

Dr. Andreas Ruster

LL.M. (London), maître en droit (Paris)

andreasruster@quinnemanuel.com

+49.174.755.62.71

§ 33g GWB zwischen Wunsch und Wirklichkeit

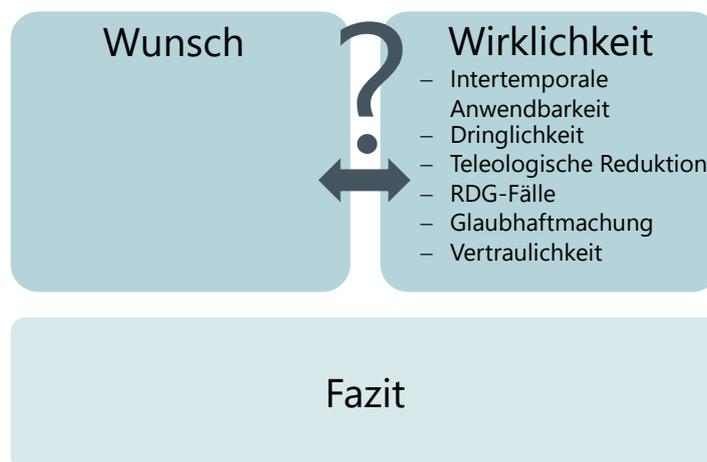
Competition Litigation Forum
11. Mai 2021



quinn emanuel deutschland
ANWALTSGESAMTSCHAFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

1

Agenda



quinn emanuel deutschland
ANWALTSGESAMTSCHAFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT



Dr. Andreas Ruster

2

Wunsch

3

Unionsgesetzgeber (KartellSE-RL 2014/104/EU)



EGr. 3, 11, 14, 15, 21, 22 Art. 5 Abs. 1 KartellSE-RL;
Rz. 4 Vertraulichkeitsmitteilung
⇔ EGr. 15, 16, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 Art. 5
Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 3, 4 KartellSE-RL

st. Rspr.; EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99 Rn. 26 ff.
– Courage; BGH, 10.2.2021, Az. KZR 63/18 –
Schienenkartell VI

4

Deutscher Gesetzgeber (§§ 33g, 89b GWB)

Umsetzung der KartellSE-RL und ihrer Ziele

Erleichterung
außergerichtlicher
Einigungen

Vermeidung
aussichtsloser
Schadensersatz-
verfahren

BT-Drs. 18/10207, S. 62 ff. (RegE 9. GWB-Novelle);
BT-Drs. 19/23492, S. 140, 141 f. (RegE 10. GWB-Novelle)

5

Rechtspraxis



6

Wirklichkeit

7

Intertemporale Anwendbarkeit (1)

9. GWB-Novelle (§ 186 Abs. 4 GWB): „[...] §§ 33g sowie 89b [...] sind nur in Rechtsstreiten anzuwenden, in denen **nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben** worden ist.“

OLG Düsseldorf: zusätzliche Einschränkung: § 33g GWB nur anwendbar, wenn **Schaden nach dem 26. Dezember 2016 entstanden** ist

- 3.4.2018, Az.: VI-W (Kart) 2/18, juris – Herausgabe von Beweismitteln I / LKW-Kartell
- 7.5.2018, Az.: VI-W (Kart) 2/18, juris – Herausgabe von Beweismitteln II / LKW-Kartell
- s.a. 10.2.2021, Az.: VI-U (Kart) 8/19, juris Rn. 196 – HDF-Platten

LG Nürnberg-Fürth, wohl auch LG Stuttgart (ZK 45): **zustimmend**

- LG Nürnberg-Fürth, 5.3.2020, Az.: 19 O 393/17, BeckRS 2020, 3094 Rn. 74
- LG Stuttgart, 21.12.2018, Az.: 45 O 10/17, BeckRS 2018, 37439 Rn. 78

LG München I, LG Hannover (ZK 18); LG Stuttgart (ZK 30): **offen/unklar**

- LG München I, 27.3.2020, Az.: 37 O 18471/18, NZKart 2020, 269 Rn. 28
- LG Hannover, 16.4.2018, Az.: 18 O 23/17, BeckRS 2018, 7764 Rn. 100
- LG Hannover, 16.4.2018, Az.: 18 O 21/17, BeckRS 2018, 7910 Rn. 103
- LG Stuttgart, 19.12.2019, Az.: 30 O 8/18, BeckRS 2019, 32698 Rn. 44
- LG Stuttgart, 12.12.2019, Az.: 30 O 27/17, BeckRS 2019, 32706 Rn. 79
- LG Stuttgart, 25.7.2019, Az.: 30 O 44/17, BeckRS 2019, 16037 Rn. 173
- LG Stuttgart, 14.12.2018, Az.: 30 O 26/17, BB 2019, 147 f.

LG Hannover (ZK 13): **gegen eine Einschränkung**

- 17.12.2020, Az.: 13 O 265/20, juris Rn. 3 ff. – Alt-Batterien-Kartell

8

Intertemporale Anwendbarkeit (2)

10. GWB-Novelle (§ 186 Abs. 4 GWB n.F.):

„ [...] §§ 33g sowie 89b [...] sind **unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung der Schadensersatzansprüche** nur in Rechtsstreiten anzuwenden, in denen nach dem 26. Dezember 2016 Klage erhoben worden ist.

Vgl. BT-Drs. 19/23492 S. 141 f.:

„Dies entspricht auch der Auffassung des Gesetzgebers der 9. GWB-Novelle [...] Eine andere Auslegung (siehe hierzu die OLG Düsseldorf, [...]) ist auch nicht erforderlich [...]“

Grundproblem: Konflikt mit tradierten Regeln des deutschen Zivilprozesses:

„[K]eine Partei [ist] gehalten [...], dem Gegner für seinen Proze[ss]sieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt“ (st. Rspr.; BGH NJW 1990 3151)

Dringlichkeit (1)



9. GWB-Novelle (§ 89b Abs. 5 S. 1 GWB):

Herausgabe der Behördenentscheidung „im Wege der einstweiligen Verfügung auch **ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung** der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen“

Frage: Nur Darlegung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit entbehrlich oder auch ihr Vorliegen, d.h. **eV zeitlich befristet?**

OLG Düsseldorf, LG Stuttgart, LG Köln: Bloße **widerlegliche Dringlichkeitsvermutung**

- OLG Düsseldorf, 3.4.2018, Az.: VI-W (Kart) 2/18, juris – Herausgabe von Beweismitteln I / LKW-Kartell (Vorinstanz LG Köln)
- OLG Düsseldorf, 7.5.2018, Az.: VI-W (Kart) 2/18, juris – Herausgabe von Beweismitteln II / LKW-Kartell (Vorinstanz LG Köln)
- LG Stuttgart, 20.6.2018, Az.: 30 O 79/18, BeckRS 2018, 16091 Rn. 27 ff.

LG Hannover (ZK 13): gegen eine Einschränkung

- 17.12.2020, Az.: 13 O 265/20, juris Rn. 33 ff. – Altbatterien-Kartell

Dringlichkeit (2)

10. GWB-Novelle (§ 89b Abs. 5 S. 2 GWB n.F.):

„Eine Anordnung nach Satz 1 **setzt keine Eilbedürftigkeit voraus.**“

Vgl. BT-Drs. 19/23492 S. 140:

- „Die Rechtsprechung hat diese Vorschrift teilweise so ausgelegt, dass dieses Ziel der Verfahrenseffizienz nicht im wünschenswerten Maße erreicht werden kann. [...] Durch eine solche Auslegung der Vorschrift könnten potentiell Kartellgeschädigte faktisch zur Geltendmachung eines Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruchs zu einem Zeitpunkt gezwungen werden, zu dem sie noch überhaupt nicht abschließend entschieden haben, ob die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen näher geprüft werden soll.“
- „ein **eigenständiges Verfahren**“

Erforderlichkeit / Teleologische Reduktion

Konstellation: Geschädigter verlangt von Kartellanten Herausgabe von Kaufverträgen, die er selbst auch früher hatte, nun aber nicht mehr hat.

Einschränkung des § 33g: Kein Auskunftsrecht, da kein strukturelles Informationsdefizit

- LG München I, 27.3.2020, Az.: 37 O 18471/18, juris Rn. 39 f. – Herausgabe von Beweismitteln I / LKW-Kartell
- LG München I, 19.2.2021, Az.: 37 O 10526/17, juris Rn. 162 – Herausgabe von Beweismitteln II / LKW-Kartell
- Ähnlich: Handelsgericht Valencia, 7.12.2018, Az.: 644/2017, ECLI:ES:JMV:2018:148A – LKW-Kartell

Einordnung:

- Dogmatisch: wohl **teleologische Reduktion** des § 33g GWB
- **Unionsrechtskonformität zweifelhaft**, jedenfalls wenn **unverschuldeter** Verlust der Dokumente beim Geschädigten (z.B. Vernichtung nach Ablauf gesetzlicher Aufbewahrungsfristen)



Erforderlichkeit / Ausforschung in RDG-Fällen

Konstellation:

- Schadensersatzklage im Abtretungsmodell (Geschädigte treten Ansprüche an SPV ab, das aus abgetretenem Recht gegen Kartellanten [außergerichtlich/gerichtlich] vorgeht)
- Beklagter verlangt nach § 33g Abs. 2 GWB (i.V.m. § 89b GWB) Herausgabe der Forderungskaufverträge zwischen Geschädigten und SPV

Subsumtion:

- Erforderlichkeit? Implementierung der gesamten RDG-Diskussion innerhalb des § 33g GWB?
- Verhältnismäßigkeit? (insbesondere Ausforschungsverbot § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB)
- Vertraulichkeit?
- ...

Glaubhaftmachung eines Schadensersatzanspruchs

LG Hannover, 17.12.2020, Az.: 13 O 265/20, juris Rn. 16 – Altbatterien-Kartell

Darlegung (mindestens) eines Einzelbezuges erforderlich?

⇔ **Betroffenheit** der Antragstellerin, nicht kartellbefangene Einzeltransaktionen?

Glaubhaftmachung eines Schadensersatzanspruchs gerade gegen die Antragsgegnerin erforderlich?

⇔ Künftig eingeschränkte Offenlegungsrechte gegenüber **Kronzeugen**?

§ 33e Abs. 1 GWB: „Abweichend von § 33a Absatz 1 ist 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), nur zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der seinen oder ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht. Anderen Geschädigten ist der Kronzeuge nur zum Ersatz des aus dem Verstoß gemäß § 33a Absatz 1 entstehenden Schadens verpflichtet, wenn sie von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz erlangen konnten.“

Vertraulichkeit (1) – 1. Schritt: Identifizierung



§ 33g Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 6 GWB:

„Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist **ausgeschlossen**, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten **unverhältnismäßig** ist.

Bei der Abwägung sind insbesondere zu berücksichtigen:
[...]

6. der Schutz von **Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen** und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen.“

LG Hannover, 17.12.2020, Az.: 13 O 265/20, juris Rn. 32 – Altbatterien-Kartell:

- Automatismus: **Was die Kommission für vertraulich hält, ist auch im deutschen Herausgabeverfahren als vertraulich zu unterstellen**
- Pragmatismus vs. Einzelfallgerechtigkeit

Vertraulichkeit (2) – 2. Schritt: Konsequenzen

Vertraulichkeitsmitteilung der Europäischen Kommission (ABl. 242 vom 22.7.2020): **unverbindliche „Anregung und Anleitung“** für nationale Gerichte



Schwärzungen

- Widerspruch zu „Automatismus“-Ansicht des LG?
- Praktikabilität/PEBB&Y?



Sachverständige

- § 89b Abs. 7 GWB (ergänzt durch die 10. GWB-Novelle; BT-Drs. 19/23492 S. 140; s.a. BT-Drs. 18/10207 S. 102 mwN)
- s.a. Patentsachen: Düsseldorfer Verfahren; USA: Special Master



Vertraulichkeitskreise / Confidentiality rings

LG Hannover, 17.12.2020, Az.: 13 O 265/20, juris Rn. 32 – Altbatterien-Kartell:

- **Offenlegung** der vertraulichen Fassung der Kommissionsentscheidung gegenüber der Antragstellerin
- **Auferlegung von Beschränkungen** (keine Weitergabe; Verwendung nur für Schadensersatzverlangen)

Fazit & Ausblick

Fazit



- Die „Revolution“ kommt jedenfalls nur langsam in Gang.
 - **Zurückhaltung bei Geschädigten**
 - Grundskepsis?
 - Unsicherheit durch Gerichtspraxis?
 - Fehlende Ressourcen bei kleineren Geschädigten (ohne Bündelungsmöglichkeit)?
 - Teilweise fehlendes Auskunftsbedürfnis?
 - **Zurückhaltung bei Gerichten**
 - Schon jetzt zu beobachten: Auskunftsklagen als **Vergleichsanreiz**
 - **Verbreitete „Gegen“-Auskunftsbegehren von Beklagten** in Kartellschadensersatzprozessen
 - Im **EU-Ausland gemischtes Bild**

Ausblick

Boom der Auskunftsklagen?

- Ja, ...
 - Erste rechtliche Hürden gefallen, auch infolge der 10. GWB-Novelle
 - Ausgehen der Alternativen?
 - § 89c Abs. 5 GWB (9. GWB-Novelle) und § 56 Abs. 3-5 GWB (10. GWB-Novelle)
 - vgl. jüngst OVG NRW, 16.4.2021, Az.: 15 B 1285/20, juris Rn. 33 ff.
- ..., aber: langfristig Rückgang des Auskunftsbedürfnisses?
 - Zeitliche Anwendbarkeit von Vermutungen (§ 33a Abs. 2 S. 1, S. 4 GWB)?
 - Gerichtliche Schadensschätzung
 - LG Dortmund, 30.9.2020, Az.: 8 O 115/14, juris Rn. 108 ff.; 4.11.2020, Az.: 8 O 26/16, juris Rn. 86 ff.; 3.2.2021, Az.: 8 O 116/14, juris Rn. 83 ff.
 - BGH, 10.2.2021, Az. KZR 63/18 – Schienenkartell VI
 - Schadenshöhenvermutung?



Dr. Andreas Ruster

LL.M. (London), maître en droit (Paris)
andreasruster@quinnemanuel.com
+49.174.755.62.71

Vielen Dank!

Nominiert für
Antitrust Writing Awards 2021
Votes welcome!
<https://tinyurl.com/rnzd9yma>

Literatur:

- Ruster in Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, S. 378-396 (mit Lahme)
- Ruster in Stancke/ Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche SE-Klagen, 2. Aufl. 2021, S. 263-328
- Ruster JECLAP 2020, 22-34 (mit von Massow)
- Ruster World Competition 2020, 347-372 (mit von Massow)
- Ruster NZKart 2019, 645 (mit Lahme)