

## A. Einleitung

„*ipsa scientia potestas est*“  
Francis Bacon

### I. Einführung

Illegale Kartelle schaden der Volkswirtschaft. Offener Wettbewerb hingegen sorgt dafür, dass endgültige Machtpositionen verhindert werden, die die Freiheit aller Marktteilnehmer bedrohen oder beseitigen.<sup>1</sup> Für die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs spielt daher das Kartellrecht eine überragend wichtige Rolle.<sup>2</sup> Seit den 1950er-Jahren sind deshalb vor allem Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern, aber auch die missbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht von Monopolisten nach europäischem und deutschem Recht untersagt.<sup>3</sup> Traditionellerweise wird das Kartellrecht dabei im kontinentaleuropäischen Raum – anders als im US-amerikanischen Rechtskreis – behördlich durchgesetzt (*public enforcement*).<sup>4</sup> In den letzten Jahrzehnten trat und tritt jedoch immer stärker die private Rechtsdurchsetzung mittels Kartellschadensersatzklagen zumeist auf deliktischer Grundlage hinzu (*private enforcement*). Hierbei machen benachteiligte Wettbewerber oder Abnehmer denjenigen Schaden geltend, der ihnen durch das Fehlverhalten der Kartellanten entstanden ist, etwa durch künstlich überhöhte Preise aufgrund von illegalen Preisabsprachen. Private Schadensersatzklagen im Kartellrecht haben mittlerweile eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung und Breitenwirkung. Allein im derzeit vor den Gerichten verhandelten sog. LKW-Kartell sind aktuell Klagen mit über 3.000 potentiell Geschädigten anhängig.<sup>5</sup> Im Rahmen derartiger Verfahren werden teilweise Schadensersatzsummen in oberer dreistelliger Millionenhöhe gefordert.<sup>6</sup> Mit der

---

<sup>1</sup> Wiedemann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 3.

<sup>2</sup> Vgl. Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 13. Aufl. 2018, Einl. Rn. 116.

<sup>3</sup> Im damaligen europäischen Recht nach Art. 85 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.03.1957 (EWG-Vertrag), im deutschen Recht durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 27.07.1957, BGBl. I S. 1081.

<sup>4</sup> Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 4.

<sup>5</sup> Siehe dazu FAZ v. 15.12.2018, Nr. 292, S. 29.

<sup>6</sup> So im bislang größten Verfahren vor dem LG München I, das am 24.10.2019 begonnen hat, vgl. <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/groesster-lkw-kartell-prozess-beginnt> (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

Zulassung derartiger Privatklagen soll nach Ansicht des EuGH nicht nur das Kompensationsinteresse des Einzelnen geschützt werden, sondern durch die Abschreckungswirkung auch die Funktionsfähigkeit des Marktes als Gemeinschaftsinteresse.<sup>7</sup> Um diese Entwicklung zu intensivieren, hat der europäische Gesetzgeber die Richtlinie 2014/104/EU<sup>8</sup> (im Folgenden „Kartellschadensersatzrichtlinie“) zur Förderung privater Kartellschadensersatzklagen erlassen, die den Klägern das gerichtliche Vorgehen erleichtern soll.

Gleichzeitig sieht sich nämlich der Kartellgeschädigte<sup>9</sup>, der vor der Überlegung steht, eine Klage zu erheben, mit entscheidenden Schwierigkeiten konfrontiert. Denn der Kartellprozess ist gekennzeichnet von einer asymmetrischen Informationsverteilung: Der vom Kläger darzulegende Kartellverstoß findet seiner Natur nach im Verborgenen statt, die zum Beweis nötigen Informationen liegen deshalb in der Regel außerhalb des klägerischen Zugriffsbereichs beim beklagten potentiellen Kartellanten. Dazu kommt, dass es sich um einen besonders faktenintensiven Prozess handelt, bei dem viele zur Schadensberechnung notwendige Informationen, etwa zur Marktentwicklung oder zum tatsächlichen aus der Kartellabsprache erwachsenden wirtschaftlichen Vorteil, allein beim Beklagten vorliegen.<sup>10</sup> Diese Gemengelage machte isolierte Kartellschadensersatzklagen bisher oft zu einem schwierigen Unterfangen, weil es nach den traditionellen Grundsätzen der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) Aufgabe des Klägers ist, die notwendigen Informationen beizubringen und zu beweisen. Gleichzeitig eröffnet die ZPO dem Kläger bisher nur eingeschränkte Möglichkeiten, die nötigen Informationen zwangsweise vom Beklagten oder von Dritten zu beschaffen. Zugleich entwertet es jegliches materielle Recht, wenn eine prozessuale Durchsetzung nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten in Betracht kommt.

Diesen Befund bestätigte auch die von der EU-Kommission im Jahr 2004 in Auftrag gegebene *ashurst*-Studie<sup>11</sup>, wonach die private Kartellrechtsdurchsetzung in Europa nicht nur völlig unterentwickelt sei, sondern auch erhebliche Unterschiede

<sup>7</sup> Vgl. dazu ausdrücklich *EuGH*, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 23 – „*Kone*“; Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – „*Manfredi*“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – „*Courage*“.

<sup>8</sup> Richtlinie 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 („Kartellschadensersatzrichtlinie“), ber. Fassung, ABl. EU Nr. L 349 v. 05.12.2014, S. 1 ff.

<sup>9</sup> Aus Gründen besserer Lesbarkeit wird in der nachfolgenden Untersuchung die männliche Form gewählt. In der Sache sollen natürlich sämtliche Geschlechter von dieser Formulierung mitumfasst sein.

<sup>10</sup> *Kommission*, Staff Working Paper accompanying the White Paper, SEC (2008) 404, Rn. 87 ff.

<sup>11</sup> *ashurst*, „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules“, 31.08.2004, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 14.10.2021).

zwischen den Mitgliedstaaten bestünden.<sup>12</sup> Das folgende Grün- und Weißbuch der Kommission identifizierte als prozessuales Hauptproblem derartiger kartellrechtlicher Schadensersatzklagen den mangelnden Zugang zu den notwendigen Beweismitteln.<sup>13</sup> An dieser Stelle setzt die Kartellschadensersatz-Richtlinie an und statuiert u. a. prozessuale Offenlegungs- und Beweismittelherausgabepflichten (Art. 5 ff. der Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat die dortigen Vorgaben mit der 9. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>14</sup> im Jahr 2017 in § 33g GWB sowie §§ 89b ff. GWB umgesetzt und diese Umsetzung mit der 10. GWB-Novelle im Jahr 2021 punktuell ergänzt. Die hieraus hervorgegangenen Regelungen stehen im Zentrum der folgenden Untersuchung. Dabei geht die Arbeit der übergeordneten Forschungsfrage nach, ob die Neuregelung sich als inhaltlich und rechtstechnisch zielführende Lösung der durch die Informationsasymmetrie verursachten Schwierigkeiten erweist und insofern auch als Vorbild für andere Regelungsgebiete neben dem Kartellrecht dienen kann. Inhaltlich steht hierbei die Frage im Mittelpunkt, ob die Novelle das tripolare Spannungsverhältnis zwischen Offenlegungsinteresse, Vertraulichkeitsinteresse und öffentlichem Verfolgungsinteresse<sup>15</sup> zufriedenstellend zu lösen vermag. In technischer Hinsicht ist vor allem klärungsbedürftig, ob sich die gefundene Neuregelung systematisch und dogmatisch in das bestehende Zivil- und Zivilverfahrensrechtssystem einfügt oder sich nicht doch als ein europäisch determinierter Fremdkörper erweist.

## II. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung nimmt zunächst die vor der 9. GWB-Novelle bestehende Situation als Ausgangspunkt, um die private Kartellrechtsdurchsetzung durch Schadensersatzklagen (hierzu unter B.) zu beleuchten. Hierbei wird herausgearbeitet, welche Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung zukommt (hierzu unter B.I.). Es sind insofern die Interessen des einzelnen Rechtsverfolgenden, aber auch das übergeordnete Interesse der Gemeinschaft in den Blick zu nehmen. In diesem Rahmen ist allgemein auf die Bedeutung des *private enforcement* des Kartellrechts – im Gegensatz zur administrativen Durchsetzung – einzugehen. Nachdem die betroffenen rechtli-

---

<sup>12</sup> Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 7 mit Verweis auf die *ashurst*-Studie.

<sup>13</sup> *Kommission*, Grünbuch der Kommission v. 19.12.2005 „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM (2005) 672 fin., S. 6 f., Nr. 2.1; *Kommission*, Staff Working Paper accompanying the Green Paper, KOM (2005) 672 fin., S. 13 Rn. 34; vgl. auch *Kommission*, Weißbuch der Kommission v. 02.04.2008 „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM (2008) 165 fin., S. 5, Nr. 2.2.

<sup>14</sup> Neues Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 01.06.2017, BGBl. I S. 1416 ff.

<sup>15</sup> Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 704.

chen Interessen herausgearbeitet worden sind, muss auf die tatsächliche Situation (potentieller) Kartellschadensersatzkläger eingegangen werden (hierzu unter B.II.). Hier soll aufgezeigt werden, vor welchen tatsächlichen Schwierigkeiten Rechtssuchende im Bereich kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche stehen. Insbesondere ist die häufig zitierte institutionalisierte Informationsasymmetrie zu thematisieren, welche es dem Rechtssuchenden erschwert, die ihm zustehenden Rechte effektiv durchsetzen zu können. Die Untersuchung wendet sich sodann den Grenzen der Informationsbeschaffung zu: Hier ist das oftmals beschworene Ausforschungsverbot im deutschen Zivil- und Zivilprozessrecht in den Blick zu nehmen (hierzu unter B.III.). Dieses ist einerseits überhaupt auf seine Existenz, andererseits auf seine Grenzen hin zu untersuchen, um damit im weiteren Verlauf der Untersuchung auch Grenzen der neuen Informationsansprüche aufzeigen zu können.

Nachdem durch diesen Teil die Ausgangssituation der Informationsbeschaffung im Kartellrecht herausgearbeitet wurde, sind die bisherigen Instrumente der Informationsbeschaffung zu analysieren (hierzu unter C.). Dies dient dem Zweck, beurteilen zu können, inwiefern der neue Anspruch auf Beweismittelfreilegung eine tatsächliche Verbesserung darstellt. Zudem soll die Frage in den Blick genommen werden, ob die bisherige Gesamtdogmatik der Informationsbeschaffung durch die neuen Ansprüche durchbrochen wird. Dabei sind insbesondere die Defizite bereits bestehender Informationsbeschaffungsmöglichkeiten zu verdeutlichen. Hierzu soll zwischen der Informationsbeschaffung bei dem (potentiellen) Beklagten, bei Dritten, aber auch bei den beteiligten Behörden unterschieden werden. Gleichzeitig ist sowohl auf die vorprozessuale als auch die innerprozessuale Beweisbeschaffung einzugehen.

Im Anschluss an die Untersuchung der Defizite bestehender Möglichkeiten für den (potentiellen) Kläger ist sodann die europäische Richtlinie 2014/104/EU, die sog. Kartellschadensersatzrichtlinie, als Ausgangspunkt der Reformbewegung des nationalen Rechts zu thematisieren (hierzu unter D.). Hierbei wird in einem kurzen historischen Abriss die rechtliche Ausgangssituation aufgezeigt, die den Erlass dieser Richtlinie veranlasste. Daneben sind die spezifischen europäischen Offenlegungsregelungen als Basis des neuen deutschen Offenlegungsregimes kurz in den Blick zu nehmen, ehe sich der Fokus auf die deutsche Umsetzung richtet (hierzu unter E.). Dabei soll in einem vorgelagerten Kapitel zum einen auf die deutsche Umsetzungsgeschichte eingegangen werden, aber auch auf die Einordnung in die Gesamtsystematik des deutschen Rechts. In diesem Zusammenhang ist zum einen der Frage nachzugehen, ob die Umsetzung der Offenlegungsansprüche der Kartellschadensersatzrichtlinie primär im materiellen Recht oder gegebenenfalls im Prozessrecht verortet werden sollte. Zum anderen stellt sich aber auch die Frage, ob sich eine Umsetzung eher in Form eines Sonderprozessrechts anbietet oder gegebenenfalls doch in den allgemeinen Gesetzen hätte geschehen sollen. Hierbei soll in einem Exkurs zudem auf Fragen der Materialisierung des Prozessrechts, die insbesondere

von Europäisierungsschüben wie der hier in Rede stehenden Richtlinie getrieben werden, einzugehen sein, wobei diese Tendenzen kritisch zu evaluieren sind.

Nachdem durch diese Kapitel die Ausgangssituation der Problematik, der europäische Hintergrund des Anstoßes der Neuregelung und der allgemeine Rahmen der deutschen Umsetzung abgesteckt worden sind, wird sich die Untersuchung den neueregelten Normen selbst zuwenden. An diesem Punkt soll zunächst der Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften nach § 33g GWB in den Blick genommen werden (hierzu unter F.). Da dies das Herzstück der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie bildet und ein Novum in dem eher informationsfeindlichen deutschen Recht darstellt, ist hier ein Schwerpunkt der Untersuchung zu legen. Im Einzelnen soll hierbei zunächst ein besonderer Augenmerk auf den einzelnen Tatbestandsmerkmalen liegen. Diese sind im Hinblick auf die bestehende Dogmatik und ihre europäische Herkunft auszulegen und einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Dabei kann allerdings die Untersuchung nicht stehenbleiben: Weiterhin ist der genaue Inhalt der neuen Anspruchsgrundlage zu klären und mit der bereits bestehenden deutschen Dogmatik in Einklang zu bringen. Daneben ist die prozessuale Durchsetzung dieses Anspruchs zu untersuchen, da materielle Ansprüche ohne effektive Durchsetzung inhaltsleer bleiben. Zuletzt soll auch auf die Konkurrenzverhältnisse zu bereits bestehenden Informationsbeschaffungsmöglichkeiten eingegangen werden.

Neben dem Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften vom Beklagten oder Dritten existiert durch die Neuregelung nunmehr nach § 89c GWB die Möglichkeit des gerichtlichen Ersuchens auf Offenlegung aus der kartellverfahrensrechtlichen Behördenakte (hierzu unter G.). Dies stellt einen Spurwechsel weg vom Akteneinsichtsrecht hin zu einem gerichtlich vermittelten prozessualen Einsichtsrecht dar. Dabei soll neben der Rechtsnatur dieser Vorschrift auch der Verfahrensgang kritisch beleuchtet werden und das damit erreichte Verfahrensziel. Zuletzt ist auch hier das Konkurrenzverhältnis zu bereits bestehenden Informationsbeschaffungsmechanismen gegenüber staatlichen Stellen zu untersuchen.

Nachdem die einzelnen Neuregelungen kritisch untersucht wurden, ist insgesamt zu fragen, ob diese mit dem bereits bestehenden Recht vereinbar sind (hierzu unter H.). Für das deutsche Zivilprozessrecht stellt sich die Frage der Vereinbarkeit insbesondere hinsichtlich des Beibringungsgrundsatzes, des Ausforschungsverbotes, des Grundsatzes prozessualer Waffengleichheit und des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache. Daneben ist jedoch auch die verfassungsrechtliche und europarechtliche Vereinbarkeit kritisch zu evaluieren. Zuletzt ist in einer Gesamtbewertung die Frage zu beantworten, ob die vom deutschen Gesetzgeber geschaffenen Regelungen die festgestellten Defizite der bisherigen Informationsbeschaffung beseitigen können oder ob es nicht im Einzelnen Änderungsvorschläge gibt (hierzu unter I.). Zuletzt ist fraglich, ob sich diese Art prozessbezogener Mitwirkungspflicht, die der deutsche Gesetzgeber geschaffen hat, als eine Modellregelung für weitere Rege-

lungsbereiche anbietet oder doch eher eine singuläre Ausnahme bleiben sollte. Abschließend ist nach Zusammenstellung der gefundenen Ergebnisse in Thesen ein Fazit zu ziehen (hierzu unter J. und K.).

## B. Ausgangssituation

Im Rahmen dieser Untersuchung soll in einem ersten Teil zunächst auf die Hintergründe der neu geschaffenen Normen einzugehen sein: Als Ausgangspunkt ist die Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen grundlegend in den Blick zu nehmen (hierzu unter I.). In diesem Zusammenhang sind die jeweils betroffenen Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit zu analysieren. Dabei ist insbesondere der Begriff des *private enforcement* kritisch zu beleuchtet und es ist zu entfalten, inwieweit er im Kartellrecht Anwendung findet. Danach schließt sich ein Blick auf die tatsächliche Ausgangssituation kartellrechtlicher Zivilklagen an und es sind kurz die bestehenden Informationsasymmetrien im Kartellprozess aufzuzeigen (hierzu unter II.). Die Untersuchung wendet sich sodann den Grenzen der Informationsbeschaffung zu: So ist konkret abzuklären, was unter dem oftmals beschworenen Ausforschungsverbot im deutschen Zivilprozess zu verstehen ist (hierzu unter III.).

### I. Bedeutung der zivilprozessualen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen

Eingangs ist zunächst klarzustellen, welchen übergeordneten Zielen eine zivilprozessuale Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen dient. Im Zuge dessen ist einerseits darauf einzugehen, welche privaten Durchsetzungsinteressen hinter derartigen Ansprüchen stehen (hierzu unter 1.). Die Betrachtung kann jedoch nicht bei dem Fokus auf rein privaten Interessen stehenbleiben: Es ist andererseits zu untersuchen, inwieweit auch ein öffentliches Durchsetzungsinteresse an der privatrechtlichen Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen besteht (hierzu unter 2.). In diesem Rahmen soll abgeklärt werden, was genau unter privater Durchsetzung oder auch *private enforcement* zu verstehen ist (hierzu unter 2.a)). Ferner thematisiert dieser Abschnitt, welche Vor- und Nachteile damit gegenüber der behördlichen Durchsetzung von Kartellrecht verbunden sind und wie sich das Konzept der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung öffentlicher Interessen historisch entwickelt hat (hierzu unter 2.b)). Zusammenfassend soll weiterhin die Frage in den Blick genommen werden, inwiefern ein öffentliches Durchsetzungsinteresse am Schutz des Wettbewerbs durch das Privat- bzw. Wirtschaftsrecht besteht und ein solches Durchset-

zungsinteresse auch ein legitimes gesetzgeberisches Interesse darstellt (hierzu unter 2.c)). Um sich danach konkreter dem Kartellrecht zuzuwenden, ist außerdem aufzuzeigen, welche Arten des genuin kartellrechtlichen *private enforcement* existieren (hierzu unter 2.d)), ehe ein Zwischenergebnis gezogen wird (hierzu unter 2.e)).

### 1. Privates Durchsetzungsinteresse

Da der Kartellschadensersatzanspruch im Grundsatz ein deliktischer Anspruch ist<sup>1</sup> lässt sich bei der Bestimmung des privaten Durchsetzungsinteresses auf die Zwecke des allgemeinen Deliktsrechts zurückgreifen.

Wie auch die Europäische Kommission in ihren Vorarbeiten zur Kartellschadensersatzrichtlinie betont<sup>2</sup>, steht dabei zum einen – dem klassischen Verständnis deliktischer Schadensersatzansprüche verhaftet<sup>3</sup> – die Kompensations- oder Ausgleichfunktion im Vordergrund.<sup>4</sup> Demzufolge ist Ziel der Ausgleich des entstandenen Schadens, vornehmlich nach dem gesetzlichen System der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB.<sup>5</sup> Wie sich auch aus Art. 3 Abs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie ergibt, ist deren Ziel die Gewährleistung des vollständigen Ersatzes des Schadens, den eine natürliche oder juristische Person aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht erlitten hat. Gleichzeitig ist diese Kompensation aber auch funktional begrenzt, wie Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie statuiert. Hiernach darf der vollständige Ersatz nicht zu einer Überkompensation führen. Eine Art „Belohnungsfunktion“ des Schadensersatzes wie es sie bspw. mit den *treble damages*<sup>6</sup> im

<sup>1</sup> Kersting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33a Rn. 1; Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 15. Aufl. 2020, Vorb. zu §§ 823 ff. Rn. 26; zur Vorgängervorschrift des § 33 GWB a.F. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 47.

<sup>2</sup> Vgl. bspw. Kommission, Weißbuch der Kommission v. 02.04.2008, KOM (2008) 165 fin., S. 9; Kommission, Staff Working Paper accompanying the Green Paper, KOM (2005) 672 fin., Rn. 4.

<sup>3</sup> Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 10; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 43; Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, Vorb. zu § 823 Rn. 9; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, § 75 I 2.i).

<sup>4</sup> Dazu im europäischen Kartellrecht *EuGH*, Urt. v. 06.06.2013, Rs. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 24 – „Donau Chemie“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – „Courage“; vgl. allgemein dazu Fuchs, in: Fuchs/Weitbrecht, Handbuch private Kartellrechtsdurchsetzung, § 1 Rn. 15; Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18, § 24 Rn. 19.

<sup>5</sup> Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 10; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 43; Staahe, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 7 Rn. 1.

<sup>6</sup> *Treble damages* bezeichnet dabei die (automatische und obligatorische) Verdreifachung der Schadensersatzsumme. Deren Zweck ist Kompensation, Abschreckung und Sanktion gleichermaßen, vgl. dazu und allgemein zu *treble damages* im US-amerikanischen Kartellrecht *Cavanagh*, Tul. L. Rev. 61 (1986–1987), 777 ff., 782; allgemein *Salaschek*, Die kartellrechtlichen Sanktionssysteme der USA und der EU vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Sanktionsumfelder, S. 124 ff.



US-Kartellrecht gibt, existiert im europäischen Rechtsraum somit nicht und wird auch nicht angestrebt.<sup>7</sup>

Daneben stellt sich jedoch bereits im Rahmen individueller Durchsetzungsinteressen des Anspruchsberechtigten die Frage, ob neben dieser klassischen Kompensationsfunktion des Deliktsrechts auch eine Präventionsfunktion anzuerkennen ist. Danach soll das Deliktsrecht durch die Überwälzung der Schadenskosten nicht nur dem Schadensausgleich (Kompensation), sondern auch der Schadensvermeidung dienen – die Androhung der Haftung soll demnach den Schädiger schon im Voraus von der Begehung abschrecken.<sup>8</sup> Insbesondere der Europäische Gerichtshof betont stets auch die Präventionsfunktion des (europäischen) Kartellschadensersatzanspruchs, indem er in seinen Urteilen ausführt, dass ein derartiger Schadensersatzanspruch

„geeignet [sei], von – oft verschleierte[n] – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“<sup>9</sup>.

Der EuGH betont damit auch die Mehrdimensionalität einer derartigen Prävention: Nicht nur der Einzelne soll von einer konkreten Rechtsverletzung abgehalten werden, gleichermaßen soll die Verhaltenssteuerung sämtlicher Marktteilnehmer angestrebt werden.<sup>10</sup> Teilweise wird im deutschen Recht demgegenüber eine eigenständige Präventionsfunktion des Deliktsrechts kritisch betrachtet: So sei eine Verhaltenssteuerung allein als „erwünschtes Nebenprodukt“ anzusehen.<sup>11</sup> Angesichts der Tatsache, dass der BGH insbesondere im Bereich des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor den Medien sich mit der verhaltenssteuernden Funktion des Deliktsrechts befassen hat und diese ausdrücklich bejaht,<sup>12</sup> lässt sich eine bloße Qualifikation als „Nebenprodukt“ der Kompensationsfunktion nicht aufrecht

---

<sup>7</sup> Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18; vgl. auch Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309, 325 f., welcher von „wohltemperierter“ Abschreckungswirkung spricht.

<sup>8</sup> Vgl. Spindler, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.11.2020, § 823 Rn. 11; Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 45; Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, Vorb. zu § 823 Rn. 10; Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 3 ff.; Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 7 Rn. 2; allgemein zur vermehrten Anerkennung präventiver Elemente Körner, NJW 2000, 241; Prinz, NJW 1996, 953.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 23 – „Kone“; Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 91 – „Manfredi“; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – „Courage“.

<sup>10</sup> Kamann, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, § 2 Rn. 18.

<sup>11</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, § 27 I, S. 423; in der Tendenz auch Canaris, in: Ahrens/Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz, Festschrift für Erwin Deutsch, 85, 105.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 05.12.1995, NJW 1996, 984, 985: „Außerdem soll sie der Prävention dienen“; Urt. v. 15.11.1994, 861, 865: „Außerdem soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen“; vgl. dazu Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 33.

erhalten.<sup>13</sup> Gleichzeitig ist in tatsächlicher Hinsicht zu konstatieren, dass das bestehende Aufklärungsdefizit bei Kartellverstößen<sup>14</sup> dazu führen kann, dass der auf Prävention gerichtete Schadensersatzanspruch im Rahmen des Kartellrechts eine nur eingeschränkte (öffentliche) Wirkung entfaltet.<sup>15</sup>

## *2. Öffentliches Durchsetzungsinteresse: Schutz der Institution des Wettbewerbs*

Neben dem rein privaten Interesse des Klägers, einen erlittenen Schaden geltend zu machen, stellt sich die Frage, inwiefern die private Durchsetzung von Recht auch in den Dienst übergeordneter öffentlichen Interessen gestellt werden kann, bzw. zu stellen ist.

Der dahinterstehende Gedanke liegt – wie schlussendlich auch bei der soeben angesprochenen Präventionsfunktion im Rahmen deliktischer Schadensersatzansprüche – darin, dass dem Adressaten einer Norm durch Androhung abschreckender Sanktionen im Fall der Schädigung von Marktteilnehmern ein Anreiz zu normgemäßem Verhalten vermittelt werden soll. Somit wird mit den Mitteln des Haftungs- und Schadensrechts eine Verhaltenssteuerung angestrebt.<sup>16</sup> Es stellt sich aber die Frage, inwiefern der Einzelne als ein *public attorney general*<sup>17</sup> bzw. in der Funktion eines „Funktionär[s] der Gesamtrechtsordnung“<sup>18</sup> von der Privatrechtsordnung eingesetzt werden kann, um in der Verteidigung seiner höchsteigenen Rechte übergeordneten Interessen des Gemeinwohls zu dienen.

Eingangs ist zunächst klarzustellen, dass Rechtsdurchsetzung an sich nicht zwingend durch den Staat erfolgen muss.<sup>19</sup> Vielmehr kann dieser sich im Ausgangspunkt zur Regulierung öffentlicher Interessen neben dem öffentlichen Recht auch des Privatrechts bedienen.<sup>20</sup> Damit verbunden sind jedoch Befürchtungen, dass es zu einem

<sup>13</sup> Die Präventivfunktion als eigenständige Funktion des Privatrechts bejahend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff., 431; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 46 f.

<sup>14</sup> Siehe dazu im Folgenden unter B.II. sowie ausführlich unter C.

<sup>15</sup> *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 718.

<sup>16</sup> *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 668; vgl. auch *Oster*, EuR 2019, 578, 580, 589 f.

<sup>17</sup> *Zimmer/Höft*, ZGR 2009, 662, 707; vgl. allgemein zum Begriff *public attorney general Buxbaum*, Yale Journal of International Law 26 (2001), 219, 220, 222 f.; *Coffee Jr.*, Maryland L. Rev. 42 (1983), 215, 216 ff.; die Bezeichnung tauchte in diesem Zusammenhang erstmals im Urteil des U.S. Court of Appeals im Fall „*Associated Industries of New York State*“, Inc. v. Ickes, 134 f.2d 694, 702 (2d Cir. 1943) auf (nach Judge *Jerome Frank*: „Such persons, so authorized, are, so to speak, private Attorney Generals.“); vgl. dazu *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 54.

<sup>18</sup> *Raiser*, in: Tübinger Juristenfakultät, Summum ius summa iniuria, 145, 159.

<sup>19</sup> *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 31; *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3; § 46 Rn. 14; vgl. auch *Becker*, NVwZ 2019, 1385, 1390.

<sup>20</sup> *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 31; *Schröder*, DVBl. 2019, 1097, 1103; *Schröder*, Die Verwaltung 50 (2017), 309, 333; vgl. auch *Schlacke*, VVDStRL 79 (2019), 169, 190.