Es gibt keinen Anlass, hier eine Lücke entstehen zu lassen zwischen den Anforderungen an beizubringende Beweismittel und dem, was die Bußgeldfreiheit ausschließt, wenn die Kommission schon darüber verfügt.
7. In Bezug auf den dritten Spiegelstrich von Randnummer 12 lit. a wäre zu erwägen, dass es Unternehmen nicht immer möglich ist, derzeitige Angestellte und Direktoren für Befragungen zur Verfügung zu stellen, denn diese haben selbst vor Gericht, soweit sie persönlich verfolgt werden können, ein Zeugnisverweigerungsrecht. Es wäre sachgerechter, die Einschränkung „soweit möglich“ sowohl auf frühere als auch auf die derzeitigen Angestellten und Direktoren zu beziehen.
8. Für Randnummer 12 lit. c sollte es genügen, wenn ein Unternehmen „angemessene Vorkehrungen trifft“, dass Beweise nicht vernichtet, verfälscht oder unterdrückt wer-

den. Es ist nicht immer möglich, Mitarbeiter, die auch persönlich betroffen sind, insoweit im Zaum zu halten. Das Unternehmen, das alles ihm Mögliche tut, sollte nicht darunter leiden, dass die, die es ohnehin schon mit ihren Aktivitäten geschädigt haben, nach wie vor nicht belehrbar sind.

9. Die Verpflichtung in Randnummer 12 lit. c sollte sich auch nicht schrankenlos auf die Vergangenheit beziehen. Unterdrückt ein Mitarbeiter Beweise, bevor die Unternehmensleitung überhaupt Kenntnis von dem Verstoß hat, sollte dies Bußgeldfreiheit oder –ermäßigung nicht ausschließen.
10. Die Regelung in Randnummer 12 lit. c a.E., wonach ein Unternehmen nichts über die Stellung und den Inhalt des Antrags auf Kronzeugenbehandlung verlautet haben darf, ist aus Sicht der Kommission verständlich, denn der Fall *Italienischer Rohtabak* hat gezeigt, dass es hier tatsächlich Probleme geben kann. Gleichwohl sollte bedacht werden, dass insbesondere US-amerikanische und in den Vereinigten Staaten börsennotierte Unternehmen auch den Anforderungen von *Sarbanes Oxley* nachkommen müssen, was ein Spannungsverhältnis erzeugen kann, das nicht zu Lasten der Unternehmen gehen darf. Vorstände, die den Anforderungen von *Sarbanes Oxley* nicht nachkommen, machen sich persönlich strafbar. Hier könnte klargestellt werden, dass, soweit ein Unternehmen meint, die Stellung oder den Inhalt seines Antrags auf Kronzeugenbehandlung aufdecken zu müssen, dies in Abstimmung mit der Kommission zu geschehen hat. In Abstimmung mit der Kommission sollte auch die – vertrauliche – Offenlegung gegenüber Kunden möglich sein, wenn sie dem Ziel dient, sich mit den Kunden frühzeitig über mögliche Schadensersatzforderungen zu einigen.
11. Die Kommission sollte bei der Vergabe von Markern keinen Ermessensspielraum haben, wenn der Antragsteller die im zweiten Satz von Randnummer 15 genannten Voraussetzungen erfüllt. Das durch „können“ oder „may“ zum Ausdruck gebrachte Ermessen der Kommission kreiert nur Unsicherheit, die sich negativ auf die Bereitschaft der Unternehmen auswirkt, Kronzeugenanträge zu stellen.
12. Die Regelung im letzten Satz von Randnummer 16 lit. b, wonach bei der hypothetischen Anfrage die von dem mutmaßlichen Kartell betroffene Ware oder Dienstleistung und die räumliche Ausdehnung des mutmaßlichen Kartells klar anzugeben sind,

ist nicht sachgerecht. Im Hinblick darauf, dass ein Unternehmen, das eine hypothetische Anfrage macht, sich ohnehin dem Risiko aussetzt, auch nach Zurückziehen seiner Beweismittel nicht mit diesen, jedoch ausgelöst durch diese verfolgt zu werden, darf bei der hypothetischen Anfrage nicht im ersten Schritt zuviel verlangt werden. Es wäre besser, sich hier der US-amerikanischen Praxis anzupassen, in der zunächst beispielsweise nur der Industriesektor genannt wird und nur dann, wenn auf dieser Basis noch keine Antwort möglich ist, ob die Stelle des ersten Kronzeugen noch frei ist, der betroffene Markt schrittweise weiter eingegrenzt wird. Hier könnten und sollten auch entsprechende Auskunftspflichten der Kommission festgelegt werden.

13. In Randnummern 22 Satz 2 und 30 a.E. ist vorgesehen, dass wenn ein Unternehmen am Ende die in Randnummer 12 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ihm keine begünstigte Behandlung auf der Grundlage der Mitteilung gewährt wird. Dies ist eine Verschärfung gegenüber der Mitteilung von 2002, die insoweit nur die Möglichkeit des Wegfalls der begünstigten Behandlung vorsieht. Es verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, in solchen Fällen jede Vergünstigung auszuschließen, denn das Unternehmen kann an der Nichterfüllung aller Umstände auch nur eine geringe Schuld treffen. Im Fall *Italienischer Rohtabak* wurde dem betroffenen Unternehmen am Ende auch noch ein Nachlass von 50% gewährt, zugegebenermaßen allerdings nicht im Rahmen der Kronzeugenregelung. Wenn hier schon im Rahmen der Kronzeugenregelung jeder Vorteil entfallen soll, sollte darauf hingewiesen werden, dass die Kooperation immer noch im Rahmen der allgemeinen Bußgeldbemessung berücksichtigt werden kann.
14. In Randnummer 24 werden die Voraussetzungen festgelegt, unter denen ein Unternehmen von einer Ermäßigung der Geldbuße profitieren kann. Hierzu gehört nunmehr über die Verweisung auf Randnummer 12 lit. a die kontinuierliche Kooperation. Es ist allerdings ein Bruch im System, wenn ein Unternehmen gemäß Randnummer 30 erst am Ende des Verfahrens erfährt, ob es für eine Ermäßigung in Betracht kommt, andererseits aber schon ab dem Zeitpunkt der Antragstellung uneingeschränkt mit der Kommission kooperieren muss. Dieser Bruch könnte und sollte dadurch ausgeräumt werden, dass entsprechend der Regelung in Randnummer 18 für

den Erlass der Geldbuße dem antragstellenden Unternehmen frühzeitig eine bedingte Ermäßigung der Geldbuße schriftlich mitgeteilt wird.

15. Bei der Regelung der Aufdeckung erweiternder Umstände in Randnummer 26 a.E. ist es überzogen, nur bei der Vorlage „zwingender“ Beweise diese neuen Umstände bei dem Unternehmen, das sie aufdeckt, nicht zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, als die kooperierenden Unternehmen im Hinblick auf Randnummer 12 lit. a gehalten sind, alle relevanten Informationen und Beweismittel zu übermitteln. Wenn ein antragstellendes Unternehmen nach Randnummer 12 lit. a auch Informationen und Beweise vorlegen muss, die die Schwere oder Dauer der Zuwiderhandlung über das der Kommission schon bekannte Maß hinaus ausdehnen, es insoweit jedoch nicht geschützt wird, kann sich dies wiederum nachteilig auf die Bereitschaft der Unternehmen auswirken, überhaupt Kronzeugenanträge zu stellen.
16. Der fünfte Satz von Randnummer 32 ist in seiner deutschen Formulierung nicht zu beanstanden. Im Englischen heißt es jedoch: „*the undertaking shall listen to the recordings ...*“. Es ist verfehlt, einem Unternehmen, das die Richtigkeit der Niederschrift prüft, den Vorteil der Bußgeldfreiheit nur deshalb zu entziehen, weil es sich die Tonbandaufnahmen nicht oder nicht vollständig anhört. Das kann nicht gemeint sein.
17. Randnummer 33 sieht eine Verpflichtung der Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte vor, die Informationen aus einer Unternehmenserklärung nicht mit mechanischen oder elektronischen Mitteln zu kopieren. Soweit hiernach die Möglichkeit verbleibt, den Wortlaut von Unternehmenserklärungen auf Grundlage der Aufzeichnung verbatim abzudiktieren, könnte eine Schutzlücke entstehen, denn eine derartige Reproduktion ohne „*attorney work product input*“ könnte im Rahmen einer *discovery* vorzulegen sein. Das wiederum könnte sich negativ auf die Bereitschaft der Unternehmen auswirken, Kronzeugenanträge zu stellen. Andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass die übrigen Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte in der Lage sein müssen, sich mit dem genauen Wortlaut einer sie belastenden Unternehmenserklärung auseinanderzusetzen, wenn ihnen hinreichend rechtliches Gehör gewährt werden soll.

18. Die Definition des Zwecks der Akteneinsicht in Randnummer 34 („nur für die Zwecke der Rechts- und Verwaltungsverfahren im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft“) ist sicher besser als die in Randnummer 33 der Mitteilung von 2002 („zu keinem anderen Zweck als zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag“). Es fragt sich jedoch immer noch, ob damit das in Randnummer 6 dargelegte Ziel erreicht wird, dass qua Akteneinsicht erhaltene Kronzeugeninformationen nicht in Schadensersatzprozessen verwendet werden. Schadensersatzprozesse können auch Gerichtsverfahren im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft sein. In jedem Fall sollte „*judicial proceedings*“ aus der englischen Fassung im Deutschen mit „Gerichtsverfahren“ und nicht mit „Rechtsverfahren“ übersetzt werden. Besser wäre jedoch vorzusehen, dass die bei der Akteneinsicht enthaltenen Informationen nur für die Zwecke des konkreten Verwaltungsverfahrens der Kommission und gerichtlicher Verfahren über Rechtsmittel gegen in diesem Verfahren ergangene Entscheidungen der Kommission verwendet werden dürfen.
