

„Disclosure“ im Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle

FIW – 45. Brüsseler Informationstagung

Brüssel, 10. November 2016

Christopher Rother, Hausfeld Rechtsanwälte LLP

HAUSFELD

Gliederung des Vortrags



Ausgangslage

Aktuelle Rechtslage und
Schadensersatzrichtlinie

9. GWB-Novelle

Überblick über die Neuregelungen

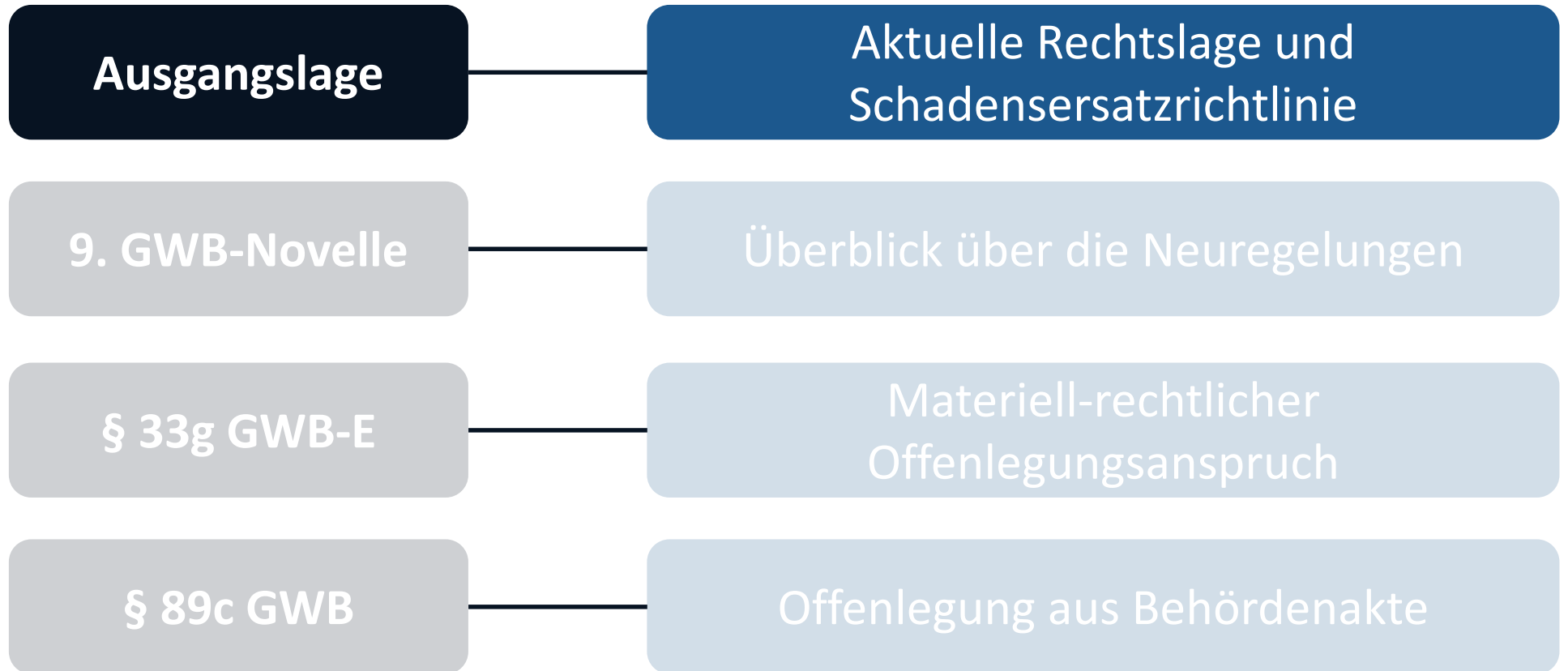
§ 33g GWB-E

Materiell-rechtlicher
Offenlegungsanspruch

§ 89c GWB

Offenlegung aus Behördenakte

Gliederung des Vortrags



Ausgangslage

- Aktuelle Rechtslage in Deutschland (1)

- **Keine** Pflicht des BKartA zur **Veröffentlichung** von Entscheidungen
- § 406e (1) StPO – **Einsicht des Verletzten in Akten** des BKartA oder der StA
 - Erst nach Abschluss des Verfahrens
 - In der Regel nur Zugang zu nicht-vertraulicher Fassung der Entscheidung
 - Kein Zugang zu Kronzeugenerklärungen und Dokumenten, die als Anlage zu einer Kronzeugenerklärung übergeben wurden

Ausgangslage

- Aktuelle Rechtslage in Deutschland (2)

- § 142 ZPO – Gerichtliche **Anordnung der Vorlage bestimmter Dokumente**
 - Kein Anspruch des Geschädigten, auf Anordnung der Vorlage – Gerichte sind hier zurückhaltend
- § 242 BGB – materiell-rechtlicher **Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben**
 - Strenger Maßstab
 - In der Regel nur für Dokumente zur Schadenskalkulation (nicht zum Nachweis des Verstoßes)

Ausgangslage

- Vorgaben der Schadensersatzrichtlinie (1)

- Mitgliedsstaaten gewährleisten, dass **Gerichte Offenlegung** von relevanten Beweismitteln durch den Anspruchsgegner oder einen Dritten **anordnen können**, Artikel 5 (1) der Richtlinie
- Offenlegung zugunsten des **Klägers und des Beklagten**
- Mitgliedsstaaten dürfen **umfassendere Offenlegung** vorsehen

- **Voraussetzungen der Anordnung**, Artikel 5 (1) – (3), 6 (4) der Richtlinie:
 - (1) **Substantiierte Begründung**, die die **mit zumutbarem** Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel, die die **Plausibilität** des Schadensersatzanspruchs stützen, enthält;
 - (2) **Abgrenzung** der offenzulegenden Beweismittel oder relevanten Kategorien von Beweismitteln **so genau und präzise wie möglich**
 - (3) **Verhältnismäßigkeit** – Berücksichtigung legitimer Interessen, insb.:
 - Umfang und Kosten der Offenlegung
 - Vertraulichkeit der offenzulegenden Informationen

Ausgangslage

- Vorgaben der Schadensersatzrichtlinie (3)

- **Ausnahme für interne Dokumente der Wettbewerbsbehörden, Artikel 6 der Richtlinie – Unterscheidung:**
 - **Offenlegung nach Verfahrensbeendigung:**
 - für das Verfahren von natürlichen oder juristischen Personen erstellte Informationen;
 - im Laufe des Verfahrens von den Wettbewerbsbehörden erstellte und den Parteien übermittelte Informationen;
 - zurückgezogene Vergleichsausführungen.
 - **Absoluter Schutz vor Offenlegung:**
 - Kronzeugenerklärungen
 - Vergleichsausführungen.

Gliederung des Vortrags



Ausgangslage

Aktuelle Rechtslage und
Schadensersatzrichtlinie

9. GWB-Novelle

Überblick über die Neuregelungen

§ 33g GWB-E

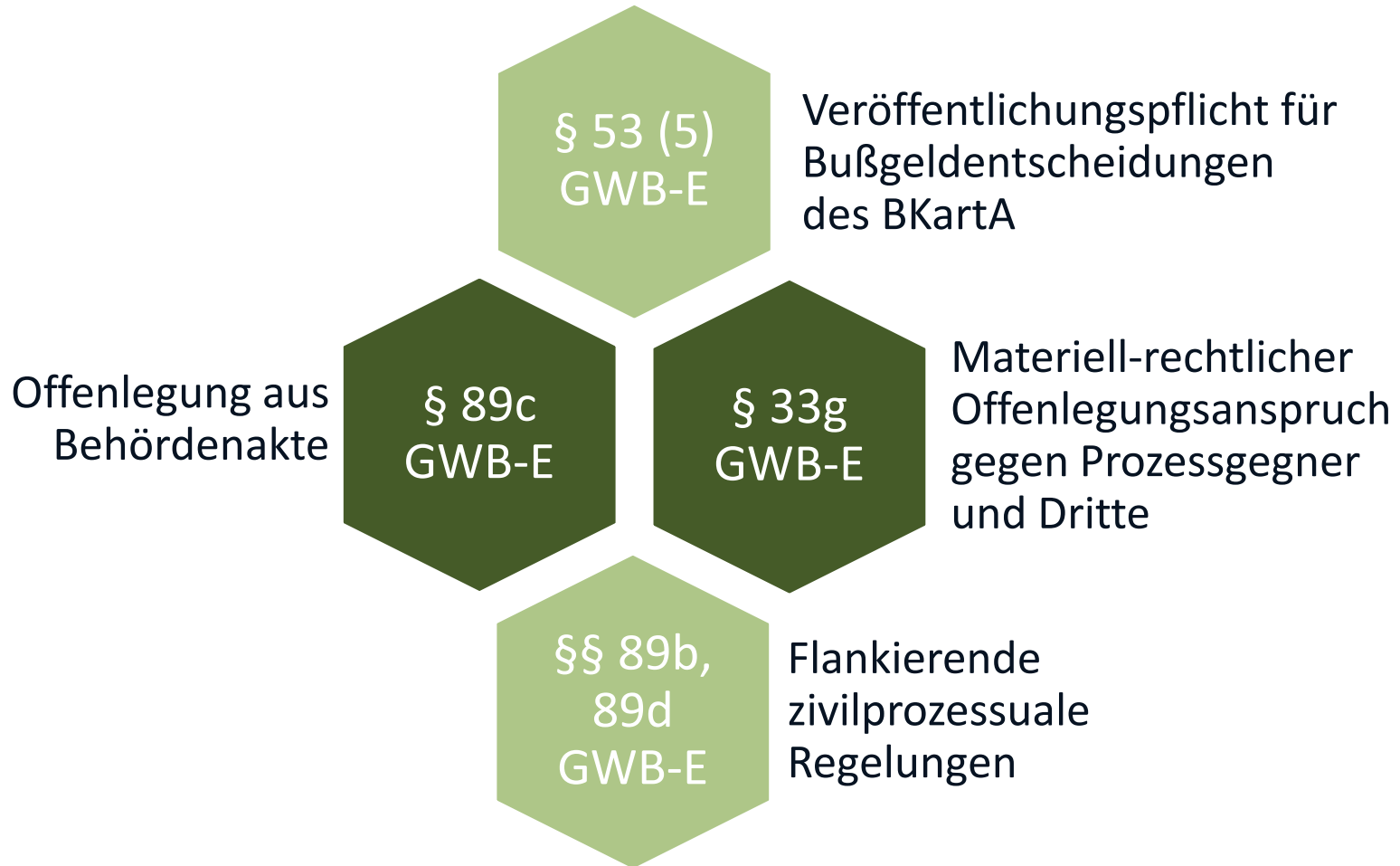
Materiell-rechtlicher
Offenlegungsanspruch

§ 89c GWB

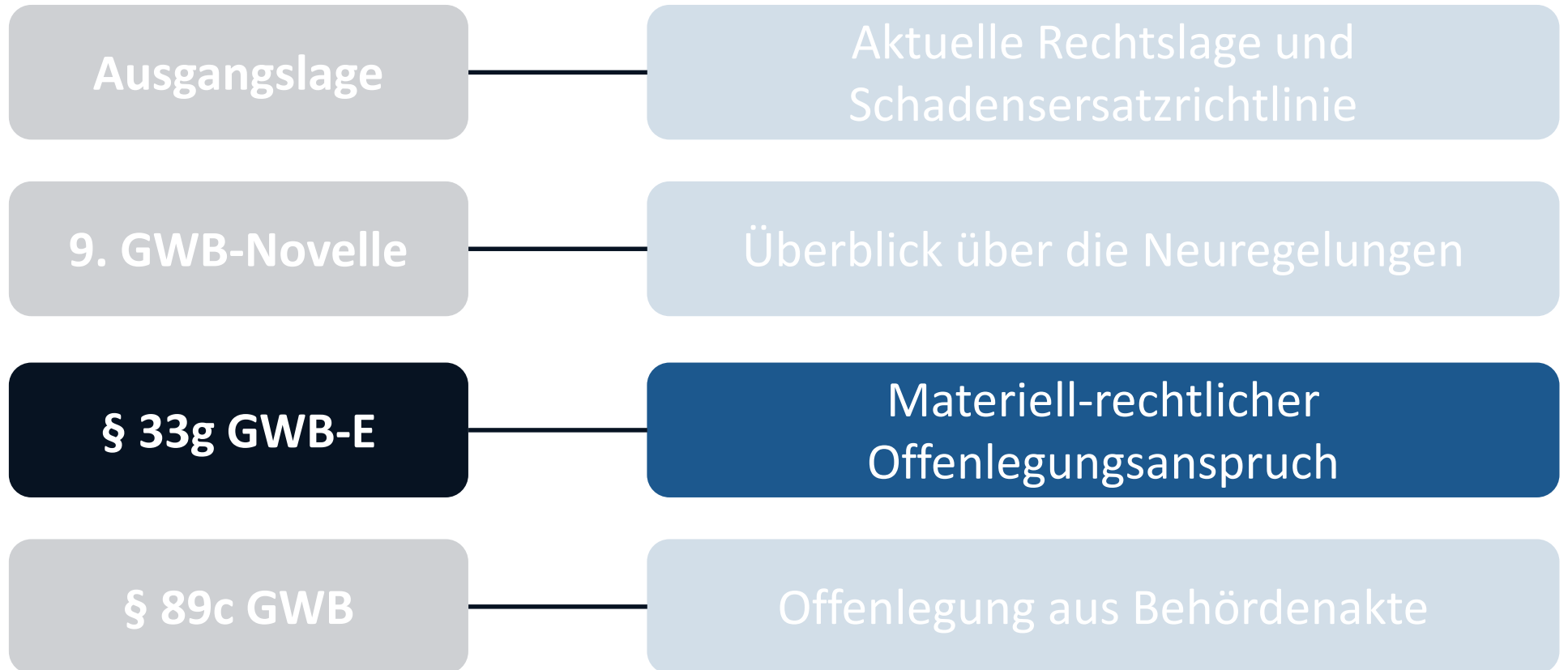
Offenlegung aus Behördenakte

9. GWB-Novelle

- Überblick über die Neuregelungen



Gliederung des Vortrags



§ 33g GWB-E

- Überblick

- **Materiell-rechtlicher** Anspruch gegen Prozessgegner oder Dritte auf
 - **Herausgabe von Beweismitteln** gemäß § 33g (1), (2) GWB-E
 - **Auskunft** gemäß § 33g (10) GWB-E
- Anspruch besteht für
 - **Geschädigten**: auch vor Erhebung der Klage auf Schadensersatz
 - Erleichterung außergerichtlicher Einigungen
 - **Schädiger**: ab Rechtshängigkeit der Klage – auch bei negativer Feststellungsklage wenn Kartellverstoß unbestritten
- Erlangte Beweismittel dürfen gemäß § 89d (1) GWB-E nur von Parteien eines Rechtsstreits um Kartellschadensersatzansprüche verwendet werden

§ 33g GWB-E

- Voraussetzungen (1)

■ § 33g (1) GWB-E – Offenlegungsanspruch des Geschädigten:

- (1) Beweismittel, die für die **Erhebung** eines Schadensersatzanspruchs **erforderlich** sind, sind so **genau zu bezeichnen**, wie dies auf Grundlage der mit **zumutbarem** Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist
 - Für Verpflichteten muss zweifelsfrei bestimmt/bestimmbar sein, welche Beweismittel/Auskünfte verlangt werden
- (2) Schadensersatzanspruch nach § 33a (1) GWB-E ist **glaubhaft** zu machen
- (3) Verhältnismäßigkeit gemäß § 33g (3) GWB-E
- (4) Kein Ausschluss der Offenlegung gemäß § 33g (4), (5) GWB-E

§ 33g GWB-E

- Voraussetzungen (2)

- **§ 33g (2) GWB-E – Offenlegungsanspruch des Schädigers:**
 - (1) Beweismittel, die für die **Erhebung** eines Schadensersatzanspruchs **erforderlich** sind, sind so **genau zu bezeichnen**, wie dies auf Grundlage der mit **zumutbarem** Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist
 - (2) **Klage** auf Schadensersatz gemäß § 33 a (1) GWB-E oder auf Offenlegung gemäß § 33 g (1) GWB-E muss bereits **rechtshängig** sein
 - (3) Verhältnismäßigkeit gemäß § 33g (3) GWB-E
 - (4) Kein Ausschluss der Offenlegung gemäß § 33g (4), (5) GWB-E

§ 33g GWB-E

- Verhältnismäßigkeit (1)

- **Verhältnismäßigkeit** gemäß **§ 33g (3) GWB-E** – Berücksichtigung berechtigter Interessen, insbesondere
 - in welchem Umfang Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird,
 - Umfang der Beweismittel und Kosten der Herausgabe,
 - Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für Anspruch nach § 33a Absatz 1 oder für Verteidigung gegen diesen Anspruch nicht erheblich sind,
 - Bindungswirkung von Entscheidungen nach § 33b,
 - Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts und
 - Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen,
 - nicht Interesse an der Vermeidung der Anspruchsdurchsetzung.

§ 33g GWB-E

- Verhältnismäßigkeit (2)

■ Abwägung

- Aufwand der Auskunft / Herausgabe trotz Erstattungsanspruchs gemäß § 33 g (7) GWB-E zu berücksichtigen
 - Widersprüchlich?
- Substantiierung des Vortrags muss in angemessenem Verhältnis zu Umfang und Aufwand der Auskunft / Herausgabe stehen
- Anforderungen an Verhältnismäßigkeit des bloßen Auskunftsanspruchs geringer als bei Herausgabeverlangen
- Besondere Relevanz bei Anspruch gegen Dritte

§ 33g GWB-E

- Schutz bestimmter Dokumente / Personengruppen (1)

- **Absoluter Schutz vor Offenlegung** gemäß § 33g (4) GWB-E für **Kronzeugenerklärungen** und **Vergleichsausführungen**
 - Einbezogen sind **Vernehmungsprotokolle** der Wettbewerbsbehörde
 - Vereinbarkeit mit Richtlinie fraglich
 - Nicht geschützt sind **vorbestehende** Dokumente, aber wohl erhöhte Anforderungen an Verhältnismäßigkeit
 - Antrag auf **gerichtliche Überprüfung** der Reichweite von Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen gemäß § 89b (8) GWB-E
 - **Beweisverwertungsverbot** für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen Dokumente gemäß § 89d (2) GWB-E

§ 33g GWB-E

- Schutz bestimmter Dokumente / Personengruppen (2)

- **Offenlegung erst nach Verfahrensbeendigung, § 33g (5) GWB-E**
 - Schutz bezieht sich auf:
 - für das wettbewerbsbehördliche Verfahren von natürlichen oder juristischen Personen erstellte Informationen;
 - Keine ausdrückliche Begrenzung auf Akte der Wettbewerbsbehörde, Vereinbarkeit mit Richtlinie fraglich
 - Mitteilungen der Wettbewerbsbehörde an die Beteiligten in dem Verfahren und
 - zurückgezogene Vergleichsausführungen.
 - **Verfahrensbeendigung** = Zeitpunkt, in dem gegen alle Betroffenen abschließende Entscheidung erlassen wurde
 - **Beweisverwertungsverbot** gemäß § 89d (3) GWB-E

§ 33g GWB-E

- Schutz bestimmter Dokumente / Personengruppen (3)

- **Herausgabe- / Auskunftsverweigerungsrechte, § 33g (6) GWB-E**
 - Kein genereller Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen – Geheimhaltungsbedürfnis bei Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten
 - Besonders geschützt sind insbesondere **Rechtsanwälte** und Journalisten
 - Antrag auf **gerichtliche Anordnung der Offenlegung** gemäß § 89b (6) GWB-E – Gericht prüft, ob Geheimhaltungsgrund nach § 33 (6) GWB-E vorliegt (keine Anwendung auf Rechtsanwälte)

§ 33g GWB-E

- Gerichtliche Anordnung der Herausgabe / Auskunft

- **Gerichtliche Anordnung der Herausgabe / Auskunft** gegenüber Prozessgegner oder Drittem:
 - Losgelöst vom Schadensersatzprozess durch **gesondertes Urteil**
 - Im Wege **einstweiliger Verfügung** – gemäß § 89b (5) GWB-E ist bei bindender Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde keine Darlegung des Verfügungsgrundes erforderlich
 - Im Schadensersatzprozess **Anordnung** gemäß § 142 ZPO oder Entscheidung auch durch **Zwischenurteil** gemäß § 89c (3) GWB-E
- **Verjährung** des Schadensersatzanspruchs ist gemäß § 33h (6) Nr. 3 GWB-E durch die Klage auf Auskunft / Herausgabe **gehemmt**

§ 33 g GWB-E

- Kostenerstattung und Sanktionen (1)

- Zur Herausgabe / Auskunft **Verpflichteter hat Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen** gemäß § 33g (7) GWB-E
 - Vereinbarkeit mit Richtlinie fraglich, da potentiell abschreckende Wirkung
 - Wenn Berechtigter einen Kartellschadensersatzanspruch hat, kann er Erstattung der durch Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs entstandenen Kosten verlangen – inklusive der dem Verpflichteten erstatteten Aufwendungen

§ 33 g GWB-E

- Kostenerstattung und Sanktionen (2)

- Verschuldensabhängiger Anspruch auf **Schadenersatz des Berechtigten** bei falscher, unvollständiger oder nicht erfolgter Herausgabe / Auskunft
 - Schwer zu beziffern
- Gericht kann nicht erfolgte Herausgabe / Auskunft gemäß §§ 286, 427 S. 2 ZPO **frei würdigen**, d.h. auch zulasten des Verpflichteten

Gliederung des Vortrags



Ausgangslage

Aktuelle Rechtslage und
Schadensersatzrichtlinie

9. GWB-Novelle

Überblick über die Neuregelungen

§ 33g GWB-E

Materiell-rechtlicher
Offenlegungsanspruch

§ 89c GWB

Offenlegung aus Behördenakte

§ 89c GWB-E

- Überblick

- Gericht kann **auf Antrag** bei **Wettbewerbsbehörde** gemäß § 89c (1) GWB-E Vorlage von Urkunden / Gegenständen aus Verfahrensakten / Verwahrung **ersuchen**
 - Fraglich, ob Ermessen der Behörde besteht
- Gemäß § 89c (6) GWB können auch bei **anderen Behörden und Gerichten** die Vorlage ersucht werden
- Rechtsfolge: zunächst **Vorlage an Gericht** – Gericht kann dem Antragssteller das Vorgelegte gemäß § 89c (2) GWB-E zugänglich machen
- §§ 406e, 475 StPO finden neben § 33g GWB-E keine Anwendung
 - **Schutzlücke**, da keine Akteneinsicht zur Prüfung, ob überhaupt Schadensersatzansprüche bestehen

§ 89c GWB-E

- Voraussetzungen

- Voraussetzungen:
 - (1) Antragsteller muss gemäß § 89c (1) GWB-E **glaubhaft** machen, dass er
 - einen **Kartellschadensersatzanspruch** hat und
 - die Information nicht mit zumutbarem Aufwand von der anderen Partei oder Drittem erlangen kann.
 - Vorlage durch Wettbewerbsbehörde ist insoweit gegenüber § 33g (1), (2) GWB-E **subsidiär**
 - (2) Verhältnismäßigkeit gemäß § 89c (3) GWB-E
 - (3) Keine Ablehnung der Offenlegung gemäß § 89c (4) GWB-E

§ 89c GWB-E

- Ausschluss der Offenlegung

- Wettbewerbsbehörde kann Vorlage gemäß § 89c (4) GWB-E ablehnen bei:
 - Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen;
 - Internen Vermerken der Behörde und
 - bestimmte Behördenkommunikation.
- Bzgl. Ausschluss der Offenlegung vor Abschluss des Verfahrens gilt § 33g (5) GWB-E entsprechend
- Antrag auf **gerichtliche Überprüfung** der Reichweite von Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen gemäß § 89b (8) GWB-E



Vielen Dank.

Hausfeld Rechtsanwälte LLP
Kurfürstendamm 218, 10719 Berlin
+49 (0)30 322 903 001

www.hausfeld.com

Christopher Rother
Managing Partner
+49 (0)30 322 903 003

Christopher.Rother@hausfeld.com