

ZZP *Int*

Zeitschrift für Zivilprozess International

Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts

28. Band 2023

Sonderdruck

Herausgegeben von

Professor Dr. Christoph Althammer, Regensburg

Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), Freiburg

Professor Dr. Dres. h. c. Dieter Leipold, Freiburg

Professor Dr. Dr. h. c. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Dres. h. c. Rolf Stürner, Freiburg

in Verbindung mit der

Wissenschaftlichen Vereinigung für

Internationales Verfahrensrecht e. V.

Professor Dr. Dres. h. c. Burkhard Hess, Wien

Professor Dr. Ulrich Haas, Zürich

Carl Heymanns Verlag

ZZPInt

Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts

Zitiervorschlag:

Verfasser ZZPInt Band (Jahrgang), Seite(n)

Ferrand ZZPInt 28 (2023), 3 ff., 12

© Copyright by Wolters Kluwer Deutschland GmbH,

Hürth, 2024

ISBN 978-3-452-30495-7

ISSN 1434-8888

Schriftleitung

Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), Universität Freiburg, Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. 2, Werthmannstraße 4, 79098 Freiburg, e-mail: izpr2@jura.uni-freiburg.de. Zuschriften werden an die Schriftleitung oder an die zuständigen Mitarbeiter erbeten.

Manuskripte

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, insbesondere auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren.

Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen. Die Rücksendung ist nur möglich, wenn Rückporto beigefügt war.

Es wird davon ausgegangen, dass die zur Veröffentlichung eingesandten Entscheidungen von Instanzgerichten nicht auch anderen Zeitschriften angeboten werden.

Urheber- und Verlagsrechte

An den veröffentlichten Beiträgen bleiben alle Urheber- und Verlagsrechte vorbehalten. Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch von Auszügen, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen des Sammelwerkes,

gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe von Daten des Inhalts des Sammelwerkes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Erscheinungsweise

Die ZZP International erscheint einmal jährlich als komplett gebundener Band.

Bezugsbedingungen

Nähere Informationen zu allen Bänden sowie die Bezugsbedingungen sind erhältlich unter Tel. 0 26 31/8 01-22 22 oder e-mail: info-wkd@wolterskluwer.com.

Adressenänderung

Es wird gebeten, bei der Mitteilung von Adressenänderungen außer dem Titel des Jahrbuchs die neue und die alte Adresse anzugeben.

Satz

Newgen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai

Druckerei

WDS, Sandomierz, Polen.

Verlag

Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Carl Heymanns Verlag, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth, Telefon 0 22 33/37 60-60 00, e-mail: info-wkd@wolterskluwer.com

Verfahrensautonomie der Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren

Mag.^a Maria Paulmichl, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, und
Prof. Dr. Malte Kramme, Leibniz Universität Hannover

- A. Einleitung
- B. Der Weg zur Richtlinie – Vorgaben durch die Rs. *Courage* und *Manfredi*
- C. Überblick der betroffenen Prozessthematiken
- D. Beweisrecht
 - I. Offenlegung von Beweismitteln
 - 1. Allgemeines
 - 2. Offenlegung durch die Prozessparteien und Dritte
 - 3. Offenlegung von in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthaltenen Beweismitteln
 - II. Beschränkung der Verwendung von Beweismitteln
- III. Sanktionen
- IV. Beweiserleichterungen
 - 1. Bindungswirkung
 - 2. Anforderungen an den Beweis
 - 3. Schadensschätzung
- V. Zwischenfazit
- E. Verfahrensstillstand
 - I. Allgemeines
 - II. Verfahrensstillstand wegen einvernehmlicher Streitbeilegung
 - III. Verfahrensstillstand wegen anhängigem wettbewerbsbehördlichen Verfahren
- F. Verfahrenskosten
- G. Fazit

A. Einleitung

In den letzten Jahren hat das Unionsrecht vermehrt Auswirkungen auf das Prozessrecht der Mitgliedstaaten genommen. Prominentestes Beispiel hierfür ist wohl die Rechtsprechung des EuGH¹ zur Klausel-RL.² Der Gerichtshof bedient sich hierfür des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes, die er heranzieht, um Eingriffe in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.³ Einwirkungen auf das Verfahrensrecht erfolgen aber nicht nur durch den Gerichtshof. Mit der Richtlinie⁴ zu privaten Schadensersatzklagen (im Folgenden: Richtlinie oder RL)⁵

1 Siehe nur EuGH, Urt. v. 27.06.2000, C-240/98, *Océano Grupo*, ECLI:EU:C:2000:346; EuGH, Urt. v. 26.10.2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, ECLI:EU:C:2006:675; EuGH, Urt. v. 26.01.2017, C-421/14, *Banco Primus*, ECLI:EU:C:2017:60.

2 RL 93/13/EWG des Rates v. 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Abl. L 1993/95.

3 Grundlegend hierzu siehe nur *Kramme*, Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten im Zivilverfahrensrecht – Grundsatz des Unionsrechts oder Phantom? in: Behme/Fervers/Hofmann/Maute/Röder/Sattler/Schmidt/Seibl (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler – Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft* (2016) 407.

4 Zur Umsetzungsfrist s. Art. 21 Abs. 1 Satz 1 RL.

5 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Abl. L 2014/349.

hat der Unionsgesetzgeber ein Regelungswerk geschaffen, das zahlreiche prozessuale Vorgaben für die Mitgliedstaaten mit sich bringt. Deren Umsetzung erfolgte in Österreich und Deutschland zwar größtenteils mittels Sondervorschriften für das Kartellschadenersatzverfahren in den §§ 37a–37m KartG 2005 (Österreich)⁶ und in den §§ 33a–33h sowie §§ 89a–89e GWB (Deutschland).⁷ Doch gerade diese für notwendig erachteten Sondervorschriften lassen vermuten, dass dem Unionsrecht ein scheinbar anderes Verständnis von Verfahrensrecht als den Mitgliedstaaten zugrunde liegt.

Das Kartellrecht bildet einen wichtigen Bestandteil zur Schaffung eines europäischen Binnenmarktes ohne Wettbewerbsverfälschungen und -beschränkungen.⁸ Der privaten Rechtsdurchsetzung im Zuge der Richtlinie kommt hierbei die besondere Aufgabe zu, einen Beitrag zur Effektivierung des Kartellrechts durch die abschreckende Wirkung von Schadenersatzklagen zu leisten.⁹ Ziel dieses Beitrags ist es, zu ergründen, welche Rolle dem Prozessrecht dabei zukommt: Dient es nur als Werkzeug zur Durchsetzung der Ziele des Unionsrechts oder berücksichtigen Unionsgesetzgebung und Rechtsprechung des EuGH auch das Parteiinteresse? Hierfür werden die prozessualen Vorgaben der Richtlinie dargestellt und geprüft, inwieweit die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie und des EuGH von den allgemeinen Regeln des österreichischen und deutschen Prozessrechts abweichen. Zuvor wird ein kurzer Einblick in die Entwicklung des unionsrechtlichen Kartellschadenersatzanspruches gegeben.

6 Die Umsetzung erfolgte verspätet mit dem am 24.04.2017 kundgemachten KaWeRÄG 2017 (Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden, BGBl. I Nr. 56/2017). Siehe dazu statt vieler *Dokalik*, Schadenersatz wegen Wettbewerbsverletzungen nach dem KaWeRÄG 2017, RdW 2017, 219; *Krauskopf/Schicho*, Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie in Österreich – Neue Impulse für das Private Enforcement, VbR 2017, 157 je m.w.N. § 38 KartG 2005 verweist für die Verfahrensart auf das Verfahren außer Streitsachen (AußStrG) und nicht auf die öZPO. Da jedoch das AußStrG wiederum auf Bestimmungen der öZPO verweist, wie bspw. bei der Beweisaufnahme (§ 35 AußStrG), und die Umsetzung der Richtlinienbestimmungen wie bereits erwähnt eben nur im KartG 2005 und nicht auch im AußStrG erfolgte, bleiben die Abweichungen des AußStrG von der öZPO in dieser Untersuchung außen vor.

7 Die deutsche Umsetzung erfolgte ebenfalls verspätet mit der am 01.06.2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle 2017 (Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2017, 1416). Siehe dazu statt vieler *Klumpe/Thiede*, Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadenersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332 m.w.N.

8 Siehe nur *Kainer*, Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im Kartellverfahren unter europäischem Einfluss, in: Weller/Althammer (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht – Grundvoraussetzung für gegenseitiges Vertrauen (2015) 173, 174 f. m.w.N.

9 Vgl. ErwG 3, 54; *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.) (Fn. 8) 173, 177.

B. Der Weg zur Richtlinie – Vorgaben durch die Rs. *Courage* und *Manfredi*

Dem EuGH kam schon immer eine bedeutende Rolle bei der Auslegung und Weiterentwicklung des Unionsrechts zu. So wundert es nicht, dass auch die Richtlinie zu privaten Schadensersatzklagen auf mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs zurückgeht.¹⁰ Dieser hat bereits früh judiziert, dass Art. 101 Abs. 1 (ehemals Art. 81 EGV bzw. Art. 85 EGV) sowie Art. 102 AEUV (ehemals Art. 82 EGV bzw. Art. 86 EGV) unmittelbare Wirkungen in den Beziehungen zwischen Einzelnen erzeugen und unmittelbar in der Person Rechte entstehen lassen, welche von den nationalen Gerichten zu wahren sind.¹¹ Der Grundstein für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch wurde aber erst mit der Rs. *Courage*¹² geschaffen. Der EuGH entschied, dass die praktische Wirksamkeit des Art. 101 AEUV beeinträchtigt wäre, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“.¹³ Mit dieser Entscheidung erkannte der EuGH die Notwendigkeit eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches an,¹⁴ überlies dessen Ausgestaltung und gerichtliche Durchsetzung aufgrund einer damals fehlenden einschlägigen Gemeinschaftsregelung unter dem Vorbehalt des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes¹⁵ aber weitestgehend dem nationalen Recht.¹⁶

10 Siehe dazu nur *Kersting*, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564 ff.; *Schweitzer*, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335, 336, 241 ff.; *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 60. Erg.Lfg. (2024) Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 98 ff.; *Meessen/Kersting*, in: LMRKM, Kartellrecht, 4. Aufl. (2020) Einf. Rdnr. 53 f. Selbst die Richtlinie bezieht sich in ihren ErwG 11 und 12 explizit auf die Rechtsprechung des EuGH.

11 Erstmals EuGH, Urt. v. 27.03.1974, Rs. 127/73, *BRT und SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6, Rdnr. 16; u.a. bekräftigt in EuGH, Urt. v. 10.07.1980, Rs. 37/79, *Marty/Estée Lauder*, ECLI:EU:C:1980:190, Rdnr. 13; EuGH, Urt. v. 28.02.1991, C-234/89, *Delimitis*, ECLI:EU:C:1991:91, Rdnr. 45; EuGH, Urt. v. 18.03.1997, C-282/95, *Guérin automobiles/Kommission*, ECLI:EU:C:1997:159, Rdnr. 39; EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rdnr. 23; EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rdnr. 39, 58.

12 EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465 m. Anm. *Micklitz*, EWIR 2001, 1141; *Nowak*, EuZW 2001, 717; *Weyer*, GRUR Int 2002, 54; siehe außerdem *Eilmansberger*, Schadensersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage* – Crehan, *ecolex* 2002, 28; *Mäsch*, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „*Courage*“ und die Folgen, *EuR* 2003, 825.

13 EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rdnr. 26.

14 Zu dessen Rechtsnatur siehe nur *Mäsch*, *EuR* 2003, 825, 841 f.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. Erg.Lfg. (2024) Art. 101 AEUV Rdnr. 261 f.; *Kersting*, in: LMRKM (Fn. 10) § 33a GWB Rdnr. 28 je m.w.N.

15 EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, Rdnr. 29 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 10.07.1997, C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351, Rdnr. 27.

16 *Nowak*, *EuZW* 2001, 717; vgl. *Eilmansberger*, *ecolex* 2002, 28, 29.

In späteren Entscheidungen vertiefte der Gerichtshof seine Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz. So konkretisierte er in der Rs. *Manfredi*¹⁷ die in *Courage* aufgestellte Jedermann-Formel und stellte außerdem klar, dass auch Verbraucherinnen und Verbraucher in den Kreis der Anspruchsberechtigten fallen können.¹⁸ Darüber hinaus beschäftigte sich der Gerichtshof mit weiteren Fragen des Kartellschadensersatzes, wie der Verjährungsfrist¹⁹ oder dem Umfang des Schadensersatzes.²⁰

Bereits vor In-Kraft-Treten der Richtlinie setzte sich der Gerichtshof in den Rs. *Pfleiderer*²¹ und *Donau Chemie*²² außerdem mit prozessrechtlichen Fragestellungen im Kartellschadensersatzverfahren auseinander; genauer mit dem Zugang zu Dokumenten eines Kronzeugenverfahrens.²³ Für die Richtlinie war aber hauptsächlich die Judikatur des EuGH in den Rs. *Courage* und *Manfredi* maßgebend. So wird in Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 RL das Jedermannsrecht, in Art. 3 Abs. 2 und 3 RL der Umfang des Schadensersatzes und in Art. 10 RL die Verjährung der Schadensersatzklagen geregelt und der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz ausdrücklich in Art. 4 RL festgehalten. Die Art. 5 ff. RL enthalten zwar Vorschriften über die Offenlegung von Beweismitteln, weichen hierbei aber in wesentlichen Punkten von den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* ab.

C. Überblick der betroffenen Prozessthematiken

Über die Richtlinie verteilt finden sich zahlreiche Vorschriften prozessrechtlicher Natur. Abgesehen von diesen spezifischen Vorgaben sind für die Verfahren zur Geltendmachung der Kartellschadensersatzansprüche stets auch die ausdrücklich in Art. 4 RL angeführten Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz zu achten. Im Zusammenhang mit Beweisregelungen werden diese Grundsätze nochmals wiederholt (vgl. Art. 17 Abs. 1 RL). Das Beweisrecht ist auch jenes Verfahrensgebiet, welches am umfassendsten von Vorgaben der Richtlinie betroffen ist. Kernstück

17 EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461 m. Anm. *Lübbig*, EuZW 2006, 529.

18 EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rdnr. 61, 63 f. Siehe dazu nur *Lübbig*, EuZW 2006, 529, 536 f.; *Palmstorfer*, Eckpfeiler des unionsrechtlichen Kartellschadensersatzanspruches – eine Bestandsaufnahme, ÖZK 2021, 4, 4 f.; *Karolus*, Schadensersatz wegen EG-Kartellverstößes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797.

19 EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rdnr. 77–82.

20 EuGH, Urt. v. 13.07.2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rdnr. 89–100.

21 EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389 m. Anm. *Raff*, GPR 2011, 294; *Seitz*, EuZW 2011, 598; *Hoffer/Klausner*, ÖBI-LS 2011, 310; s.a. *Pellech*, ÖZK 2011, 147.

22 EuGH, Urt. v. 06.06.2013, C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366 m. Anm. *Hempel*, EuZW 2013, 586.

23 *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.) (Fn. 8) 173, 189 ff.; *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 97.

der beweisrechtlichen Regelungen sind die Bestimmungen zur Offenlegung von Beweismitteln im Kartellschadensersatzverfahren (Art. 5 ff. RL). Darüber hinaus führen auch andere Bestimmungen zu Beweiserleichterungen für die klagende Partei: Art. 9 Abs. 1 RL sieht eine Bindungswirkung wettbewerbsbehördlicher Entscheidungen vor, während Art. 9 Abs. 2, Art. 17 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 RL die Anforderungen an den im Kartellschadensersatzverfahren zu erbringenden Beweis reduzieren. Art. 12 Abs. 5 sowie Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL räumen den nationalen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen eine Befugnis zur Schätzung des Schadensumfangs ein. Diese Bestimmungen waren auch Gegenstand einiger Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH.²⁴ Der Gerichtshof ließ es sich dabei nicht nehmen, die Normen der Richtlinie weit zu interpretieren und teils auch zu verschärfen. Aussagen zum Stillstand eines anhängigen Kartellschadensersatzverfahrens ergeben sich sowohl aus der Rechtsprechung des EuGH, als auch aus den in der Richtlinie enthaltenen Regelungen der einvernehmlichen Streitbeilegung (Art. 18 und 19 RL). Schließlich äußerte sich der Gerichtshof zu Fragen des Kostenersatzes im Kartellschadensersatzverfahren, der ausweislich des EuGH nicht von der Richtlinie geregelt werden sollte.

D. Beweisrecht

I. Offenlegung von Beweismitteln

1. Allgemeines

Kernstück der zivilprozessualen Vorgaben der Richtlinie sind die Bestimmungen über die Offenlegung von Beweismitteln. In der Richtlinie wird hierbei danach differenziert, ob die maßgeblichen Beweismittel von den Parteien oder Dritten offenzulegen (Art. 5 RL, dazu sogleich D.I.2.) oder in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind (Art. 6 RL, dazu D.I.3.).

2. Offenlegung durch die Prozessparteien und Dritte

a) Allgemeines

Dem Kartellschadensersatzverfahren ist eine erschwerte Anspruchsdurchsetzung gewissermaßen immanent, da der klagenden Partei die schwierige Aufgabe obliegt, ein in der Regel im Verborgenen stattfindendes Verhalten nachzuweisen.²⁵ Dieser

²⁴ Siehe nur EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298; EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6; EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99.

²⁵ Siehe nur *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.), *Kartellverfahren und Kartellprozess*, 1. Aufl. (2017) § 24 Rdnr. 43.

Informationsasymmetrie versucht die Unionsgesetzgebung mit den in Art. 5 RL enthaltenen Vorschriften zur Offenlegung von Beweismitteln entgegen zu steuern (ErwG 14, 15). Dabei handelt es sich größtenteils nur um Mindestnormen, sodass umfassendere Offenlegungsvorschriften grundsätzlich zulässig sind (Art. 5 Abs. 8 RL).²⁶ In Österreich erfolgte die Umsetzung des Art. 5 RL nahe am Richtlinientext in § 37j KartG 2005.²⁷ Die Bestimmung ist als Erweiterung der ansonsten weiterhin anwendbaren Vorschriften der Zivilprozessordnung anzusehen,²⁸ welche in ihren §§ 303 bis 309 öZPO eine Vorlegung von Urkunden durch die gegnerische Partei bzw. durch Dritte nur unter strengeren Voraussetzungen ermöglicht.²⁹ Indes entschied sich die deutsche Gesetzgebung insoweit für eine überschießende Umsetzung,³⁰ als mit § 33g GWB ein eigener materiellrechtlicher Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln geschaffen wurde, der sich gem. § 33g Abs. 10 GWB sogar auf bloße Auskünfte erstreckt.³¹ § 89b GWB enthält die notwendigen prozessualen Durchsetzungsregelungen und ordnet mit Modifikationen die Anwendung des § 142 dZPO über die Urkundenvorlegung an.³²

b) Antragslegitimierte und Offenlegungspflichtige

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL sieht als Ausgleich zu der bereits erwähnten Informationsasymmetrie vor, dass ein nationales Gericht auf Antrag der klagenden Partei die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch die beklagte Partei sowie durch

26 *Fuchs*, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. (2019) § 2 Rdnr. 58.

27 *Hoffer/Raab*, Die Novellierung des österreichischen Kartellrechts als RL-Umsetzung PLUS, NZKart 2017, 206, 209.

28 ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 11; *Dokalik*, RdW 2017, 219, 220.

29 Siehe zu den §§ 303 bis 309 öZPO nur die Kommentierungen von *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV/2, 3. Aufl. (2017) § 303–309; *Wilfinger*, in: Spitzer/Wilfinger (Hrsg.), Beweisrecht, 1. Aufl. (2020) § 303–309.

30 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 336; *Hellmann/Steinbrück*, Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164, 169 m.w.N.; a.A. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1, 14. Aufl. (2021) § 33g Rdnr. 4.

31 BT-Drucks. 18/10207, S. 62; dazu auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33g Rdnr. 4 f.; *Preuß*, in: LMRKM (Fn. 10), § 33g GWB Rdnr. 1 ff.; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 7. Aufl. (2024) § 33g Rdnr. 1 ff.

32 BT-Drucks. 18/10207, S. 101; dazu auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 89b Rdnr. 1 ff.; *Preuß*, in: LMRKM (Fn. 10), § 89b GWB Rdnr. 1 ff.; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 31), § 89b Rdnr. 1 f.; ausf. zu einer dogmatischen Einordnung der Umsetzungsbestimmungen siehe *Althammer*, Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung nach § 33g GWB und § 89b GWB n.F. – Der Versuch einer dogmatischen Einordnung vor dem Hintergrund prozessualer Vorlagepflichten (§§ 142 ff. ZPO), in: FS Prütting (2018) 207.

Dritte anordnen können muss. Zur Wahrung des Grundsatzes der Waffengleichheit wird auch der beklagten Partei das Recht eingeräumt, die Offenlegung relevanter Beweismittel durch die klagende Partei oder Dritte zu beantragen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 RL).³³ Offenlegungspflichtige Dritte können ausweislich des ErWG 15 der RL auch die Behörden oder die Kommission sein. Bei den Behörden sollen dann die Grundsätze der Rechts- und Amtshilfe gemäß Unionsrecht oder nationalem Recht zur Anwendung kommen, bei der Kommission der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 3 EUV) sowie hinsichtlich Auskunftersuchen Art. 15 Abs. 1 der Kartellverfahrens-VO³⁴ (ErWG 15). Der EuGH hat außerdem klargestellt, dass sich der Offenlegungsantrag auch gegen Rechtsverletzende richten kann, die nicht Parteien im Schadensersatzverfahren sind.³⁵

c) Offenlegungspflichtige Beweismittel

Die Offenlegungsanordnung des nationalen Gerichts muss sich gem. Art. 5 Abs. 1 RL auf alle „relevanten Beweismittel“ beziehen können. Die Richtlinie versteht unter solchen „Beweismitteln“ gem. Art. 2 Nr. 13 i.V.m. Art. 5 RL „alle vor dem befassten nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln, insbesondere Urkunden und alle sonstigen Gegenstände, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind“. Damit umfasst die Offenlegungspflicht alle nach der öZPO bzw. dZPO zulässigen Beweismittel.³⁶ Nach der Systematik der österreichischen und deutschen Prozessordnung ist es hingegen nicht ohne weiteres möglich, mittels eines Antrags auf sämtliche (relevanten) Beweismittel zugreifen zu können. So besteht bei Urkunden eine – zumindest unbedingte³⁷ – Vorlagepflicht etwa dann, wenn die gegnerische Partei selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat (§ 304 Abs. 1 Nr. 1 öZPO; § 423 dZPO)

33 Siehe ErWG 15. Zu den Problemen, die sich hieraus ergeben können, siehe nur *Fuchs*, in: *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg.) (Fn. 26) § 2 Rdnr. 53.

34 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 2003/1.

35 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráfico Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 62, 63.

36 Für Österreich siehe nur ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 11; *Brand*, *Schadensersatz im Kartellrecht* (2017) 258; *Egger/Gänser*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.), *Kartellrecht Kommentar*, 1. Aufl. (2022) 37j KartG Rdnr. 8, 13; *Dokalik*, RdW 2017, 219, 224; *Wilfinger*, in: *Spitzer/Wilfinger* (Hrsg.) (Fn. 29), § 304 Rdnr. 24; für Deutschland *Bach*, in: *Imenga/Mestmäcker* (Fn. 31), § 33g Rdnr. 22.

37 Für die unbedingte Vorlagepflicht nach österreichischem Recht siehe nur *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 9. Aufl. (2017) Rdnr. 860; *Kodek*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Band III/1, 3. Aufl. (2017) § 304 Rdnr. 1; *Wilfinger*, in: *Spitzer/Wilfinger* (Hrsg.) (Fn. 29), § 304 Rdnr. 1.

oder eine entsprechende Pflicht nach bürgerlichem Recht besteht (§ 304 Abs. 1 Nr. 2 öZPO; § 422 dZPO). Darüber hinaus trifft die gegnerische Partei im österreichischen Prozessrecht eine bedingte Pflicht zur Urkundenvorlage, die aber aus den in § 305 öZPO genannten Gründen verweigert werden kann.³⁸

Eine Einschränkung der offenlegungspflichtigen Beweismittel sieht die Richtlinie bei einem Offenlegungsantrag der klagenden Partei vor. Die beklagte Partei sowie Dritte müssen – anders als die klagende Partei oder Dritte bei einem Offenlegungsantrag der beklagten Partei – nur jene relevanten Beweismittel vorlegen, „die sich in deren Verfügungsgewalt befinden“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL). Diese Formulierung gab in der Rs. *PACCAR u.a.*³⁹ Anlass zu der Vorabentscheidungsfrage, ob sich die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL geregelte Offenlegung auch auf Dokumente beziehe, welche von der beklagten Partei oder anderen offenlegungspflichtigen Dritten für Zwecke der Offenlegung erst zu erstellen wären.⁴⁰ Der EuGH hat u.a. unter Berufung auf die mit der Bestimmung bezweckte Abhilfe bei der Informationsasymmetrie den Wortlaut der Bestimmung überwunden⁴¹ und diese Frage bejaht: Unter die in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL angesprochenen relevanten Beweismittel fielen auch jene, welche die offenlegungspflichtige Person durch Zusammenstellung oder Klassifizierung von sich in ihrer Verfügungsgewalt befindlichen Informationen, Kenntnissen oder Daten neu erstellen müsse.⁴² Die nationalen Gerichte müssten im Zuge der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung (zu dieser D.I.2.d)bb)) berücksichtigen, inwiefern die bei der Erstellung physischer Medien entstehenden Kosten sowie die anfallende Arbeitsbelastung angemessen seien.⁴³ Österreich hat die Formulierung der Richtlinienbestimmung übernommen, diese aber sowohl auf die klagende als auch die beklagte Partei angewandt (§ 37j Abs. 2 Satz 1 KartG 2005; „die sich in ihrer Verfügungsgewalt befinden“). In Deutschland bezieht sich die Herausgabepflicht auf jene Beweismittel, die „im Besitz“ sind (§ 33g Abs. 1 und 2 GWB). Um diese nationalen Umsetzungsbestimmungen in Einklang mit den EuGH-Vorgaben zu bringen, sind die entsprechenden Normen erweiternd auszulegen.⁴⁴

38 Siehe nur *Rechberger/Simotta* (Fn. 37), Rdnr. 860; *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 305 Rdnr. 1; *Wilfinger*, in: Spitzer/Wilfinger (Hrsg.) (Fn. 29), § 305 Rdnr. 1; siehe zu einem Vergleich mit der deutschen Rechtslage *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 303 Rdnr. 7 f.

39 EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298 m. Anm. *Köhnen*, IWRZ 2023, 37; *Fila/Rössig*, EuZW 2023, 35; *Gomille*, GPR 2023, 288.

40 EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298, Rdnr. 26, 37.

41 EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298, Rdnr. 40–60.

42 EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298, Rdnr. 69.

43 EuGH, Urt. v. 10.11.2022, C-163/21, *PACCAR u.a.*, ECLI:EU:C:2022:298, Rdnr. 68 f.

44 So für Deutschland *Köhnen*, IWRZ 2023, 37, 41 f.; ausf. zur Pflicht der Aufbereitung von Beweismitteln im deutschen Kartellschadensersatzverfahren in Zusammenhang mit dieser EuGH-Entscheidung *Gomille*, GPR 2023, 288, 289 f.

d) Voraussetzungen

aa) Offenlegungsantrag

Die Richtlinie enthält mehrere Voraussetzungen, die für eine Offenlegung erfüllt sein müssen. Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL ergibt sich die Anforderung an die klagende Partei, eine substantiierte Begründung vorzulegen, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche, die Plausibilität ihres Schadensersatzanspruchs stützende Tatsachen und Beweismittel enthält. Im Gegensatz zu Österreich (§ 37j Abs. 1 KartG 2005) entschied sich die deutsche Gesetzgebung bei der Umsetzung gegen die Begriffe „substantiiert“ und „Plausibilität“ und macht in dem § 33g Abs. 1 GWB mit dem Erfordernis des „glaubhaft Machens“ eine bewährte Kategorie des nationalen Prozessrechts (§ 294 dZPO) fruchtbar. Das ist problematisch, weil damit Erwartungen an das Beweismaß verknüpft sind („überwiegende Wahrscheinlichkeit“),⁴⁵ die einer bloßen Pflicht zur substantiellen Begründung noch nicht entnommen werden können.⁴⁶

Eine weitaus gewichtigere Unterscheidung zwischen der deutschen und österreichischen Umsetzung besteht aber darin, dass in Deutschland der Offenlegungsanspruch gem. § 33g GWB auch außerhalb eines Schadensersatzrechtsstreits geltend gemacht werden kann, insbesondere im Rahmen von Vergleichsverhandlungen. Dadurch sollen außergerichtliche Einigungen erleichtert werden.⁴⁷ Als überschießende Regelung⁴⁸ i.S.v. Art. 5 Abs. 8 RL ergeben sich dagegen keine unionsrechtlichen Bedenken.

Die österreichische Gesetzgebung begegnet dem Problem, dass es Geschädigten ohne einen vorprozessualen Anspruch auf Auskunft und Beweismittel unmöglich sein kann, die Klage bereits bei ihrer Erhebung hinreichend zu substantiieren, mit § 37j Abs. 1 KartG 2005.⁴⁹ Danach sind bei Klageerhebung nur die Tatsachen und Beweismittel beizubringen, die mit zumutbarem Aufwand zugänglich sind und die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs hinreichend stützen. Schon für die Grundnorm zu den Bestimmtheits- und Substantiierungsanforderungen, § 226 Abs. 1 öZPO, ist nach der abgeschwächten Substantiierungstheorie anerkannt, dass der klagenden Partei die Chance zu geben ist, einen unvollständigen Tatsachenvortrag erst später zu vervollständigen, sofern der neue Vortrag nicht gem. § 179 öZPO als verspätet zurückzuweisen ist.⁵⁰ Ob § 37j Abs. 1 öZPO diesen Grundsatz nur

45 BGH, Beschl. v. 27.09.2016, XI ZB 12/14, NJW-RR 2017, 308 Rdnr. 12 m.w.N.

46 Ebenso kritisch *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 336 m.w.N.; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; siehe aber *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33g Rdnr. 7 ff. m.w.N.

47 Siehe nur BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

48 A.A. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33g Rdnr. 4.

49 Vgl. ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 11.

50 RIS-Justiz RS0036973; OGH, Beschl. v. 28.04.1999, 3 Ob 197/97k; *Geroldinger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 226 Rdnr. 182 ff.; 195 m.w.N.

betont⁵¹ oder unter einer weiteren Herabsetzung der Substantiierungserfordernisse eine echte Ausnahme zu § 226 Abs. 1 öZPO formuliert,⁵² kann (bislang) offenbleiben.⁵³

Als weitere Voraussetzung sieht Art. 5 Abs. 2 RL (umgesetzt in § 37j Abs. 3 KartG 2005; § 33g Abs. 1 und 2 GWB) vor, „dass die nationalen Gerichte die Offenlegung von bestimmten einzelnen Beweismitteln oder relevanten Kategorien von Beweismitteln anordnen können, die so genau und so präzise wie möglich abgegrenzt sind, wie dies auf der Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen in der substantiierten Begründung möglich ist“. Damit wird der antragstellenden Partei zwar eine Bezeichnungspflicht auferlegt.⁵⁴ Erfüllt wird diese aber bereits bei der Angabe von Beweismittelkategorien, welche ausweislich des ErWG 16 etwa durch Bezugnahme auf gemeinsame Merkmale ihrer wesentlichen Elemente (z.B. Art, Gegenstand oder Inhalt der Unterlagen) bestimmt werden sollten. Somit ist der Offenlegungsantrag im Kartellschadensersatzverfahren abweichend von den allgemeinen zivilprozessualen Anforderungen an einen Vorlageantrag gem. § 303 Abs. 2 öZPO,⁵⁵ § 424 dZPO⁵⁶ bzw. jenen an die Urkundenvorlegung gem. § 142 dZPO⁵⁷ von einem geringeren Bestimmtheitserfordernis geprägt.⁵⁸

51 *Innerhofer/Dolina*, Offenlegungspflichten von Beweismitteln im Kartellschadensersatzverfahren – Wo sind die Grenzen? ÖZK 2022, 171, 176.

52 *Dokalik*, RdW 2017, 219, 224; *Brand* (Fn. 36), 256 f.; noch zum (inhaltsgleichen) Ministerialentwurf OGH, 12/SN-230/ME 25. GP 2; für eine Herabsetzung hinsichtlich des Klagegrunds OLG Wien, 12/SN-230/ME 25. GP 5.

53 Siehe dazu auch *Egger/Gänser*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.) (Fn. 36) § 37j KartG Rdnr. 6 ff.; *Siwy*, Beweisvorlageanträge in Schadenersatzverfahren aus Wettbewerbsverstößen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten, wbl 2017, 193, 195 f. je m.w.N.

54 Siehe nur *Fuchs*, in: *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg.) (Fn. 26) § 2 Rdnr. 54. Diese Bezeichnungspflicht ist auch in Hinblick auf die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung von Bedeutung: Nach ErWG 23 sollten nämlich Offenlegungsanträge i.S.d. Art. 6 RL aufgrund der Unvereinbarkeit mit der Bezeichnungspflicht nicht als verhältnismäßig angesehen werden, wenn sie sich ganz allgemein auf die Unterlagen in den Akten der Wettbewerbsbehörde zu einem bestimmten Fall oder auf die von einer Partei im Zusammenhang mit einem bestimmten Fall übermittelten Unterlagen beziehen.

55 OGH, Beschl. v. 28.04.2015, 8 Oba 9/15d, Rdnr. 2.1; *Kodek*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.) (Fn. 37), § 303 Rdnr. 17; 22 ff.; *Wilfinger*, in: *Spitzer/Wilfinger* (Hrsg.) (Fn. 29), § 303 Rdnr. 17 ff. je m.w.N.

56 Dazu statt vieler *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band V, 23. Aufl. (2015) § 424 Rdnr. 2 ff. m.w.N.

57 BGH, Urt. v. 26.06.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 Rdnr. 20; Urt. v. 27.05.2014, XI ZR 264/13, NJW 2014, 3312 Rdnr. 25; *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band III, 23. Aufl. (2016) § 142 Rdnr. 9 ff.; *Greger*, in: *Zöller*, Zivilprozessordnung, 35. Aufl. (2024) § 142 Rdnr. 6 f. je m.w.N.

58 Siehe für Deutschland *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 341; *Makatsch/Mir*, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? EuZW 2015, 7, 10 bei und in Fn. 66; vgl. zu der deutschen Umsetzungsbestimmung *Bach*, in: *Imenga/Mestmäcker* (Fn. 31), § 33g Rdnr. 25 f. m.w.N.; zu einer Übertragung der zivilpro-

bb) Obliegenheiten des Gerichts

Schließlich muss die Offenlegung der Beweismittel verhältnismäßig sein. Um dies zu gewährleisten, haben die nationalen Gerichte gem. Art. 5 Abs. 3 RL (umgesetzt in § 37j Abs. 2 und 4 KartG 2005; § 33g Abs. 3 GWB) eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Hierbei sind die berechtigten Interessen aller Parteien sowie betroffener Dritter zu berücksichtigen,⁵⁹ wie bspw. Umfang und Kosten der Offenlegung, inwieweit die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen bestehen (Art. 5 Abs. 3 Buchst. a)–c) RL). Ähnliche Aspekte hätte ein deutsches Gericht wohl auch bei einer Vorlageanordnung gem. § 142 dZPO im Zuge der Ausübung seines ordnungsgemäßen Ermessens zu berücksichtigen.⁶⁰

Als weitere Voraussetzung hat der Entscheidung über den Offenlegungsantrag gem. Art. 5 Abs. 7 RL zwingend⁶¹ eine Anhörung der Gegenpartei bzw. des Dritten voranzugehen. Vom Gericht allenfalls zu beachtende Verweigerungsgründe, die Offenlegungspflichtige vorbringen könnten, kennt die Richtlinie allerdings nur in eingeschränktem Ausmaß. Allein Art. 5 Abs. 6 RL sieht vor, dass die nationalen Gerichte bei einer Offenlegungsanordnung „den geltenden Privilegien der Angehörigen von Rechtsberufen nach Unionsrecht oder nationalem Recht uneingeschränkt Wirkung verleihen“. Im Vergleich hierzu kennt sowohl das österreichische als auch das deutsche Prozessrecht eine Vielzahl von Verweigerungsgründen; zu nennen sind nur die Urkundenvorlageverweigerungsgründe des § 305 öZPO oder die Zeugnisverweigerungsrechte der § 321 öZPO sowie §§ 383, 384 dZPO. Diese Verweigerungsrechte dienen u.a. dem Schutz des Individualinteresses von Betroffenen.⁶² Hingegen scheint die Richtliniengesetzgebung der effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einen höheren Stellenwert einzuräumen; Individualinteressen könnten allenfalls bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung i.S.d. Art. 5 Abs. 3 RL Berücksichtigung finden (arg: „insbesondere“). Auch die österreichischen und deutschen Umsetzungsbestimmungen sehen Verweigerungsgründe vor: § 37j

zessualen Grundsätze auf § 33g GWB durch erstinstanzliche Entscheidungen *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33g Rdnr. 23 ff. unter Hinweis auf LG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2019, 30 O 27/17 Rdnr. 119, 121; vgl. zu der österreichischen Umsetzungsbestimmung *Dokalik*, RdW 2017, 219, 225; *Wilfnger*, in: Spitzer/Wilfnger (Hrsg.) (Fn. 29), § 304 Rdnr. 24.

59 Die Vornahme einer Interessenabwägung verlangte der EuGH bereits in den Rs. *Pfleiderer* und *Donau Chemie* (Kainer, in: Weller/Althammer [Hrsg.] [Fn. 8] 173, 190).

60 Vgl. *Stauber/Schaper*, Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber? NZKart 2014, 346, 348; zur Ermessensentscheidung nach § 142 dZPO siehe nur BGH, Urt. v. 26.06.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989; *Greger*, in: Zöller (Fn. 57), § 142 Rdnr. 8; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 57), § 142 Rdnr. 6 f. je m.w.N.

61 Art. 5 Abs. 8 RL.

62 Für Österreich siehe nur *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. (1990) Rdnr. 938 ff.; für Deutschland *Berger*, in: Stein/Jonas (Fn. 56), § 383 Rdnr. 1.

Abs. 7 Satz 1 KartG 2005⁶³ nennt gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten sowie die Aussageverweigerungsrechte gem. § 157 Abs. 1 Nr. 2–5 öStPO, während § 33g Abs. 6 GWB auf die Zeugnisverweigerungsrechte der § 383 Abs. 1 Nr. 4–6 und § 384 Nr. 3 dZPO verweist. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland besteht hierbei die Möglichkeit, die Beweismittel dem Gericht zur Entscheidung über eine Offenlegung vorzulegen, wobei sich die Ausgestaltung der Verfahren im Detail unterscheidet (vgl. § 37j Abs. 7 KartG 2005; § 33g Abs. 6 Satz 2 i.V.m. § 89b Abs. 6 GWB; § 33g Abs. 6 Satz 3 GWB). Die Frage der Richtlinienkonformität dieser Bestimmungen wird in der Literatur⁶⁴ zumindest soweit zurecht gestellt, als die Offenlegung aus Gründen verweigert werden kann, die nicht als Privilegien der Angehörigen von Rechtsberufen i.S.d. Art. 5 Abs. 6 RL anzusehen sind und das Gericht hierüber auch nicht in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung i.S.d. Art. 5 Abs. 3 RL oder i.S.d. Art. 5 Abs. 4 RL in Form einer Schutzmaßnahme von vertraulichen Informationen entscheiden kann. Art. 5 Abs. 8 RL erlaubt eine Abweichung von nicht zwingenden Offenlegungsbestimmungen der Richtlinie nämlich nur dahingehend, dass nationale Vorschriften zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen.

e) Behandlung vertraulicher Informationen

Die Richtlinie schließt die Offenlegung von Beweismitteln, die Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen enthalten, nicht von vornherein aus. Vielmehr werden neben der Berücksichtigung bei der Interessensabwägung in dem zwingenden⁶⁵ Art. 5 Abs. 4 RL (umgesetzt in § 37j Abs. 6 und 7 KartG 2005; § 89b Abs. 6 und 7 GWB) weitere Vorkehrungen getroffen, um einen angemessenen Schutz dieser Informationen zu gewährleisten (ErwG 18). So soll gem. Art. 5 Abs. 4 Satz 1 RL eine Offenlegung dieser Beweismittel nur dann erfolgen, wenn sie als sachdienlich für die Schadensersatzklage erachtet werden. Darüber hinaus müssen die Gerichte gem. Art. 5 Abs. 4 Satz 2 RL wirksame Maßnahmen zum Schutz dieser Informationen verfügen. Dies unterscheidet sich von der österreichischen und deutschen Prozessordnung insofern, als dort – von Ausnahmen abgesehen wie bei In-Camera-Verfahren oder bei Verfahren um Geschäftsgeheimnisse – Beweismittel mit vertraulichen Informationen größtenteils entweder gar nicht oder nur ungeschützt Eingang in das Verfahren finden.⁶⁶

63 Die Bestimmung soll Art. 5 Abs. 4 RL über den Schutz vertraulicher Informationen umsetzen (dazu sogleich D.I.2.e)).

64 Für Österreich siehe *Egger/Gänsler*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.) (Fn. 36) § 37j KartG Rdnr. 35 m.N.; für Deutschland *Bach*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 31), § 33g Rdnr. 135–137.

65 Art. 5 Abs. 8 RL.

66 In Österreich kann gem. § 305 öZPO die Urkundenvorlage sowie in dessen sinngemäßer Anwendung auch die Vorlage von Auskunftssachen (§ 318 Abs. 2 öZPO) und Augen-

Als mögliche Schutzmaßnahmen werden in ErwG 18 der RL beispielhaft die Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung vorzulegen, genannt.⁶⁷ Bis auf den Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 172 Abs. 2 öZPO;⁶⁸ §§ 170 bis 175 GVG) handelt es sich hierbei grundsätzlich um eine Erweiterung der österreichischen und deutschen zivilprozessualen Möglichkeiten, vertrauliche Informationen zu schützen.⁶⁹ Einen auszugswweisen Urkundenbeweis kennt die österreichische Prozessordnung nur im Ausmaß des § 298 Abs. 2 öZPO, bei dem das Gericht nach Durchsicht der Urkunde anordnen kann, dass der gegnerischen Partei nur die für den Rechtsstreit relevanten Stellen zugänglich gemacht werden, die Einsicht in nicht entscheidungserhebliche Urkundenteile aber verwehrt bleibt.⁷⁰

scheingegenständen (§ 369 öZPO) bei Vorliegen einer der im Gesetz genannten Gründe verweigert werden (siehe dazu statt vieler *Kodek*, in: Fasching/Konecny [Hrsg.] [Fn. 37], § 305, § 318, Rdnr. 7; *Gitschthaler*, in: Fasching/Konecny [Hrsg.] [Fn. 37], § 369 Rdnr. 2 f. je m.w.N.). Gem. § 321 öZPO haben Zeugen sowie in dessen sinngemäßer Anwendung auch Parteien (§ 380 Abs. 1 öZPO) ein Aussageverweigerungsrecht (siehe nur *Frauenberger*, in: Fasching/Konecny [Hrsg.] [Fn. 37], § 321; *Spending*, in: Fasching/Konecny [Hrsg.] [Fn. 37], § 380 Rdnr. 2 ff.). Zum Geheimnisschutz in der öZPO siehe nur *Schuhmacher*, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 2010, 283; *Garber*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, ÖJZ 2012, 640, 644 ff.; *Schneider*, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? ÖJZ 2013, 149, 149 ff.; zu den in Deutschland vorgesehenen Zeugnisverweigerungsrechten gem. §§ 383, 384 dZPO, auf die auch in § 142 Abs. 2 dZPO verwiesen wird, siehe nur *Berger*, in: Stein/Jonas (Fn. 56), § 383 Rdnr. 1 ff., § 384 Rdnr. 1 ff. m.w.N.; allgemein zum Geheimnisschutz in der dZPO siehe nur *Haucke*, Geheimnisschutz im Zivilprozess – was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht? NJW 2016, 2218, 2221 f.

67 Diese Maßnahmen wurden in § 37j Abs. 6 KartG 2005 aufgenommen (ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 12), während § 37j Abs. 7 KartG 2005 Verweigerungsrechte normiert (dazu bereits D.I.2.d)bb)). In Deutschland erfolgte bis auf die Möglichkeit der Benennung eines Sachverständigen gem. § 89b Abs. 7 GWB keine entsprechende Aufnahme der in dem ErwG 18 genannten Maßnahmen (BT-Drucks. 18/10207, S. 101).

68 Die Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses wurde erst zur Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) der Know-how-Richtlinie (RL [EU] 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen [Geschäftsgeheimnisse] vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABL L 2016/157) ausdrücklich in § 172 Abs. 2 öZPO eingefügt (ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 11). In Deutschland erfolgte die Umsetzung durch das GeschGehG, das in § 19 die Möglichkeit vorsieht, den Zugang zu Dokumenten im Zivilprozess zu beschränken.

69 Vgl. für Österreich *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 3. Aufl. (2017) 151 f.; siehe außerdem die Nachweise bei Fn. 66.

70 Statt vieler *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 298 Rdnr. 5 ff. m.w.N.

3. Offenlegung von in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthaltenen Beweismitteln

Zusätzliche, neben Art. 5 RL geltende Sondervorschriften sind in dem zwingenden⁷¹ Art. 6 RL für jene Beweismittel vorgesehen, welche in den Akten einer „Wettbewerbsbehörde“⁷² enthalten sind (umgesetzt in § 37k KartG 2005; § 33g Abs. 4 und 5, § 89b Abs. 8 sowie § 89c Abs. 1 bis 4 GWB). Deren Offenlegung soll nicht dazu führen, dass die Wirksamkeit der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch die Wettbewerbsbehörden übermäßig beeinträchtigt wird (ErwG 21). Die nationalen Gerichte müssen deshalb gem. Art. 6 Abs. 4 RL bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zusätzliche Aspekte berücksichtigen. Zudem sollen die nationalen Gerichte die Offenlegung dieser Beweismittel nur dann bei der Wettbewerbsbehörde beantragen, wenn die Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand von einer anderen Partei oder von Dritten erlangt werden können (Art. 6 Abs. 10 RL).

Überdies enthält die Bestimmung Beschränkungen der offenlegungspflichtigen Beweismittel. Gem. Art. 6 Abs. 5 RL darf für bestimmte Kategorien von Beweismitteln eine Offenlegung erst dann angeordnet werden, wenn das Verfahren bei der Wettbewerbsbehörde beendet wurde (sog. „graue Liste“).⁷³ Hiervon betroffen sind zum einen Informationen, die von einer natürlichen oder juristischen Person eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt (lit. a) oder von der Wettbewerbsbehörde im Laufe dieses Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt wurden (lit. b) sowie zum anderen zurückgezogene Vergleichsausführungen (lit. c). In der Rs. *RegioJet*⁷⁴ hat sich der EuGH näher mit der für die Offenlegung vorausgesetzten Verfahrensbeendigung sowie mit dem Umfang und der Behandlung dieser Beweismittel auseinandergesetzt. Dem Gerichtshof zufolge könne die Aussetzung eines bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde anhängigen Verwaltungsverfahrens wegen der Verfahrenseinleitung durch die Kommission nicht einer Verfahrensbeendigung „durch Erlass einer Entscheidung oder in anderer Weise“ i.S.d. Art. 6 Abs. 5 RL gleichgestellt werden.⁷⁵ Das relative Offenlegungsverbot dürfe sich außerdem nicht auf alle für das wettbewerbsbehördliche Verfahren „vorgelegten“ Informationen beziehen.⁷⁶ Zum Zwecke der Prüfung, ob es sich tatsächlich um Beweismittel i.S.d. Art. 6 Abs. 5 Buchst. a) RL handelt, könne das Gericht die Offenlegung sowie

71 Siehe Art. 5 Abs. 8 RL.

72 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 7 und 8 RL.

73 Siehe nur ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 13; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 343; *Kamann*, in: *Kamann/Ohlhoff/Völcker* (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 45.

74 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6; dazu *Zelger*, Jüngste Entwicklungen im EU-Kartellschadensersatzprozessrecht – Teil I, ÖZK 2023, 127; *Hornkohl/Imgarten*, Aktuelle EuGH-Rechtsprechung zum Kartellschadensersatzrecht, GPR 2023, 226, 230 f.

75 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 91.

76 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 112.

Verwahrung bei Gericht anordnen und die Prüfung vornehmen, sobald es auf die Beweismittel zugreifen kann.⁷⁷ Das Gericht müsse dabei Sorge tragen, dass weder Antragsteller noch andere Verfahrensbeteiligte sowie deren Vertreter vor dem Abschluss dieser Prüfung bzw. – soweit sich herausstellt, dass es sich tatsächlich um Beweismittel der grauen Liste handelt – vor Beendigung des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens i.S.d. Art. 6 Abs. 5 RL Zugang zu diesen Beweismitteln erhalten.⁷⁸

Bei „Kronzeugenerklärungen“⁷⁹ und „Vergleichsausführungen“⁸⁰ ist gem. Art. 6 Abs. 6 RL eine Offenlegungsanordnung überhaupt ausgeschlossen (sog. „schwarze Liste“).⁸¹ Dies ist insoweit bemerkenswert, als sich der EuGH in den Entscheidungen *Pfleiderer* und *Donau Chemie* vor Erlass der Richtlinie ausdrücklich gegen eine starre Regelung und für eine Interessensabwägung ausgesprochen hatte.⁸²

II. Beschränkung der Verwendung von Beweismitteln

Für Beweise, die allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, ordnet Art. 7 RL (umgesetzt in § 37k Abs. 5 und 6 KartG 2005; § 89d GWB)⁸³ eine beschränkte Verwendung an. Zum einen sollen die Beweise nur durch die Einsicht nehmende Person, deren Rechtsnachfolger oder Zessionar genutzt werden können (Art. 7 Abs. 3 RL). Zum anderen müssen die nach Art. 6 Abs. 6 RL ausgeschlossenen Beweise in einem Schadensersatzverfahren überhaupt als unzulässig angesehen oder auf andere Weise nach nationalem Recht geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 RL). Dasselbe gilt für die nach Art. 6 Abs. 5 RL eingeschränkten Be-

77 Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 Buchst. a) RL stünden dem nicht entgegen (EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 122, 128).

78 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 132.

79 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 16.

80 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 18.

81 Siehe nur ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 13; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342; *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 45.

82 EuGH, Urt. v. 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rdnr. 30 ff.; EuGH, Urt. v. 06.06.2013, C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rdnr. 30–35, 49. Zu einer sich hieraus allenfalls ergebenden Primärrechtswidrigkeit des Art. 6 RL siehe nur *Bornkamm/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33g Rdnr. 55; *Kersting*, WuW 2014, 564, 566 f. m.w.N.; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 342 f.; *Potocnik-Manzouri*, Das Offenlegungsverbot für Kronzeugenerklärungen – (K)ein Problem? Wbl 2017, 131, 137; *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 45, § 29 Rdnr. 22 m.w.N.; *Fuchs*, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.) (Fn. 26) § 2 Rdnr. 57 bei und in Fn. 146; für eine Vereinbarkeit des Art. 6 Abs. 6 RL mit dem Unionsprimärrecht siehe zuletzt *Zelger*, ÖZK 2023, 127, 134 ff. m.w.N.

83 § 89d Abs. 4 GWB, mit dem die Anwendung der zivilprozessualen Offenlegungsbestimmungen eingeschränkt wird, soll gewährleisten, dass die Anforderungen der Art. 5 und 6 RL sowie deren Umsetzung nicht durch zivilprozessuale Vorlage- oder Offenlegungspflichten unterlaufen werden (BT-Drucks. 18/10207, S. 105); dazu *Bornkamm/Tolkemitt*, in: Bunte [Hrsg.] [Fn. 30], § 89d Rdnr. 10 f.

weismittel für die Dauer des Verfahrens bei der Wettbewerbsbehörde (Art. 7 Abs. 2 RL). Daraus folgt uE jedenfalls, dass diese Beweismittel auch einer Verwertung⁸⁴ unzugänglich sein müssen.⁸⁵ Eine Interpretation dieser Bestimmungen, wonach nur die Verwendung der unter Art. 6 Abs. 5 und 6 RL fallenden Beweismittel verboten, die Verwertung bei unzulässiger Verfahrenseinbringung aber dennoch möglich ist, widerspricht dem Effektivitätsgrundsatz und dem Zweck der Richtlinie. Interesse der Unionsgesetzgebung ist es, die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts nicht übermäßig zu beeinträchtigen (ErwG 25, 26, 32). Kronzeugenprogramme und Vergleichsverfahren sind wichtige Rechtsdurchsetzungsinstrumente, weshalb die Richtlinie gewährleisten will, dass die Unternehmen auch weiterhin zur freiwilligen Vorlage von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen bereit sind (ErwG 26). Die Bereitschaft würde aber jedenfalls sinken, wenn verbotene Beweise dennoch einer Verwertung zugänglich wären.

Folgt man dieser Ansicht, stellt sich die Frage nach der richtlinienkonformen Umsetzung des österreichischen § 37k Abs. 5 KartG 2005, der nur die „Verwendung“ für unzulässig erklärt und teils auch als bloßes Verwendungsverbot interpretiert wird.⁸⁶ Dies ist vor dem Hintergrund verständlich, dass der österreichischen Prozessordnung Beweisverwertungsverbote grundsätzlich fremd sind.⁸⁷ Auch die hL⁸⁸ in Österreich lehnt Beweisverwertungsverbote überwiegend ab; der Richter solle nicht sehendes Auge eine falsche Entscheidung fällen müssen. Die deutsche

84 S.a. Art. 8 Abs. 1 Buchst. d) RL: „Beweisverwertung“.

85 So auch *Kamann*, in: *Kamann/Ohlhoff/Völcker* (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 46; *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 348, vgl. zur deutschen Umsetzungsbestimmung *Preuß*, in: *LMRKM* (Fn. 10), § 89d GWB Rdnr. 6; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Bunte* (Hrsg.) (Fn. 30), § 89d Rdnr. 1 f.; *Schmidt*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 31), § 89d Rdnr. 4 ff.; a.A. in Bezug auf die RL wohl *Egger/Gänser*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.) (Fn. 36) § 37k KartG Rdnr. 45.

86 So *Egger/Gänser*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.) (Fn. 36) § 37k KartG Rdnr. 45 f.; *Brand* (Fn. 36), 274; siehe aber *Sivny*, wbl 2017, 193, 197; *Gugerbauer*, KartG und WettbG, 3. Aufl. (2017) § 37k KartG Rdnr. 8 f.

87 Statt vieler *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.) (Fn. 37), Vor § 266 ZPO Rdnr. 70 m.w.N.

88 Siehe nur *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.) (Fn. 37), Vor § 266 ZPO Rdnr. 70; *Rechberger/Klicka*, in: *Rechberger/Klicka* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. (2019) Vor § 266 ZPO Rdnr. 24; *Spitzer*, in: *Spitzer/Wilfinger* (Hrsg.) (Fn. 29), Vorbemerkungen zu §§ 266 ff. ZPO Rdnr. 29 ff. je m.w.N.; kritisch *Schmid*, ÖJZ 2018, 72, 75 f. Die Judikatur ist nicht ganz so einheitlich und befürwortet teils die Vornahme einer Interessensabwägung (siehe nur OGH, Beschl. v. 20.06.2000, 3 Ob 131/00m; Beschl. v. 30.06.2010, 7 Ob 92/10w; Beschl. v. 19.01.2011, 7 Ob 105/10g; jüngst dazu OGH, Beschl. v. 24.08.2022, 7 Ob 121/22b m. Anm. *Kodek*, eolex 2022, 976; *Werderitsch*, EF-Z 2022, 285; *Anzenberger*, ImmoZak 2023, 63; *Wilfinger*, EvBl 2023, 241). Grundlegend dazu *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozeß (1987); *Kodek*, Even if you steal it, it would be admissible – Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, in: *FS Kaissis* (2012) 523; siehe zuletzt auch *Neumayr*; Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht, DRdA 2023, 351 je m.w.N.

Umsetzung in § 89d Abs. 2 und 3 GWB wird indes als Beweisverwertungsverbot verstanden.⁸⁹ Die Bereitschaft dieser Form der Umsetzung ist vielleicht dadurch zu erklären, dass zwar auch in der deutschen Prozessordnung keine Beweisverwertungsverbote vorgesehen sind,⁹⁰ Lehre und Rsp diesen aber differenzierter gegenüber stehen: Verwertungsverbote werden teilweise mit der Begründung für zulässig erachtet, dass andernfalls ein Anreiz zu rechtswidrigem Tun bestehen würde, der die Rechtsordnung im Hinblick auf das Unwerturteil über die Erlangungshandlung als widersprüchlich und inkonsequent erscheinen ließe.⁹¹

III. Sanktionen

Gem. Art. 8 RL müssen die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionsinstrumente vorsehen, wenn gegen die Beweisverwertungsbeschränkungen verstoßen wird, Offenlegungsanordnungen oder Anordnungen des nationalen Gerichts zum Schutz vertraulicher Informationen missachtet oder relevante Beweismittel vernichtet werden. Als mögliche Sanktionen können nachteilige Schlussfolgerungen für die Parteien gezogen werden, wie bspw. den betreffenden Beweis als erbracht anzusehen (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 RL).⁹² Bereits § 307 Abs. 2 öZPO sieht als Folge der Vorlageverweigerung oder Urkundenvernichtung durch die gegnerische Partei zwar keine Erwieseneit des behaupteten Urkundeninhalts, aber immerhin eine freie Beweiswürdigung durch das Gericht vor.⁹³ Ebenso kann in Deutschland die Nichtvorlage von Urkunden durch die Partei zu beweis-

89 Siehe nur *Preuß*, in: LMRKM (Fn. 10), § 89d GWB Rdnr. 6; *Bornkamm/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 89d Rdnr. 1 f.; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 31), § 89d Rdnr. 4 ff.

90 Siehe nur *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band IV, 23. Aufl. (2018) § 284 Rdnr. 86; *Prütting*, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 6. Aufl. (2020) § 284 Rdnr. 64 f.; vgl. *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 348.

91 Siehe nur BGH, Urt. v. 19.06.1970, IV ZR 45/69, NJW 1970, 1848; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 284 Rdnr. 86 ff.; ausf. mit einer Darstellung des Meinungsstandes *Laumen/Prütting*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Band 1, 4. Aufl. (2019) 94–117; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht (1996) Rdnr. 80 ff.; s.a. *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 284 Rdnr. 65 ff. je m.w.N.

92 Als weitere Sanktionsmaßnahmen nennt die Richtlinie die gänzliche oder teilweise Zurückweisung von Klagen oder Klageerwiderungen sowie die Verpflichtung der Partei zur Tragung der Kosten. *Egger/Gänser* (in: Egger/Harsdorf-Borsch [Hrsg.] [Fn. 36] § 37m KartG Rdnr. 4 f. unter Hinweis auf *Brand* [Fn. 36], 278 in Fn. 1324) qualifizieren diese Maßnahmen als nicht vereinbar mit der öZPO und sehen deshalb offenbar Änderungsbedarf. Jedoch handelt es sich hierbei bloß um mögliche Sanktionen, welche die Richtlinie beispielhaft anführt, deren Umsetzung aber nicht verlangt (arg: „können“).

93 RIS-Justiz RS0130120; OGH, Beschl. v. 19.03.1998, 2 Ob 2382/96z; *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 307 Rdnr. 13 ff.; *Wilfänger*, in: Spitzer/Wilfänger (Hrsg.) (Fn. 29), § 307 Rdnr. 3 ff.; in diesem Kontext *Brand* (Fn. 36), 278 in Fn. 1324.

rechtlichen Nachteilen führen.⁹⁴ Vollstreckbar ist nach den österreichischen zivilprozessualen Regelungen hingegen nur die Vorlageanordnung gegen Dritte (§ 308 Abs. 2 letzter S. öZPO).⁹⁵ Um der Richtlinie gerecht zu werden, hat sich die Gesetzgebung um eine Erweiterung der Vollstreckbarkeit auch auf die Offenlegungsanordnung gegen eine Partei entschieden (§ 37j Abs. 9 KartG 2005).⁹⁶ Durch die Einführung des materiell-rechtlichen Offenlegungsanspruchs gem. § 33g GWB kann nun auch in Deutschland die Offenlegung bei entsprechender Titulierung vollstreckt werden.⁹⁷

IV. Beweiserleichterungen

1. Bindungswirkung

Neben den Offenlegungsbestimmungen finden sich über die Richtlinie verteilt weitere Regelungen, welche das Beweisrecht zum Gegenstand haben und zu einer Beweiserleichterung für die klagende Partei führen. Gem. Art. 9 Abs. 1 RL gilt eine in einer bestandskräftigen Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde oder einer Rechtsmittelinstanz festgestellte Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht für die Zwecke eines Kartellschadensersatzverfahrens vor den nationalen Gerichten als unwiderlegbar festgestellt (zur österreichischen und deutschen Umsetzung siehe D.IV.2.a)).⁹⁸

Mit „nationalen Wettbewerbsbehörden“ meint die Richtlinie jene Behörden, die von den Mitgliedstaaten gem. Art. 35 der Kartellverfahrens-VO für die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV für zuständig bestimmt worden sind (Art. 2

94 Vgl. *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 349; *Preuß*, in: LMRKM (Fn. 10), § 89b GWB Rdnr. 17; dazu statt vieler BGH, Urt. v. 26.06.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 Rdnr. 20; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 142 Rdnr. 35 ff.; *Fritsche*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 142 Rdnr. 16.

95 Statt vieler *Kodek*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 307 Rdnr. 22 ff.; § 308 Rdnr. 15 m.w.N.

96 ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 12. Für die restlichen, in Art. 8 Abs. 1 Buchst. b) bis Buchst. d) RL aufgezählten Verletzungen ist in Umsetzung des Art. 8 RL die Verhängung von Ordnungsstrafen vorgesehen (§ 37m KartG 2005), wobei § 307 Abs. 2 öZPO hiervon unberührt bleibt (ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 13).

97 Siehe nur *Bornmann/Tolkmit*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 89b Rdnr. 68 f.; *Preuß*, in: LMRKM (Fn. 10), § 89b GWB Rdnr. 150; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 31), § 89b Rdnr. 26 je m.w.N. Außerdem kann der Offenlegungspflichtige bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichterfüllung gem. § 33g Abs. 8 GWB schadensersatzpflichtig werden.

98 Eine Feststellungswirkung von Entscheidungen der Kommission ergibt sich aus Art. 16 Kartellverfahrens-VO, der auf eine Entscheidung des EuGH (Urt. v. 14.12.2000, C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689) zurückgeht; dazu *Bornmann/Tolkmit*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33b Rdnr. 5 ff.; *Dalheimer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Erg.Lfg. (2009) Art. 16 VO Nr. 1/2003 Rdnr. 1; vgl. ErwG 22 der Kartellverfahrens-VO.

Nr. 7 RL).⁹⁹ In Deutschland ist dies das Bundeskartellamt (§ 50 GWB), in Österreich gem. § 83 Abs. 1 Nr. 1 KartG 2005 für die Erlassung von Entscheidungen das Kartellgericht. Als „Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht“ versteht die Richtlinie gem. Art. 2 Nr. 1 RL eine Zu widerhandlung gegen Art. 101, 102 AEUV sowie gegen nationales Wettbewerbsrecht. Hat die Wettbewerbsbehörde oder die Rechtsmittelinstanz eine solche Zu widerhandlung festgestellt, soll die Wirkung dieser Feststellung die Art sowie die sachliche, persönliche, zeitliche und räumliche Dimension der Zu widerhandlung erfassen (ErwG 34). Mit dieser Bestimmung ordnet die Richtlinie im Ergebnis eine Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen in Verfahren über *follow-on*-Schadensersatzklagen an,¹⁰⁰ die sich nicht nur auf tatsächliche Feststellungen, sondern vielmehr auch auf deren rechtliche Bewertung erstreckt.¹⁰¹ Die Bindungswirkung gilt nicht nur für Feststellungsentscheidungen,¹⁰² sondern bspw. auch für Bußgeldentscheidungen. Art. 9 RL ist nämlich als Ergänzung der entsprechenden Regelung in Art. 16 Kartellverfahrens-VO für Entscheidungen der Europäischen Kommission anzusehen.¹⁰³ Die dort vorgesehene Bindungswirkung betrifft unter anderem Verhaltensweisen, „die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind“, wie etwa Entscheidungen über die Feststellung und Abstellung von Zu widerhandlungen (Art. 7 Kartellverfahrens-VO) sowie über Geldbußen (Art. 23 Kartellverfahrens-VO).¹⁰⁴ Verpflichtungszusagen (Art. 9 Kartellverfahrens-VO) sind hiervon ausgenommen; die Kommission soll bei diesen Entscheidungen auch nicht die Frage beantworten, ob eine Zu widerhandlung vorliegt.¹⁰⁵

Die unionsrechtliche Bindungswirkung wurde ausweislich des ErwG 34 „[i]m Interesse der Rechtssicherheit“ und „zur Vermeidung von Widersprüchen bei der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV“ vorgesehen. Damit im Einklang steht

99 Die Rechtsmittelinstanz ist ein nationales Gericht, das im Wege ordentlicher Rechtsmittel die Befugnis hat, Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörde oder darüber ergehende gerichtliche Entscheidungen zu überprüfen (Art. 2 Nr. 10 RL).

100 *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 31), § 33b Rdnr. 6; vgl. *Kersting*, in: LMRKM (Fn. 10), § 33b GWB Rdnr. 1.

101 Dazu *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110; zur entsprechenden deutschen Bestimmung *Bornmann/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33b Rdnr. 2 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 12.07.2016, KZR 25/14, NJW 2016, 3527 Rdnr. 13.

102 In Österreich vorgesehen in § 28 KartG 2005, in Deutschland in § 32 GWB. Beide Bestimmungen gehen auf die Kartellverfahrens-VO zurück (siehe für Österreich ErläutRV 926 BlgNr 22. GP 8; für Deutschland BT-Drucks. 15/3640, S. 51).

103 Siehe *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110.

104 Statt vieler *Bornmann/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33b Rdnr. 12; *Meeßen*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), H.I. § 5 Rdnr. 82.

105 Vgl. ErwG 13 der Kartellverfahrens-VO; *Meeßen*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), H.I. § 5 Rdnr. 82 m.w.N.

der Zweck der in § 411 öZPO sowie § 322 dZPO verankerten materiellen Rechtskraft, zu Rechtssicherheit und Rechtsfrieden beizutragen.¹⁰⁶ Die Unionsgesetzgebung verfolgt aber einen weiteren Zweck, der dem nationalen Prozessrecht fremd ist: Art. 9 Abs. 1 RL soll auch „zur Erhöhung der Wirksamkeit und verfahrensrechtlichen Effizienz von Schadensersatzklagen und zur Förderung des Funktionierens des Binnenmarkts für Unternehmen und Verbraucher“ beitragen (ErwG 34).

2. Anforderungen an den Beweis

a) Erleichterungen des Nachweises einer Zuwiderhandlung bei fehlender bindender Feststellung

Art. 9 Abs. 2 RL regelt den Fall, dass eine bestandskräftige Entscheidung i.S.d. Art. 9 Abs. 1 RL durch eine ausländische Wettbewerbsbehörde oder Rechtsmittelinstanz ergangen ist. Die in einer solchen Entscheidung festgestellte Zuwiderhandlung muss zumindest als „Anscheinsbeweis“¹⁰⁷ für eine begangene Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht im Kartellschadensersatzverfahren vorgelegt werden können.¹⁰⁸ Von Relevanz dürften hier aber nur die in der Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen sein.¹⁰⁹ Dass die Richtlinie es hier zulässt, aufgrund einer bestandskräftigen Entscheidung auf das Bestehen einer Zuwiderhandlung zu schließen, liegt nicht etwa daran, dass sie – wie beim österreichischen und deutschen Anscheinsbeweis¹¹⁰ – einen Beweisnotstand verhindern will, auch wenn die Bestimmung *de facto* zu einer Beweiserleichterung für die klagende Partei führt. Vielmehr werden mit der Vorschrift mit Art. 9 Abs. 1 RL vergleichbare Ziele verfolgt (dazu bereits D.IV.1.).¹¹¹

Die „Feststellung“ (ErwG 35) bzw. „Entscheidung“ (Art. 9 Abs. 2 RL) der Wettbewerbsbehörde soll gem. Art. 9 Abs. 2 RL „gegebenenfalls zusammen mit allen anderen von den Parteien erbrachten Beweisen geprüft werden“ können. Das für den

106 Für Österreich siehe nur *Fasching* (Fn. 62), Rdnr. 1498; für Deutschland *Völzmann-Stickelbrock*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), *Zivilprozessordnung Kommentar*, 16. Aufl. (2024) § 322 Rdnr. 1.

107 S.a. die englische („*prima facie* evidence“), französische („*preuve prima facie*“) und italienische („*prova prima facie*“) Sprachfassung.

108 Siehe dazu, dass hieraus keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet werden kann, Behördenentscheidungen anderer Mitgliedstaaten eine Bindungswirkung zuzuerkennen, *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110.

109 Anders als bei der Bindungswirkung nach Art. 9 Abs. 1 RL; siehe *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110.

110 Für Österreich siehe nur OGH, Beschl. v. 26.07.2006, 3 Ob 106/06v; Beschl. v. 27.02.2014, 8 Ob 129/13y; *Rechberger*, in: *Fasching/Konecny* (Hrsg.) (Fn. 37), Vor § 266 ZPO Rdnr. 56 m.w.N.; für Deutschland *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 286 Rdnr. 128 ff.; *Greger*, in: Zöller (Fn. 57), Vor § 284 ZPO Rdnr. 29 ff. je m.w.N.

111 *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110.

Schadensersatzanspruch angerufene Gericht hat sohin – wie dies auch im österreichischen und deutschen Prozessrecht angedacht ist¹¹² – den Anscheinsbeweis sowie alle anderen vorgebrachten Beweise frei zu würdigen. Offen bleibt, welche Anforderungen an die beklagte Partei für die Entkräftigung der Zuwiderhandlung gestellt werden. Nach österreichischem und deutschem Verständnis erfordert der Anscheinsbeweis nur den Gegenbeweis, nicht aber den Beweis des Gegenteils.¹¹³ Die beklagte Partei müsste somit nicht beweisen, keine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen zu haben, sondern nur die Glaubwürdigkeit des vorgelegten Beweises erschüttern. Mangels einer aus Art. 9 Abs. 2 RL nicht ersichtlichen Beweislastumkehr dürfte dies wohl auch im Sinne der Unionsgesetzgebung gelegen sein.¹¹⁴

Die Mitgliedstaaten hatten die Möglichkeit, für ausländische Entscheidungen weitergehende Wirkungen zu verankern (arg: „zumindest“).¹¹⁵ In Österreich und Deutschland bestand hier aber ohnehin kein Umsetzungsbedarf, da sowohl § 37a Abs. 3 KartG 2005 a.F. (nunmehr § 37i Abs. 2 KartG 2005) als auch § 33 Abs. 4 GWB a.F. (nunmehr § 33b GWB) bereits vor dem In-Kraft-Treten der Richtlinie eine umfassende Bindungswirkung für Entscheidungen von sowohl inländischen als auch ausländischen Wettbewerbsbehörden vorsahen.¹¹⁶

Der EuGH setzte sich in der Rs. *Repsol*¹¹⁷ mit den Wirkungen inländischer Entscheidungen auseinander, die gem. Art. 22 Abs. 1 RL nicht vom zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sind.¹¹⁸ Grundsätzlich obliege die Regelung der Wirkungen den innerstaatlichen Rechtsordnungen.¹¹⁹ Der Gerichtshof befand aber,

112 Für Österreich siehe nur *Rechberger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), Vor § 266 ZPO Rdnr. 56 m.w.N.; für Deutschland *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 286 Rdnr. 50 ff. m.w.N.

113 Für Österreich siehe nur OGH, Beschl. v. 20.03.2015, 9 Ob 26/14k; *Rechberger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), Vor § 266 ZPO Rdnr. 64 m.w.N.; für Deutschland BGH, Urt. v. 17.01.1995, X ZR 82/93, VersR 1995, 723 m.w.N.; Urt. v. 05.10.2004, XI ZR 210/03, NJW 2004, 3623; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 286 Rdnr. 138 f. m.w.N.

114 A.A. *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110, wonach die beklagte Partei den „Gegenbeweis“ führen und beweisen kann, dass kein Kartellrechtsverstoß vorlag.

115 *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 110.

116 Für Österreich siehe nur ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 11; *Egger/Gänser*, in: Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg.) (Fn. 36) § 37i KartG Rdnr. 9 ff.; *Hoffer/Barbist* (Fn. 69), 143; für Deutschland BT-Drucks. 18/10207, S. 56; *Bornmann/Tolkmitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33b Rdnr. 1; *Fuchs*, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.) (Fn. 26) § 2 Rdnr. 59; *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 48; *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 347 f.

117 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298; dazu *Hornkohl/Imgarten*, GPR 2023, 226, 227 ff.

118 Zum zeitlichen Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 siehe EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 39 f., 44, 46.

119 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 58, 59.

dass die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches i.S.d. Effektivitätsgrundsatzes übermäßig schwierig wäre, wenn bestandskräftigen Entscheidungen keinerlei Wirkung zuerkannt werden würde.¹²⁰ Deshalb müsse eine durch bestandskräftige Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde festgestellte Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV auch in einem nationalen Schadensersatzverfahren „bis zum Beweis des Gegenteils¹²¹ als nachgewiesen [gelten], wodurch die in [...] Art. 2 [Kartellverfahrens-VO] definierte Beweislast¹²² auf den Beklagten übergeht, sofern die Art der behaupteten Zuwiderhandlung, die den Gegenstand dieser Klage bildet, sowie ihre sachliche, persönliche, zeitliche und räumliche Dimension¹²³ mit Art und Dimension der in der Entscheidung festgestellten Zuwiderhandlung übereinstimmen“. ¹²⁴ Insofern normiert der EuGH auch bei Nichtanwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 RL eine Beweiserleichterung für die klagende Partei. Diese muss aber den Nachweis erbringen, dass die vom Gerichtshof geforderte Übereinstimmung der (behaupteten) Zuwiderhandlungen gegeben ist.¹²⁵ Da in Österreich und Deutschland unabhängig von der Richtlinie in Kartellschadensersatzverfahren eine umfassende Bindungswirkung vorgesehen ist, sind die Vorgaben des EuGH als erfüllt anzusehen. Für den Fall, dass „der Urheber, die Art, die rechtliche Einstufung, die Dauer und die räumliche Tragweite der in dieser Art von Entscheidung festgestellten Zuwiderhandlung und der Zuwiderhandlung, die den Gegenstand der in Rede stehenden Klage bildet, nur teilweise übereinstimmen“, verlangt der Gerichtshof außerdem, dass diese Feststellungen zumindest Indiz¹²⁶ für die Existenz der Tatsachen bilden sollen, „auf die sich diese in der Entscheidung enthaltenen Feststellungen beziehen“. ¹²⁷

b) Erleichterungen des Nachweises der Schadensentstehung

Auch für die Entstehung des Schadens findet sich eine Beweiserleichterung, die darauf abzielt, die bereits mehrmals erwähnte Informationsasymmetrie auf Seiten der klagenden Partei zu beheben und die wirksame Geltendmachung von Schadens-

120 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 61.

121 S.a. die englische („until proof to the contrary is adduced“), französische („preuve du contraire“) und italienische („prova contraria“) Sprachfassung.

122 S.a. die englische („burden of proof“), französische („fardeau de la preuve“) und italienische („onere della prova“) Sprachfassung.

123 Bei dieser Formulierung greift der EuGH offenbar auf die Richtlinie zurück (siehe ErwG 34).

124 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 62 f., 67.

125 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 65.

126 S.a. die englische („indications“), französische („indice“) und italienische („indizi“) Sprachfassung.

127 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 64, 66; ausf. dazu *Hornkohl/Imgarten*, GPR 2023, 226, 229 f.

ersatzansprüchen zu gewährleisten (ErwG 47). Gem. Art. 17 Abs. 2 Satz 1 RL wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von „Kartellen“¹²⁸ einen Schaden verursachen. Dabei handelt es sich auch nach österreichischem¹²⁹ und deutschem¹³⁰ Verständnis um eine (gesetzliche) Vermutung, da die klagende Partei nur die Vermutungstatsache – hier das Vorliegen eines Kartells – nachweisen muss, bei deren Vorliegen das Bestehen der Haupttatsache – der eingetretene Schaden – unterstellt wird.¹³¹ Die Richtliniengesetzgebung räumt dem Rechtsverletzer das Recht ein, diese Vermutung zu widerlegen (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 RL), wobei auch hier unklar ist, welche Maßstäbe gelten. Bei Anwendung der österreichischen und deutschen Grundsätze des Prozessrechts ginge die Beweislast auf die beklagte Partei über, die den Beweis des Gegenteils erbringen müsste, dass kein Schaden entstanden ist.¹³² Eben dies gilt für die österreichischen (§ 37c Abs. 2 KartG 2005) und deutschen (§ 33a Abs. 2 GWB) Umsetzungsbestimmungen.¹³³ Ausweislich der österreichischen Materialien wurde die sich bereits aus § 270 öZPO ergebende Widerlegungsmöglichkeit gesetzlicher Vermutungen ohnehin nur aus Gründen der Klarheit nochmals in § 37c Abs. 2 KartG 2005 aufgenommen.¹³⁴

Zuletzt findet sich auch in Art. 14 Abs. 2 RL im Zusammenhang mit der Weitergabe einer kartellbedingten Preissteigerung („*passing-on*“)¹³⁵ eine in ErwG 41 sowohl als „Anscheinsbeweis“ als auch als „widerlegbare Vermutung“ bezeichnete Beweiserleichterung zugunsten der klagenden Partei. Der Beweis für eine Abwälzung des „Preisaufschlags“¹³⁶ gilt demnach als erbracht, wenn der „mittelbare Abnehmer“¹³⁷ nachgewiesen hat, dass die beklagte Partei eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbe-

128 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 14 RL.

129 Zur gesetzlichen Vermutung statt vieler *Rechberger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 270 Rdnr. 1 ff. m.w.N.

130 Zur gesetzlichen Vermutung statt vieler *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 292 Rdnr. 1 ff.; *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 292 Rdnr. 1 ff. je m.w.N.

131 Vgl. *Hoffmann*, in: Dausers/Ludwigs (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 103; *Kriechbaumer*, Schadensersatz wegen Kartellverstößen: Auswirkungen der EU-Richtlinie 2014/104, RdW 2015, 353, 357, wonach diese Bestimmung zu einer Beweislastumkehr führt.

132 Für Österreich siehe nur *Rechberger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 270 Rdnr. 4 ff. m.w.N.; für Deutschland BAG, Urt. v. 07.05.1998, 2 AZR 536/97, NZA 1998, 933; BGH, Urt. v. 04.02.2002, II ZR 37/00, NJW 2002, 2101; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 292 Rdnr. 16 ff.; *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 292 Rdnr. 25 ff. je m.w.N.

133 Zur österreichischen Rechtslage siehe nur *Hoffer/Barbist* (Fn. 69), 119; trotz Bezeichnung als „Gegenbeweis“ *Gänser/Egger*, in: Egger/Harsdorf-Borsch (Hrsg.) (Fn. 36) § 37c KartG Rdnr. 37 f.; *Brand* (Fn. 36), 195, 210 f.; zur deutschen *Bornkamm/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33a Rdnr. 39.

134 ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 7.

135 *Kamann*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.) (Fn. 25), § 24 Rdnr. 52.

136 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 20.

137 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 24.

werbsrecht begangen hat (lit. a), diese Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den „unmittelbaren Abnehmer“¹³⁸ der beklagten Partei zur Folge hatte (lit. b) und der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlungen waren, aus solchen hervorgingen oder sie enthielten (lit. c).¹³⁹ In Österreich und Deutschland würde es sich hierbei bei entsprechender gesetzlicher Verankerung um eine Vermutungsregel handeln.¹⁴⁰ Die Richtlinie sieht die Möglichkeit einer Widerlegung dahingehend vor, dass Art. 14 Abs. 2 Satz 1 RL nicht anzuwenden ist, wenn die beklagte Partei glaubhaft machen kann, dass die Vermögenseinbuße nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 RL). Auch die österreichische Umsetzungsbestimmung fordert nur eine „Glaubhaftmachung des Gegenteils“ (§ 37f Abs. 3 KartG 2005). Ebenso findet nach § 33c Abs. 3 GWB die in Abs. 2 *leg cit* vorgesehene Vermutungsregelung „keine Anwendung, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde.“ Nach österreichischem und deutschem Verständnis müsste die beklagte Partei bei einer widerlegbaren Vermutung aber eigentlich den Hauptbeweis dafür erbringen, dass keine Preisabwälzung stattgefunden hat (Beweis des Gegenteils).¹⁴¹ Es stellt sich daher die Frage nach dem in der Richtlinie geforderten Beweismaß. Aus der Verwendung des Wortes „glaubhaft“ lässt sich schließen, dass die Anforderungen an die beklagte Partei im Vergleich zu einem Vollbeweis herabgeschwächt werden sollten. Auch liegt die Beweislast für Vorliegen und Umfang der Schadenabwälzung gem. Art. 14 Abs. 1 RL trotz Vermutungsregelung bei der klagenden Partei. Die Richtliniengesetzgebung wollte mit Art. 14 Abs. 2 RL also keine Umkehr der Beweislast bewirken, wie dies beim österreichischen und deutschen Prozessrecht für Vermutungsregelungen angedacht ist. Bei einer entsprechenden Glaubhaftmachung durch die beklagte Partei wird also doch die klagende Partei die vermutete Tatsache – die Preisabwälzung – nachweisen müssen.¹⁴²

3. Schadensschätzung

Zur Erleichterung der Schadensermittlung sieht die Richtlinie schließlich vor, dass den nationalen Gerichten in bestimmten Fällen eine Schätzungsbefugnis eingeräumt

138 Siehe dazu die Def. in Art. 2 Nr. 23.

139 Dafür, dass sich diese Vermutungsregelung wohl nur auf das „ob“ eines „pass-on“ und nicht auch auf dessen Umfang beziehen soll siehe *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 338.

140 *Fuchs*, in: *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg.) (Fn. 26) § 2 Rdnr. 61; vgl. *Kersting*, WuW 2014, 564, 570; a.A. offenbar *Kriechbaumer*, RdW 2015, 353, 356. Siehe zu Nachweisen zur gesetzlichen Vermutung für Österreich Fn. 129, für Deutschland Fn. 130.

141 Siehe die Nachweise bei Fn. 132.

142 Siehe dazu auch *Hoffmann*, in: *Dauses/Ludwigs* (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 101 und 102 AEUV Rdnr. 105 f.; *Kersting*, WuW 2014, 564, 570; vgl. zur österreichischen Umsetzungsbestimmung *Egger/Gänser*, in: *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg.) (Fn. 36) § 37f KartG Rdnr. 22 f. m.w.N.; *Brand* (Fn. 36), 232; zur deutschen Umsetzungsbestimmung *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Bunte* (Hrsg.) (Fn. 30), § 33c Rdnr. 96 ff.

werden muss. Diese greift zum einen bei Abwälzungen von Preissteigerungen an mittelbare Abnehmerinnen und Abnehmer. Die nationalen Gerichte sollen hier schätzen können, welcher Teil eines Preisaufschlags weitergegeben wurde (Art. 12 Abs. 5 RL).¹⁴³ Darüber hinaus müssen die nationalen Gerichte gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL generell dazu befugt sein, die Höhe des erwiesenen Schadens zu schätzen, wenn die genaue Bezifferung für die klagende Partei i.S.d. Effektivitätsgrundsatzes praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist.¹⁴⁴ Diese Vorgaben werden bereits durch die in der österreichischen (§ 273 öZPO) sowie in der deutschen Prozessordnung (§ 287 dZPO) vorgesehene Schätzungsbefugnis erfüllt, sodass insoweit kein Umsetzungsbedarf bestand.¹⁴⁵ Der Hintergrund dieser Regelungen ist vergleichbar mit jenem der Richtlinienbestimmungen: Es wird anerkannt, dass mit der Ermittlung des Schadensumfangs oftmals besondere (Beweis-)Schwierigkeiten für die klagende Partei verbunden sind.¹⁴⁶

Nun hat aber der EuGH die Messlatte für die Schätzungsbefugnis der nationalen Gerichte nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL in der Rs. *Tráficos Manuel Ferrer*¹⁴⁷ scheinbar höher gelegt:¹⁴⁸ Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung könne insbesondere von dem Ergebnis abhängen, dass die klagende Partei nach einem Offenlegungsantrag gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 RL erreicht hat.¹⁴⁹ Daher müsse das nationale Gericht vor der Schadensschätzung prüfen, ob die klagende Partei einen entsprechenden Antrag gestellt hat.¹⁵⁰ Führe nämlich die Untätigkeit der klagenden

143 Die Kommission gibt hierfür Leitlinien zur Schadensschätzung heraus (Art. 16 RL); siehe Europäische Kommission, Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des Teils des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags v. 09.08.2019 (2019/C 267/07), ABl. C 2019/4.

144 Die Mitgliedstaaten sollen gem. Art. 17 Abs. 3 RL dafür sorgen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden auf Ersuchen hierbei behilflich sein können. Außerdem soll die Kommission auch hier allgemeine Orientierungshilfen zur Schadensberechnung auf Unionsebene bereitstellen (ErwG 46).

145 Für Österreich siehe nur *Zelger*, Jüngste Entwicklungen im EU-Kartellschadensersatzprozessrecht – Teil II, ÖZK 2023, 170, 175; vgl. *Kriechbaumer*, RdW 2015, 353, 357; *Brand* (Fn. 36), 225 ff. In Deutschland verweisen § 33c Abs. 5 GWB, der Art. 12 Abs. 5 RL umsetzt (BT-Drucks. 18/10207, S. 57), sowie § 33a Abs. 3 GWB für die Entscheidung über den Umfang der Schadensabwälzung bzw. für die Schadensbemessung auf § 287 dZPO; dazu *Bornmann/Tolkemitt*, in: Bunte (Hrsg.) (Fn. 30), § 33c Rdnr. 144.

146 Für die Richtlinie siehe ErwG 45, 46; für Österreich statt vieler *Fasching* (Fn. 62) Rdnr. 869; für Deutschland *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 287 Rdnr. 1 ff.

147 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99 m. Anm. *Leupold/Gelbmann*, VbR 2023, 29; siehe außerdem *Hornkohl/Imgarten*, GPR 2023, 226, 231 ff.; *Kersting*, WuW 2023, 189; *Zelger*, ÖZK 2023, 170.

148 *Weitbrecht*, Kartellschadensersatz 2022, NZKart 2023, 196, 198.

149 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 56.

150 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 57.

Partei zu einer praktischen Unmöglichkeit der Schadensermittlung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 RL sei es nicht Aufgabe des nationalen Gerichts, diese mit Hilfe der Schadensschätzung auszugleichen.¹⁵¹ Hingegen berechne das bloße Bestehen von Unsicherheiten, die „Haftungsstreitsachen inhärent sind und sich in Wirklichkeit aus der Konfrontation von Argumenten und Gutachten im Rahmen der kontradiktorischen Erörterung ergeben“ noch nicht zu einer Schadensschätzung.¹⁵² Auch sei der Nachweis einer Informationsasymmetrie für die Schadensschätzung nicht erforderlich; die Schadensbeziehung könne nämlich auch dann mit Schwierigkeiten verbunden sein, wenn die Verfahrensparteien hinsichtlich der verfügbaren Informationen auf demselben Niveau sind.¹⁵³ Der EuGH fordert damit ein gesteigertes Maß an Komplexität.¹⁵⁴ Seine Erwägungen führen ihn zu dem Ergebnis, dass bei der Feststellung der Voraussetzung der Unmöglichkeit oder übermäßigen Schwierigkeit der Schadensbeziehung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL sämtliche Parameter zu berücksichtigen seien, die zu dieser Feststellung führten, wie unter anderem die Erfolglosigkeit von Schritten wie dem in Art. 5 RL vorgesehenen Offenlegungsantrag.¹⁵⁵ Ob sich hieraus ergibt, dass eine Schätzung nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL in der Interpretation des EuGH nunmehr zwingend voraussetzt, dass die klagende Partei ihre Möglichkeiten zur Beweismitteloffenlegung vollends ausgeschöpft hat, oder ob dies bei Vorliegen anderer Parameter doch nicht erforderlich ist, bleibt unklar.¹⁵⁶

Zu klären gilt es auch, wie sich diese Rechtsprechung auf § 273 öZPO und § 287 dZPO auswirkt. § 273 Abs. 1 öZPO setzt voraus, dass der Beweis über die Höhe einer Forderung „gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten“ erbracht werden kann. Ob dies der Fall ist, liegt im Ermessen der Verfahrensrichterinnen und Verfahrensrichter.¹⁵⁷ Bei Beweisunwilligkeit der klagenden Partei soll § 273 öZPO aber

151 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 57.

152 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 52.

153 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 54.

154 *Kersting*, WuW 2023, 189, 191.

155 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99 Rdnr. 65; kritisch *Kersting*, Prozessuale Kostenerstattung und Voraussetzung der Schadensschätzung nach EuGH, 16.02.2023 – C-312/21, *Traficos Manuel Ferrer*, WuW 2023, 189, 191; s.a. *Weitbrecht*, NZKart 2023, 196, 198 f.

156 Letztere Möglichkeit bejahend *Hornkohl/Imgarten*, GPR 2023, 226, 232; *Kersting*, WuW 2023, 189, 191. *Zelger* (ÖZK 2023, 170, 176, 178) nimmt eine „Mitwirkungspflicht“ der klagenden Partei durch Inanspruchnahme der Offenlegungsinstrumente an, wobei die Schätzungsbefugnis des Gerichts dann nicht bestehen soll, wenn die klagende Partei sich als „beweisunwillig“ erweist.

157 RIS-Justiz RS0040431, z.B. OGH, Beschl. v. 14.03.1996, 2 Ob 2006/96f.; Beschl. v. 04.07.1996, 6 Ob 2083/96h; *Rechberger*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 37), § 273 Rdnr. 8 m.w.N.

jedenfalls nicht zur Anwendung kommen.¹⁵⁸ Die zumutbare, aber unterlassene Beantragung der Offenlegung von Beweismitteln kann einer Beweisunwilligkeit gleichgesetzt werden, sodass § 273 öZPO uE selbst bei strenger Interpretation die Anforderungen des Gerichtshofs erfüllt.¹⁵⁹ Auch § 287 dZPO soll verhindern, dass Schadensersatzansprüche an zu hohen Beweisforderungen scheitern; der nach § 286 dZPO erforderliche Vollbeweis ist nämlich gerade beim Nachweis der Schadenshöhe oft mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden.¹⁶⁰ Damit setzt wohl auch § 287 dZPO eine Schwierigkeit der herkömmlichen Beweisführung voraus. Der EuGH sieht aber gerade Unsicherheiten, die Haftungsstreitsachen regelmäßig inhärent sind, nicht als ausreichend für die Schätzungsbefugnis an, sodass von der Schätzungsbefugnis nach § 287 dZPO wohl nur eingeschränkt Gebrauch gemacht werden darf.

V. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit können im Bereich des Beweisrechts folgende Unterschiede zwischen den europäischen Verfahrensvorgaben und dem österreichischen und deutschen Zivilprozessrecht festgehalten werden: Die Richtlinie ermöglicht einen weiteren Zugriff auf Beweismittel (D.I.2.c)); ebenso sind die Bestimmtheitserfordernisse des Offenlegungsantrags weniger streng (D.I.2.d)aa)). Hingegen sind in der öZPO und dZPO weitaus mehr Verweigerungsgründe vorgesehen (D.I.2.d)bb)). Abweichungen finden sich außerdem bei der Art und Weise, wie Beweismittel mit vertraulichen Informationen Eingang in das Verfahren finden (D.I.2.e)). Gleiches gilt für die Behandlung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln (D.II.). Besonders bei den Beweiserleichterungen wurde erkennbar, dass mit den verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Richtlinie vor allem auch unionsrechtliche Zwecke verfolgt werden (D.IV.1.; D.IV.2.a)). Im Bereich der Beweisführung bestehen vereinzelte Divergenzen (D.IV.2.b)). Indes stimmen die Vorgaben der Richtlinie bei der Befugnis zur Schadensschätzung mit dem österreichischen und deutschen Zivilprozess überein; abweichendes ist hier allerdings bei der Rechtsprechung des EuGH im Vergleich zu der in der dZPO geregelten Schätzungsbefugnis zu beobachten (D.IV.3.).

E. Verfahrensstillstand

I. Allgemeines

Neben den zahlreichen, soeben behandelten beweisrechtlichen Vorgaben für das Kartellschadensersatzverfahren finden sich auch welche zum Verfahrensstillstand.

¹⁵⁸ OGH, Urt. v. 02.04.1992, 7 Ob 546/92.

¹⁵⁹ I.d.S. auch *Zelger*, ÖZK 2023, 170, 175 f.

¹⁶⁰ Siehe nur *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.) (Fn. 106), § 287 Rdnr. 1; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 90), § 287 Rdnr. 1; *Prütting*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 286 Rdnr. 17 („Beweismaßreduzierung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit“).

Diese ergeben sich zum einen aus der Richtlinie selbst, und zwar im Zusammenhang mit Regelungen zur einvernehmlichen Streitbeilegung (dazu sogleich E.II.). Zum anderen setzte sich der EuGH in der bereits behandelten Rs. *RegioJet* mit dem Verfahrensstillstand wegen einem anhängigen wettbewerbsbehördlichen Verfahren auseinander (dazu E.III.).

II. Verfahrensstillstand wegen einvernehmlicher Streitbeilegung

Die Richtliniensetzung will ausweislich des ErwG 48 die endgültige vergleichsweise Regelung von Kartellschadensersatzstreitigkeiten fördern, um Unsicherheiten für Rechtsverletzende und Geschädigte zu verringern. Als Beispiele für Formen der einvernehmlichen Streitbeilegung werden in der Richtlinie der außergerichtliche Vergleich – inklusive jenem, in dem Richterinnen und Richter einen Vergleich für rechtsverbindlich erklären können – sowie das Schieds-, Mediations- und Schlichtungsverfahren angeführt (ErwG 48). Art. 18 und Art. 19 RL enthalten zahlreiche Vorgaben materiellrechtlicher Natur, welche die Beteiligung an einvernehmlichen Streitbeilegungen attraktiver machen sollen. Aus prozessualer Sicht von Interesse ist die in Art. 18 Abs. 2 RL (umgesetzt in § 37g Abs. 4 KartG 2005 mit Verweis auf § 29 Abs. 2 bis 4 AußStrG; § 89b Abs. 4 Nr. 2 GWB) normierte Möglichkeit eines Verfahrensstillstands. Die Mitgliedstaaten sollen – unbeschadet der nationalen Rechtsvorschriften zu Schiedsverfahren – gewährleisten, „dass die mit einer Schadensersatzklage befassten nationalen Gerichte das Verfahren bis zu zwei Jahre aussetzen können, wenn die Prozessparteien an einer einvernehmlichen Streitbeilegung in Bezug auf den mit der Schadensersatzklage geltend gemachten Anspruch beteiligt sind“. Bei der Prüfung einer möglichen Verfahrensaussetzung sollen die nationalen Gerichte ausweislich des ErwG 50 die Vorteile eines zügigen Verfahrens berücksichtigen. Die Bestimmungen zur einvernehmlichen Streitbeilegung zielen darauf ab, deren Nutzung zu erleichtern und Wirksamkeit zu erhöhen (ErwG 48).

Auch die österreichische und deutsche Prozessordnung sieht Möglichkeiten des Verfahrensstillstands zum Zwecke der Förderung einvernehmlicher Streitbeilegungen vor. In Österreich können die Parteien zur Erleichterung einer außergerichtlichen Bereinigung¹⁶¹ gem. § 168 öZPO das Ruhen des Verfahrens vereinbaren. In Deutschland kann das Gericht gem. § 251 Satz 1 dZPO das Ruhen des Verfahrens auf Antrag beider Parteien anordnen, wenn dies aufgrund von schwebenden Vergleichsverhandlungen, der Durchführung eines außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahrens oder der Verhandlung über ein Anerkenntnis zweckmäßig erscheint.¹⁶²

161 *Höllwerth*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band II/3, 3. Aufl. (2015) Vor §§ 168 bis 170 ZPO Rdnr. 1; vgl. *Parzmayr*, in: Höllwerth/Ziehensack (Hrsg.), ZPO Taschenkommentar, 1. Aufl. (2019) § 168 Rdnr. 2 je m.w.N.

162 Statt vieler *Rotb*, in: Stein/Jonas (Fn. 57), § 251 Rdnr. 6; *Stackmann*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 251 Rdnr. 11 f. m.w.N.

Die Möglichkeit der Anordnung besteht außerdem, wenn sich die Parteien für die Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung entscheiden (§ 278a dZPO).¹⁶³ Somit werden mit den nationalen Prozessbestimmungen ähnliche Zwecke wie mit der Richtlinienbestimmung verfolgt.

III. Verfahrensstillstand wegen anhängigem wettbewerbsbehördlichen Verfahren

Auch der EuGH beschäftigte sich in der Rs. *RegioJet* mit dem Stillstand eines Kartellschadensersatzverfahrens, jedoch im Zusammenhang mit der Offenlegung von Beweismitteln.¹⁶⁴ Der Entscheidung lag ein komplexes Ausgangsverfahren zugrunde: Die slowakische Kartellbehörde hatte ein laufendes Verfahren gegen eine staatliche Eisenbahngesellschaft ausgesetzt, da die Kommission selbst ein eigenes Verfahren gegen die Gesellschaft eröffnet hatte. Gegen die Eisenbahngesellschaft wurde außerdem ein Schadensersatzverfahren von *RegioJet* angestrengt, im Zuge dessen die Offenlegung von Beweismitteln beantragt wurde. Auch dieses Verfahren wurde schließlich vom nationalen Gericht bis zum Abschluss des Verfahrens der Kommission ausgesetzt.¹⁶⁵

Der EuGH traf hierzu zunächst die Feststellung, dass sich aus der Richtlinie selbst keine Pflicht ergebe, ein anhängiges Schadensersatzverfahren wegen eines laufenden Verfahrens bei einer Wettbewerbsbehörde oder der Einleitung eines Verfahrens vor der Kommission auszusetzen.¹⁶⁶ Weiters führte er aus, dass die Richtlinie nationale Gerichte, die das Verfahren aus letzterem Grund ausgesetzt haben, auch nicht daran hindere, in dieser Zeit die Offenlegung von Beweismitteln anzuordnen, soweit die sich aus der Richtlinie ergebenden Anforderungen an die Offenlegung gewahrt werden.¹⁶⁷ Hieraus ergibt sich, dass nach Unionsrecht weder eine Pflicht zur Aussetzung eines Kartellschadensersatzverfahrens wegen anhängigem kartellbehördlichen Verfahren noch eine Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln während ausgesetztem Verfahren besteht. Nationale Bestimmungen, die dennoch eine Verfahrensaussetzung ermöglichen, sind als unionsrechtskonform anzusehen.¹⁶⁸

In den österreichischen Sonderbestimmungen zum Kartellschadensersatzverfahren bestand – anders als im deutschen GWB – mit § 37a Abs. 2 KartG 2005 a.F. (nunmehr § 37i Abs. 1 KartG 2005) bereits vor der Richtlinienumsetzung die Möglichkeit der Verfahrensunterbrechung bis zur Erledigung des Verfahrens einer Wettbewerbsbehörde. Dies entspricht auch den allgemeinen österreichischen und

163 Dazu statt vieler *Ulrici*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 278a Rdnr. 12 ff.; *Greger*, in: Zöller (Fn. 57), § 278a Rdnr. 4 f.

164 Dazu bereits D.I.3.

165 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 24–35.

166 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 65, 67.

167 EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 69–78.

168 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.01.2023, C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, Rdnr. 68 f.

deutschen zivilprozessualen Regelungen, wonach die Zivilgerichte gem. § 190 Abs. 1 öZPO¹⁶⁹ bzw. § 148 Abs. 1 dZPO¹⁷⁰ das Verfahren bis zur Beendigung eines präjudiziellen Verwaltungsverfahrens unterbrechen bzw. aussetzen können.

F. Verfahrenskosten

Zuletzt sei ein Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben für Prozesskosten in Kartellschadensersatzverfahren geworfen. In der bereits behandelten Rs. *Tráficos Manuel Ferrer* beschäftigte sich der EuGH neben der Schätzungsbefugnis nationaler Gerichte nämlich auch mit einer spanischen Kostenregelung. Zu Beginn hielt er fest, dass die Kostenfrage bewusst vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden sollte.¹⁷¹ Damit obliege die Kostenregelung den Mitgliedstaaten, die hierbei den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zu achten hätten.¹⁷² Die im Vorabentscheidungsverfahren in Frage stehende Norm, nach der bei einer teilweisen Klagsstattgebung jede der Parteien ihre eigenen Kosten sowie die Hälfte der gemeinsamen Kosten tragen muss, soweit kein missbräuchliches Verhalten vorliegt, hielt der EuGH für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.¹⁷³ In Bezug auf die Unionsrechtskonformität der österreichischen und deutschen Prozesskostenregelung, wonach gem. § 43 Abs. 1 öZPO¹⁷⁴ bzw. gem. § 92 Abs. 1 dZPO¹⁷⁵ im Falle eines nur teilweisen Obsiegens die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen sind, ergeben sich uE daher keine Bedenken.¹⁷⁶

169 Ausf. statt vieler *Höllwerth*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.) (Fn. 161), § 190 Rdnr. 1 ff. m.w.N.

170 BGH, Beschl. v. 30.03.2005, X ZB 26/04, NJW 2005, 1947; ausf. *Rotb*, in: Stein/Jonas (Fn. 57), § 148 Rdnr. 1 ff., 42 ff.; *Fritsche*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 148 Rdnr. 1 ff., 14 ff. je m.w.N.

171 Art. 8 Abs. 2 der RL behandle die Verfahrenskosten nur inzident, Art. 3 Abs. 1 und 2 der RL regelten nur das Recht auf vollständigen Schadensersatz und machten keine Vorschriften über die Kostenverteilung im Gerichtsverfahren (EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 37 f., vgl. Rdnr. 48 f.).

172 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 39.

173 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 48, 49.

174 Ausf. hierzu siehe nur *M. Bydlinski*, in: Fasching/Konecny (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band II/1, 3. Aufl. (2014) § 43 Rdnr. 1 ff. m.w.N.

175 Ausf. hierzu siehe nur *Bork*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band II, 23. Aufl. (2017) § 92 Rdnr. 1 ff.; *Schulz*, in: MüKoZPO (Fn. 90), § 92 Rdnr. 11 je m.w.N.

176 So zur österreichischen Kostenregelung auch *Zelger*, ÖZK 2023, 170, 174 f.; *Leupold/Gelbmann*, Kartellschadensersatz: Schadensschätzung und Kostenersatz, VbR 2023, 29, 31.

Die Entscheidung des Gerichtshofs ist aber insoweit überraschend, als er eben diese zivilprozessuale Regelung der Kostenverteilung in einem Urteil zur Klausel-RL als nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar angesehen hatte.¹⁷⁷ Im Kartellschadensersatzverfahren hält der EuGH es indes für zumutbar, dass die klagende Partei im Falle eines teilweisen Unterliegens ihre gesamten oder zumindest einen Teil ihrer eigenen Kosten sowie einen Teil der gemeinsamen Kosten trägt, sofern ihr u.a. das Entstehen dieser Kosten zuzurechnen sei, bspw. aufgrund der Prozessführung oder weil sie überzogene Forderungen gestellt hat.¹⁷⁸ Ausschlaggebend für die unterschiedliche Behandlung ist aus Sicht des EuGH, dass es – anders als in Verbraucherstreitigkeiten – keine Schwächeposition auszugleichen gelte. Die Schwächeposition ergibt sich in Verbraucherstreitigkeiten aus den *außerprozessualen* Umständen (wörtlich: das „in einer Vertragsbeziehung materialisierte ungleiche Kräfteverhältnis“).¹⁷⁹ In Kartellschadensersatzverfahren bestehe ein solches Schwächeverhältnis nicht, aber nicht etwa, weil sich regelmäßig gleich starke Marktteilnehmer gegenüberstünden, sondern, weil die Richtlinie (etwa durch die Anordnung zur Offenlegung von Beweismitteln sowie durch Vorgaben zur Schadensschätzung) vor *prozessualen* Nachteilen schützt.¹⁸⁰ Das ergibt zwar keinen Sinn, weil nachteilige Kostentragungsregeln trotz der bezeichneten Maßnahmen prohibitive Wirkung für Rechtsschutzsuchende haben können. Es wärmt aber das Herz von Prozessrechtlerinnen und Prozessrechtlern, dass kartellverfahrensrechtliche Besonderheiten (auch) eine individualschützende Funktion haben, die hier (bei der Beurteilung der Unionsrechtskonformität der Kostentragungsregelung) sogar ausschlaggebend ist. Denn wenn es allein um die Förderung des Wettbewerbs im Allgemeininteresse ginge, wäre eine Kostenentscheidung, die vollständig zulasten des Kartellanten geht, jedenfalls konsequent. Offen bleibt aber, ob in den Fällen, in denen die klagende Partei Verbraucherin ist, die zur Klausel-RL entwickelte Judikatur zur Kostentragung (aber auch zu den Anleitungspflichten des Gerichts) auf Kartellverfahren übertragbar ist.¹⁸¹

G. Fazit

Im Zuge dieser Untersuchung hat sich gezeigt, dass die Europäische Union auch mit ihren verfahrensrechtlichen Vorgaben primär ihre eigenen Interessen verfolgen

177 Siehe EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 45 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 16.07.2020, C-224/19 und C-259/19, *Caixa-bank*, ECLI:EU:C:2020:578.

178 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 47.

179 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 45.

180 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 46; siehe dazu auch *Zelger*, ÖZK 2023, 170, 172.

181 Siehe *Leupold/Gelbmann*, VbR 2023, 29, 31.

will: der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes ohne Wettbewerbsbeschränkungen und -verletzungen. Zur Erreichung dieses Ziels scheut sie nicht davor zurück, in traditionelle Grundsätze der Prozessordnungen der Mitgliedstaaten einzudringen.

So zeigen insbesondere die Regelungen zum Beweisrecht in Kartellschadensersatzverfahren eine Überformung des Beibringungsgrundsatzes dahingehend, dass für die Anwendung und Auslegung des Prozessrechts auch öffentliche Interessen mit einzubeziehen sind.¹⁸² Gerade die Bindungswirkung gem. Art. 9 Abs. 1 RL bzw. der Anscheinsbeweis gem. Art. 9 Abs. 2 RL führen zu einer Aufhebung des Beibringungsgrundsatzes zugunsten der Ziele des Wettbewerbs.¹⁸³ Die umfassenden Offenlegungsregelungen gem. Art. 5 ff. RL berücksichtigen zwar bestehende Informationsasymmetrien (ErwG 14, 15) und somit scheinbar Individualinteressen der klagenden Partei. Im Ergebnis fördern diese Bestimmungen aber vielmehr die gewollte höchstmögliche Wirkung der Wettbewerbsvorschriften, indem die privaten zivilrechtlichen Durchsetzungsmaßnahmen sichergestellt werden (vgl. ErwG 6). Dies zeigt sich auch anhand der im Vergleich zum österreichischen und deutschen Zivilprozess gelockerten Voraussetzungen für eine Offenlegung, wie der abgeschwächten Bezeichnungspflicht. Dass der Individualrechtsschutz der Prozessparteien demgegenüber niedriger gewichtet wird, ist bspw. auch an den fehlenden Offenlegungsverweigerungsgründen erkennbar. Der besondere Schutz von in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthaltenen Beweismitteln ist wiederum nur der Wirksamkeit der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts geschuldet (ErwG 21, 25, 26, 32).

Auch wurde erkennbar, dass das Unionsrecht von Verfahrensinstrumenten Gebrauch macht, die der österreichischen und deutschen Prozessordnung fremd sind. Dies etwa bei der Art und Weise, vertrauliche Informationen im Prozess zu schützen. Besonders hervorzuheben ist das Beweisverbot des Art. 7 RL, dass die österreichische und deutsche Prozessordnung in der Gestalt nicht kennt. Auch stimmt das unionsrechtliche Verständnis von Anscheinsbeweis und (widerleglicher) Vermutung nicht unbedingt mit jenem der nationalen Rechtsordnungen überein, wie eine genauere Analyse des Art. 14 Abs. 2 RL gezeigt hat. Größtenteils unberührt von unionsrechtlichem Einfluss ist hingegen die Institution des Verfahrensstillstandes. Die in der Richtlinie vorgesehene Schadensschätzung stimmt nicht nur in ihrer Ausgestaltung mit den hier behandelten innerstaatlichen Rechtsordnungen überein, sondern es liegen ihr vielmehr auch vergleichbare Zwecke zugrunde.

Gerade aber bei der Schadensschätzung, wo die Richtliniengesetzgebung Regelungen allein im Interesse der Parteien trifft (vgl. ErwG 45, 46), werden diese durch den EuGH wieder beschnitten.¹⁸⁴ Demgegenüber verwendet der Gerichtshof in

182 *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.) (Fn. 8) 173, 191; *Rosenfeld/Brand*, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB Novelle, WuW 2017, 247, 252.

183 *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.) (Fn. 8) 173, 189.

184 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 65.

Regelungsbereichen der Richtlinie, die der Koordinierung privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung dienen, den Effektivitätsgrundsatz als Argument dafür, Anforderungen an das Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten zu stellen.¹⁸⁵ Beachtlich erscheint auch, dass der EuGH die klagende Partei im Kartellschadensersatzverfahren offenbar für weniger schutzwürdig erachtet, als von missbräuchlichen Klauseln betroffene Verbraucher.¹⁸⁶ Das ist durchaus nachvollziehbar. Aus prozessualer Sicht ist es aber vor allem zu begrüßen, dass es für die Schaffung und Auslegung der hier untersuchten prozessualen Sonderregeln nicht nur auf das über-individuelle Interesse an der Förderung des Wettbewerbs ankommt, sondern auch auf das Parteiinteresse. Denn erst wenn letzteres im Fokus steht, kann der Prozess seiner primären Aufgabe, der Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen Privaten, sei es durch eine Entscheidung oder durch einen Vergleich, gerecht werden. Es ist zu wünschen, dass dieser individualschützende Charakter der prozessualen Sonderregelungen in der künftigen Rechtsprechung des EuGH noch weiter hervortritt.

In Österreich und Deutschland wurden die Vorgaben außerhalb von den unberührt gebliebenen Prozessordnungen umgesetzt. Somit wurde zugunsten des (europäischen) Kartellschadensersatzverfahrens ein „eigenes“ Prozessrecht geschaffen. In anderen Bereichen – insbesondere dem Verbraucherrecht – ist vergleichbares nicht ohne weiteres zu erkennen. Dies mag aber vornehmlich daran liegen, dass die dortigen verfahrensrechtlichen Vorgaben primär der Rechtsprechung des EuGH geschuldet sind und noch nicht Eingang in eine Richtlinie gefunden haben.

185 EuGH, Urt. v. 20.04.2023, C-25/21, *Repsol*, ECLI:EU:C:2023:298, Rdnr. 62, 63, 67.

186 EuGH, Urt. v. 16.02.2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rdnr. 45 ff.