

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe

Frankfurt am Main

- Editorial: Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.**  
Kartellrecht und Kartellrechtspraxis in Zeiten von COVID-19
- 803 Prof. Dr. Helmut Köhler**  
Behördliche Rechtsdurchsetzung – auch im Lauterkeitsrecht?
- 808 Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**  
Rechtsprechungsübersicht zum Kartellrecht 2019
- 812 Dr. Patrick Hauser und Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto**  
Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs und normative Korrekturen der Kausalität nach EuGH – Otis (Teil 1)
- 821 Dr. Christian Dienstbühl, LL.M.**  
Zur Haftung von Händlern für irreführende Produktbewertungen auf Online-Marktplätzen
- 824 Dr. Christian Peter Hille**  
Sind bisherige Vertraulichkeitsvereinbarungen unwirksam?
- 832 Christoph Kleineberg**  
Der „more economic approach“ im Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle
- 836 Deutsche Homöopathie-Union DHU-Arzneimittel/  
Bundesrepublik Deutschland**  
EuGH, Urteil vom 23.04.2020 – C-101/19, C-102/19
- 838 AR/Cooper International Spirits u.a.**  
EuGH, Urteil vom 26.03.2020 – C-622/18
- 841 A/B**  
EuGH, Urteil vom 30.04.2020 – C-772/18
- 843 EIS/TO**  
EuGH, Urteil vom 14.05.2020 – C-266/19
- 845** Kommentar von **Martin Rätze**
- 847 Bestätigung der Anforderungen der prozessualen  
Waffengleichheit in äußerungsrechtlichen Eilverfahren**  
BVerfG, Beschluss vom 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20
- 850** Kommentar von **Oliver Löffel**
- 851 WarnWetter-App**  
BGH, Urteil vom 12.03.2020 – I ZR 126/18
- 861 Internet-Radiorecorder**  
BGH, Urteil vom 05.03.2020 – I ZR 32/19
- 868 Trassenentgelte**  
BGH, Urteil vom 29.10.2019 – KZR 39/19
- 875 Amazon Marketplace A-bis-z-Garantie**  
BGH, Urteil vom 01.04.2020 – VIII ZR 18/19
- 904 (Störer-)Haftung für Google-Adwords-Anzeigen**  
OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.03.2020 – 6 U 240/19

Dr. Patrick Hauser und Jun.-Prof. Dr. Jannik Otto, Düsseldorf\*

## Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs und normative Korrekturen der Kausalität nach EuGH – Otis (Teil 1)

Zugleich Besprechung von EuGH, 12.12.2019 – C-435/18 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a.\*\*

### INHALT

#### Teil 1

- I. Einleitung
- II. Die Otis-Entscheidung
- III. Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs
  1. Keine Positionierung des EuGH zur Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs
  2. Ausgangspunkt: Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV
  3. Kein unionsrechtlicher Kartellschadensersatzanspruch
    - a) Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle des gesamten Normkomplexes
    - b) Kein „Recht auf Schadensersatz“ aus Art. 101, 102 AEUV
    - c) Keine Parallele zur Entscheidung Francovich
    - d) Kein unionsrechtlicher Anspruch aus allgemeinem Rechtsgrundsatz
  4. Unionsrechtliche Anforderungen an das nationale Recht
    - a) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale
      - aa) Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot, Art. 4 Abs. 3 EUV: Verpflichtung des nationalen Richters auf die „volle Wirksamkeit“
      - bb) Anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmale
    - b) Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz
      - aa) Anforderungen an das nationale Verfahrensrecht
      - bb) Erstreckung auf das materielle Recht
      - cc) Anspruch im Übrigen
    - c) Ausblick
  5. Ergebnis: Unionsrechtliche Prägung als Mindestgehalt

#### Teil 2

- IV. Keine Aufgabe normativer Korrekturen der naturwissenschaftlichen Kausalität
  1. Notwendigkeit normativer Korrekturen
    - a) Naturwissenschaftliche Kausalität
    - b) Jedenfalls faktische Beweisnot als Eingrenzung
    - c) Notwendigkeit der (weiteren) Eingrenzung: Beispiele
  2. Keine Vorgaben für die mitgliedstaatliche Dogmatik
    - a) Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle
    - b) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale als Ergebniskontrolle
    - c) Zwischenergebnis: Indifferenz zur mitgliedstaatlichen Dogmatik
    - d) Mitgliedstaaten können „Schutzzweck der Norm“ als Kriterium (eingeschränkt) aufrechterhalten
  3. Normative Korrekturen als fester Bestandteil des gemeineuropäischen Deliktsrechts
    - a) Mitgliedstaatliche Deliktsrechtsordnungen
    - b) Unionsrechtliches Haftungsrecht
    - c) EuGH-Rechtsprechung im Kartellrecht, insbesondere Otis

#### 4. Fazit

#### V. Auswirkungen auf das deutsche Recht und Ausblick

#### VI. Ergebnisse

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

Auch in seiner jüngsten Entscheidung zum Kartellschadensersatz hat sich der EuGH zur Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs bei Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV nicht verhalten. Im ersten Teil dieses Beitrags wird dargelegt, dass der EuGH zwar unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale des Kartellschadensersatzanspruchs bei Verletzung der Art. 101, 102 AEUV entwickelt hat, es sich aber gleichwohl um einen Anspruch nach mitgliedstaatlichem Recht handelt, der im Übrigen den Anforderungen des unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes unterliegt. In einem zweiten Teil wird vor diesem Hintergrund gezeigt, dass die Auswirkungen der Entscheidung EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, WRP 2020, 179 ff. – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a. auf das deutsche Recht geringer sind als verbreitet angenommen und unter anderem auch normative Korrekturen einer rein naturwissenschaftlich verstandenen Kausalität im Kartellschadensersatzrecht notwendig und möglich bleiben.

#### Teil 1

#### I. Einleitung

Die Entscheidung in der Rechtssache *Otis*<sup>1)</sup> war nach *Cogeco*<sup>2)</sup>, *Skanska*<sup>3)</sup> und *Tibor Trans*<sup>4)</sup> bereits das vierte Urteil des EuGH zum Kartellschadensersatzrecht in 2019.<sup>5)</sup> Darin verzichtet der EuGH (vermeintlich) auf das Kriterium des „Schutzzwecks der Norm“, welches das deutsche und österreichische Recht zur normativen Eingrenzung der Kausalität kennen.<sup>6)</sup> Vielmehr sei „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig.“<sup>7)</sup> Das Urteil wirft nicht nur Fragen zur Bestimmung der Kausalität für Kartellschäden auf, sondern gibt Anlass, die Grundlagen des Verhältnisses von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht im Kartellschadensersatzrecht zu betrachten. Dies soll im vorliegenden Beitrag vorgenommen werden. Dazu wird nach einer knappen Wiedergabe der Otis-Entscheidung (II.) zunächst die Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs anhand der Rechtsprechung des EuGH untersucht (III. 1.-3.). Auf dieser Grundlage

1) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179 ff. – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a.

2) EuGH, 28.03.2019 – C-637/17, EU:C:2019:263, WRP 2019, 720 ff. – Cogeco Communications/Sport TV Portugal u. a.

3) EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004 ff. – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u. a.

4) EuGH, 29.07.2019 – C-451/18, EU:C:2019:635 – Tibor-Trans.

5) Für einen Überblick über die Entscheidungen siehe *Weitbrecht*, NZKart 2020, 106.

6) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a.

7) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – Otis u. a./Land Oberösterreich u. a.

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 944.

\*\* Abgedruckt in WRP 2020, 179 ff.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

kann das Verhältnis der unionsrechtlichen Vorgaben zur mitgliedstaatlichen Dogmatik des Kartellschadensersatzrechts bestimmt werden (III. 4.). Darauf aufbauend sind Gegenstand der weiteren Untersuchung im zweiten Teil dieses Beitrags die in *Otis* aufgeworfenen Fragen der Kausalität und möglicher normativer Einschränkungen der naturwissenschaftlichen Kausalität (IV.). Der Beitrag fasst abschließend die Auswirkungen der *Otis*-Entscheidung auf das deutsche Recht zusammen (V.) und endet mit Ergebnissen in Thesen (VI.).

## II. Die *Otis*-Entscheidung

- 3 Dem jüngsten Vorlageverfahren in der Rechtssache *Otis*<sup>8)</sup> liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Das Land Oberösterreich hat im Rahmen gesetzlicher Vorschriften als Fördergeber zu vergünstigten Konditionen Kredite für Bauvorhaben vergeben. In die geförderten Bauprojekte wurden häufig Aufzüge verbaut. Da in der Vergangenheit ein Kartell auf dem Aufzugs- und Fahrtreppenmarkt<sup>9)</sup> bestand, stiegen möglicherweise die Kosten der Bauprojekte und in Folge dessen vergab das Land Oberösterreich höhere (vergünstigte) Darlehen. Es stellte sich daher die Frage, ob das Land Oberösterreich, das auf dem vom Kartell betroffenen Markt (Aufzüge) weder als Anbieter noch Nachfrager tätig war, Kartellschadensersatz von den kartellbeteiligten Aufzugherstellern dafür verlangen kann, dass es die Darlehensbeträge, die auf die überhöhten Aufzugskosten entfielen, nicht anderweitig gewinnbringend anlegen konnte. Der vorlegende OGH führte aus, dass diese Frage unter Anwendung des österreichischen Kriteriums des Schutzzwecks der Norm, das wie im deutschen Recht normative Korrekturen der Kausalität vornimmt, zu verneinen sei. Der OGH nahm an, dass der Schutzzweck des Art. 101 AEUV nur den Ersatz von Schäden der auf dem kartellierten Markt tätigen Akteure erfordere. Dem folgt der EuGH nicht. Es sei „nicht erforderlich, dass der von der betreffenden Person erlittene Schaden (...) einen spezifischen Zusammenhang mit dem von Art. 101 AEUV verfolgten ‚Schutzzweck‘ aufweist, denn sonst wären die Teilnehmer an einem Kartell nicht verpflichtet, alle von ihnen möglicherweise verursachten Schäden zu ersetzen.“<sup>10)</sup> Vielmehr müsse „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig sein, um die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV sicherzustellen und dessen praktische Wirksamkeit zu erhalten.“<sup>11)</sup> Dies schließe den geltend gemachten Schaden des staatlichen Fördergebers, dem Land Oberösterreich, ein. Die konkrete Schadensfeststellung des Fördergebers habe aber durch das nationale Gericht zu erfolgen.<sup>12)</sup> Der EuGH hat damit bestätigt, dass es zur Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen keiner Marktteiligung des Geschädigten auf dem kartellierten Markt bedarf.

## III. Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs

- 4 Den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* in *Otis*<sup>13)</sup> (so wie zuvor bereits in *Kone*<sup>14)</sup>) ist zu entnehmen, dass sie – ebenso

wie Generalanwalt *Wahl* in *Skanska*<sup>15)</sup> – den Kartellschadensersatzanspruch wohl als unionsrechtlichen Anspruch sieht. Der EuGH hat sich zu dieser Frage – anders als in *Francovich* zum Staatshaftungsrecht, wo er von „einem unmittelbar im Gemeinschaftsrecht“ begründeten Anspruch spricht<sup>16)</sup> – bisher nicht ausdrücklich verhalten, auch nicht in *Skanska* oder *Otis* (dazu III. 1.). Die Rechtsprechung des EuGH ist vielmehr teils intransparent und wohl noch im Fluss. Ausgangspunkt der kartellschadensersatzrechtlichen Argumentation ist die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV (dazu III. 2.). Von dort zweigen zwei Argumentationsstränge ab. Einer stützt sich auf die „Rechte des Einzelnen“, die Art. 101, 102 AEUV gegenüber anderen Privaten gewähren. Diese Argumentation trägt einen unionsrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht (dazu III. 3.). Der andere Argumentationsstrang setzt an der unmittelbaren Anwendung der Art. 101, 102 AEUV durch die nationalen Gerichte an, die bestärkt durch das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV zu gewährleisten haben. Diese Argumentation begründet einen starken Einwirkungsmechanismus des Unionsrechts auf das nationale Recht, wobei letzterem die Anspruchsgrundlage zu entnehmen ist (dazu III. 4. a)). Der Kartellschadensersatzanspruch nach nationalem Recht unterliegt ferner den Vorgaben des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes (dazu III. 4. b)). Beide Einwirkungsmechanismen des Unionsrechts prägen den nationalen Kartellschadensersatzanspruch dergestalt vor, dass ihm ein unionsrechtlicher Mindestgehalt vorgegeben ist, den das nationale Recht bei Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV nicht unterschreiten darf (dazu III. 5.).

### 1. Keine Positionierung des EuGH zur Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs

Weder *Otis* noch die Urteile *Courage*, *Manfredi*, *Kone* oder *Skanska*<sup>5</sup> enthalten eine explizite Aussage dazu, welcher Rechtsnatur der Kartellschadensersatzanspruch ist. So formuliert der EuGH in *Skanska*, dass „die Bestimmung des Ersatzpflichtigen (...) unmittelbar durch das Unionsrecht geregelt“ wird.<sup>17)</sup> In *Donau Chemie* verweist der EuGH auf ein „unmittelbar aus dem Unionsrecht“ „hergeleitetes“ Recht auf Schadensersatz.<sup>18)</sup> Daraus ließe sich gegebenenfalls folgern, dass der EuGH von einem unionsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz ausgeht.<sup>19)</sup> Dagegen spricht indes, dass er diesen Anspruch nur aus dem Unionsrecht „hergeleitet“ bzw. „geregelt“ und nicht in Art. 101 AEUV „enthalten“ oder „begründet“ sieht. In *Otis* fasst der EuGH zudem seine bisherige Rechtsprechung dahingehend zusammen, dass „nach den nationalen Vorschriften jeder das Recht haben muss, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen.“<sup>20)</sup>

15) GA *Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 40 f. – *Skanska*.

16) EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 41 – *Francovich*.

17) EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007, Rn. 28 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u.a.*

18) EuGH, 06.06.2013 – C-536/11, EU:C:2013:366, WRP 2013, 898, 901, Rn. 32, 39 – Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie u.a.

19) Von einem unionsrechtlichen Anspruch gehen aus *Mäsch*, EuR 2003, 825, 837 ff.; *ders.*, in: Berg/Mäsch (Hrsg.), *Kartellrecht*, 3. Aufl. 2018, § 33 GWB Rn. 2; *Mederer*, EuZW 2013, 847, 848; *Nowak*, EuZW 2001, 717, 718; *Weinert*, BB 2020, 270 f.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV 149. Zu Art. 102 AEUV auch *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), *MüKo Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 678. A. A. *Heinze*, ZEuP 2020, 281, 286; *ders.*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, Tübingen 2017, S. 151 ff.; *Jaeger*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.), *Kartellrecht*, 4. Aufl. 2020, Art. 101 Abs. 2 AEUV Rn. 40 mit dortiger Fn. 143; *Kersting*, WuW 2019, 290, 292 f.; *ders.*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Fn. 19), § 33a GWB Rn. 28; *Mörsdorf*, ZIP 2020, 489, 496; *Säcker/Jaecks*, in: MüKo Wettbewerbsrecht (Fn. 19), Art. 101 AEUV Rn. 684 ff.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 64. Lfg.: Mai 2018, Art. 101 AEUV Rn. 261; *Weyer*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a. (Hrsg.), *FK Kartellrecht, Zivilrechtsfolgen des Art. 81 EG*, 68. Lfg.: Mai 2009, Rn. 29, 38.

20) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 26 – *Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.*

8) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179 ff. – *Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.*

9) Vgl. Zusammenfassung der Entscheidung der Kommission vom 21.02.2007 in einem Verfahren nach Art. 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Fall COMP/E-1/38.823 – Aufzüge und Fahrtreppen), (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2007) 512 endg.), ABl. EU C 75/19 v. 26.03.2008.

10) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 31 – *Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.*

11) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.*

12) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 33 – *Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.*

13) *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 44 f. – *Otis*.

14) *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 23 – *Kone*.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

6 Mit dem in *Francovich* begründeten unionsrechtlichen Schadensersatzanspruch für die Nichtumsetzung von Unionsrecht hätte ein Vorbild bereitgestanden,<sup>21)</sup> sofern der EuGH den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch für einen Anspruch unionsrechtlicher Rechtsnatur hielte. Dort heißt es explizit, dass dem Einzelnen ein Anspruch auf Entschädigung zusteht, „der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist“<sup>22)</sup>. Diesen Weg ist der EuGH im Kartellschadensersatzrecht jedenfalls ausdrücklich (noch) nicht gegangen. Er ist ihm auch verwehrt (dazu III. 4. c)).

## 2. Ausgangspunkt: Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV

7 Die EuGH-Rechtsprechung zum Kartellschadensersatzrecht basiert auf der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV. Aus dieser unmittelbaren Anwendbarkeit zieht der EuGH zwei Schlussfolgerungen, denen getrennt nachzugehen ist. Zum einen müssen die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Primärrecht unmittelbar anwenden.<sup>23)</sup> Dieser Schlussfolgerung wird gemeinhin weniger Beachtung geschenkt (dazu III. 4. a)).<sup>24)</sup> Zum anderen stellt der EuGH fest, dass Art. 101, 102 AEUV (bzw. deren Vorgängernormen) „in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben“.<sup>25)</sup> Daraus ergibt sich zunächst nur, dass aus Art. 101, 102 AEUV subjektive Rechte entstehen, nicht aber, welche Rechte dies sind. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, welche Rechte unmittelbar aus Art. 101 AEUV entstehen. Nur die aus Art. 101 AEUV unmittelbar entstehenden Rechte sind unionsrechtlicher Rechtsnatur.

## 3. Kein unionsrechtlicher Kartellschadensersatzanspruch

8 Bereits im Urteil *Courage* hat der EuGH die *Jedermann*-Formel allein aus dem Unionsrecht entwickelt. Entgegen dem ersten Anschein bemüht der EuGH dabei nicht den Effektivitätsgrundsatz, sondern geht darüber hinaus (dazu sogleich III. 3. a)). Hieran hat der EuGH festgehalten, ohne seine Vorgehensweise offenzulegen. Im Urteil *Kone* spricht der EuGH eine Abgrenzung seines Vorgehens vom Effektivitätsgrundsatz an und führt aus, dass „die Bestimmung der Regeln für die Anwendung des Begriffs ‚ursächlicher Zusammenhang‘ [unter Einhaltung des Effektivitätsgrundsatzes, Verf.] [zwar] grundsätzlich Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen Mitgliedstaats“ ist, „diese nationalen Regeln jedoch die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts der Union sicherstellen“ müssten. „Infolgedessen [habe] der Gerichtshof (...) entschieden, dass die nationalen Regeln jedermann das Recht zuerkennen müssen, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen.“<sup>26)</sup> Dieses Mehr zum Effektivitätsgrundsatz soll im Folgenden untersucht und gezeigt werden, dass der EuGH (bislang) keinen unionsrechtlichen Kartellschadensersatzanspruch entwickelt hat.

21) Unter Berufung hierauf von einem unionsrechtlichen Anspruch ausgehend etwa *Mäsch*, EuR 2003, 825, 837 ff.

22) EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 41 – *Francovich*.

23) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 25, WRP 2001, 1280 – *Courage*. Siehe auch *GA Mischo*, 22.03.2001 – C-453/99, EU:C:2001:181, Rn. 58 – *Courage*.

24) Selbst der EuGH zeichnet die Argumentation in den nachfolgenden Urteilen nicht mehr nach, sondern übernimmt lediglich das Ergebnis, dass die „volle Wirksamkeit“ des Art. 81 EG, insbesondere des Verbotstatbestandes erfordert, dass jedermann Ersatz seines kartellbedingten Schadens verlangen können muss, vgl. nur EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 60 – *Manfredi*.

25) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 23, WRP 2001, 1280 – *Courage*. Beinahe wortgleich EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830, Rn. 20 – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur; EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1006, Rn. 24 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u.a.; EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180, Rn. 21 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

26) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831, Rn. 32 – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur. Siehe auch unten in und bei Fn. 82.

## a) Effektivitätsgrundsatz ist Ergebniskontrolle des gesamten Normkomplexes

Zunächst muss aber die Grenze des Effektivitätsgrundsatzes als Einwirkungsmechanismus auf das nationale Recht gezogen werden. Dieser fordert, dass „die Anwendung des nationalen Rechts (...) die Tragweite und Wirkung des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen“ darf.<sup>27)</sup> Das mitgliedstaatliche Recht darf danach „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.<sup>28)</sup>

Im Wege des Vorlageverfahrens erhält der EuGH also die Gelegenheit, im Einzelfall dazu Stellung zu nehmen, ob die Anwendung nationalen Rechts die Wirkung des Unionsrechts praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Entscheidend ist nicht, ob einzelne Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts für sich genommen die Rechtsausübung erschweren, sondern ob die Vorschriften in ihrer Gesamtheit die Ausübung der verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, wie der EuGH z. B. im Hinblick auf die kartellschadensersatzrechtlichen Verjährungsregeln darlegte.<sup>29)</sup> Es kann danach nicht singulär betrachtet werden, ob die Länge der Verjährungsfrist für sich allein die Anspruchsdurchsetzung praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, ohne gleichermaßen zu betrachten, wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt und ob Hemmungs- oder Unterbrechungstatbestände existieren. Erst in ihrer Gesamtschau zeigt sich, ob ein Normenkomplex mit dem Effektivitätsgebot vereinbar ist.<sup>30)</sup> So könnte etwa eine verhältnismäßig kurze Verjährungsfrist zulässig sein, wenn deren Frist erst mit sicherer Kenntnis vom Kartellverstoß zu laufen begänne und zudem (aus Geschädigtensicht) großzügige Hemmungstatbestände existierten. Allein mit dem Effektivitätsgrundsatz kann der EuGH also keine unionsrechtlichen Verjährungsregeln entwickeln. Er kann lediglich das nationale Recht auf die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts überprüfen. Sobald er aber ein Tatbestandsmerkmal darüber hinaus unionsrechtlich konturiert, verlässt er den Boden des Effektivitätsgrundsatzes.

Dies hat der EuGH bereits in *Courage* getan und die *Jedermann*-Formel nicht aus dem Effektivitätsgrundsatz als Anforderung an das nationale Recht entwickelt.<sup>31)</sup> Stattdessen verlangt der EuGH unter Berufung auf die „volle Wirksamkeit des Art. 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Art. 85 Abs. 1 ausgesprochenen Verbots“, dass jedermann seinen kartellbedingten Schaden ersetzt verlangen können muss.<sup>32)</sup> Der EuGH macht damit eine Vorgabe, die stets und damit unabhängig von der sonstigen Ausgestaltung eines Schadensersatzanspruchs nach nationalem Recht gilt. Eine derartige Vorgabe erlaubt der Effektivitätsgrundsatz indes nicht, da er lediglich das nationale Recht als gesamtes Gefüge auf die Einhaltung eines unionsrechtlich gebotenen Ergebnisses hin überprüft. Mitgliedstaatliche Regelungen könnten aber auf andere Weise mitunter derart abschre-

27) EuGH, 21.09.1983 – 205 bis 215/82, EU:C:1983:233, Rn. 22 – *Deutsche Milchkontor*. Siehe auch *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 19), 65. Lfg.: August 2018, Art. 4 EUV Rn. 93.

28) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 29, WRP 2001, 1280 – *Courage*; EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 62 – *Manfredi*; EuGH, 14.12.1995 – C-312/93, EU:C:1995:437, Rn. 12 – *Peterbroeck*; EuGH, 04.07.2006 – C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 95 – *Adeneler*.

29) Dazu insbesondere EuGH, 28.03.2019 – C-637/17, EU:C:2019:263, WRP 2019, 720, 723, Rn. 45 – *Cogeco Communications/Sport TV Portugal* u.a. („die Elemente der portugiesischen Verjährungsregelung [sind] in ihrer Gesamtheit zu würdigen“); *Gain Kokott*, 17.01.2019 – C-637/17, EU:C:2019:32, Rn. 81 – *Cogeco*. Vgl. auch EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 78 ff. – *Manfredi*.

30) Allgemein *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 105 m. w. N.

31) So auch *Mäsch*, EuR 2003, 825, 841 f.

32) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 26, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

ckend wirken, dass eine etwaige Anspruchsbegrenzung auf einige Kläger im Gesamtgefüge kompensiert wird, etwa durch besondere Klageanreize. Eine derartige Überprüfung des Gesamtgefüges lässt die *Jedermann*-Rechtsprechung indes nicht zu.

### b) Kein „Recht auf Schadensersatz“ aus Art. 101, 102 AEUV

12 Die Generalanwälte *Kokott* und *Wahl* verstehen die EuGH-Rechtsprechung dahingehend, dass sich aus Art. 101 AEUV unmittelbar ein „Recht auf Schadensersatz“<sup>33)</sup> ergebe. Das subjektive Recht, das Art. 101 AEUV entstehen lässt, ist danach der Kartellschadensersatzanspruch selbst. Die Generalanwälte müssen damit den Kartellschadensersatzanspruch als unmittelbar unionsrechtlichen Anspruch verstehen.<sup>34)</sup> Auch in der Literatur wird teilweise ein unmittelbar unionsrechtlicher Anspruch angenommen.<sup>35)</sup> Dieses Verständnis lässt sich allerdings nicht auf Art. 101, 102 AEUV zurückführen.

13 Die Bestimmung der Rechte des Einzelnen aus Art. 101, 102 AEUV ist eine unionsrechtliche Frage. Im Ausgangspunkt handelt es sich bei den Art. 101, 102 AEUV um Verbotsnormen. Die Rechte des Einzelnen, die sie entstehen lassen, können nur über ihren Schutzzweck bestimmt werden. Nur soweit Art. 101, 102 AEUV den Einzelnen schützen, können diesem subjektive Rechte eingeräumt werden.<sup>36)</sup> Geschützt wird der Wettbewerb als Prozess. Dies umfasst neben dem objektiven Schutz des Wettbewerbs als Institution auch kehrseitig den Individualschutz der am Wettbewerbsprozess Beteiligten. Diese Beteiligten sind die übrigen Marktteilnehmer, wobei allein die unmittelbaren Marktteilnehmer erfasst sind, denn nur sie nehmen am Wettbewerb auf dem betreffenden Markt teil.<sup>37)</sup> Auf Folgemärkten mögen einzelne Wettbewerbsparameter wie der Preis kartellbedingt verfälscht sein, die Akteure agieren aber in einem unverfälschten Wettbewerbsprozess.<sup>38)</sup> Auf diesen Folgemärkten erfolgt nämlich kein Verstoß gegen Art. 101, 102 AEUV. Die Marktteilnehmer des vom Kartell betroffenen Marktes werden in ihrer Freiheit geschützt, sich im unverfälschten Wettbewerb am Markt zu verhalten. Demnach verleihen Art. 101, 102 AEUV diesen Marktteilnehmern Rechtspositionen und Abwehrrechte gegen die Verfälschung des Wettbewerbsprozesses auf dem betreffenden Markt. Gerichtet ist dieses Recht gegen die den Wettbewerb verfälschenden Unternehmen, verstanden als die Verbotsadressaten der Art. 101, 102 AEUV.<sup>39)</sup> Aus Art. 101, 102 AEUV müssten demnach – als unionsrechtliche Ansprüche – unmittelbar Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche dieser Marktteilnehmer gegen die kartellrechtswidrig handelnden Unternehmen folgen. Diese vorbeschriebene wettbewerbliche Individualposition be-

zeichnet das Recht des Einzelnen, das Art. 101, 102 AEUV entstehen lassen und das der EuGH seit der Entscheidung *Courage* herausgearbeitet und woran er in der Folge festgehalten hat.<sup>40)</sup>

Zum Schutz der wettbewerblichen Individualposition, vor allem aber zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Wettbewerbschutzes, sind Schadensersatzansprüche zu gewähren.<sup>41)</sup> Der Schadensersatzanspruch „stellt“ die „wirksame Anwendung“ des Art. 101 AEUV „sicher“.<sup>42)</sup> Der EuGH wendet aber Art. 101 AEUV diesbezüglich nicht unmittelbar an.<sup>43)</sup> Der Schadensersatzanspruch ist vielmehr ein Mittel zur (privaten) Durchsetzung der kartellrechtlichen Verbotsnormen.<sup>44)</sup> Art. 101, 102 AEUV sind demnach nur Bezugspunkt des Schadensersatzanspruchs und enthalten ihn selbst nicht. Allenfalls im Hinblick auf die unmittelbaren Marktteilnehmer, die direkt aus Art. 101, 102 AEUV eine wettbewerbliche Individualposition ableiten, wäre möglicherweise eine andere Interpretation denkbar. Auch diesen Weg geht der EuGH aber nicht, sondern sieht *jedermann* als anspruchsberechtigt an und betont damit die Bedeutung des *private enforcement*, das zum Schutz des Wettbewerbsprozesses über den Individualschutz der am Wettbewerbsprozess Beteiligten hinausgeht. Der Schadensersatzanspruch ist aus Art. 101, 102 AEUV daher nur unter Rückgriff auf den *effet utile* herzuleiten. Zudem droht eine „Überfrachtung“ der Art. 101, 102 AEUV, wollte man darin alle Anspruchsvoraussetzungen in der für die praktische Rechtsanwendung notwendigen Detailtiefe erblicken.<sup>45)</sup>

### c) Keine Parallele zur Entscheidung *Francovich*

Ein anderer Ansatz ist es, die Rechtsprechung des EuGH zum Kartellschadensersatzrecht mit der Rechtsprechung des EuGH zum Staatshaftungsrecht, ausgehend von der Entscheidung *Francovich*<sup>46)</sup>, zu vergleichen.<sup>47)</sup> In *Francovich* sah der EuGH einen Staatshaftungsanspruch wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie als „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“<sup>48)</sup> an und entwickelte einen Anspruch, „der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist.“<sup>49)</sup> Auch hier nahm die Argumentation des EuGH ihren Ausgangspunkt in der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts, das Rechte des Einzelnen entstehen lasse.<sup>50)</sup> Auch hier wäre die „volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen (...) beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert“, wenn es keinen Entschädigungsanspruch gäbe.<sup>51)</sup> Im

33) So ausdrücklich *GA Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 78 – Skanska. Inhaltlich ebenso *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, 52 – Otis. Auch der EuGH (z. B. *EuGH*, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 – Manfredi) spricht von einem „Recht einer jeden Person auf Ersatz des Schadens“, wobei hier gerade dessen Ursprung untersucht werden soll.

34) Zwar verbleiben terminologische Unklarheiten, da auch *Kokott* nur davon spricht, dass die Frage des „Ob“ von Schadensersatzansprüchen durch „Unionsrecht zu beantworten ist“ (*GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 44 – Otis) und „die Voraussetzungen, die die *Tatbestandsmerkmale* und somit die eigentliche Grundlage dieses Anspruchs bilden, direkt durch Art. 101 AEUV determiniert werden“ (Rn. 45) bzw. der Ersatzpflichtige „unmittelbar durch das Unionsrecht geregelt wird“ (Rn. 46). *Kokott* geht also zumindest nicht explizit davon aus, dass alle genannten Voraussetzungen unmittelbar in Art. 101 AEUV enthalten sind und verwendet auch im Übrigen teilweise eine nicht eindeutige Sprache (so bspw. in *GAin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 40, 41, 96 – Otis). Auch Generalanwalt *Wahl* versteht den Schadensersatzanspruch wohl als unmittelbar unionsrechtlichen Anspruch (*GA Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 39 f. – Skanska).

35) Siehe die Nachweise in Fn. 19.

36) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 370, 372.

37) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 369 ff.

38) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 363 f.

39) Vgl. *Otto*, ZWeR 2019, 354, 371.

40) Vertiefend *Otto*, ZWeR 2019, 354, 369 ff.

41) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 369 ff., 372 ff.

42) *EuGH*, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.

43) Auch aus *EuGH*, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007, Rn. 28 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u.a., wonach „die Bestimmung des Ersatzpflichtigen des durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV entstandenen Schadens unmittelbar durch das Unionsrecht geregelt“ wird, folgt nichts anderes. Dies betrifft lediglich die *unionsrechtliche* Determinierung des Tatbestandsmerkmals der Passivlegitimation, um die praktische Wirksamkeit des Art. 101 AEUV zu gewährleisten (dazu noch III. 4. a)). Diese Lesart wird in *EuGH*, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180 f., Rn. 30, 22 – Otis u.a./Land Oberösterreich u.a. unter Verweis auf *Skanska* bestätigt.

44) *EuGH*, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 27, WRP 2001, 1280 – *Courage*; *EuGH*, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 91 – Manfredi; *EuGH*, 06.11.2012 – C-199/11, EU:C:2012:684, WRP 2013, 52, 54 f., Rn. 42 – *Europese Gemeenschap/Otis u.a.*; *EuGH*, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830, Rn. 23 – *Kone u.a./ÖBB-Infrastruktur*; *EuGH*, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007 f., Rn. 44 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u.a.; *EuGH*, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 24 – Otis u.a./Land Oberösterreich u.a.; *GAin Kokott*, 30.01.2014 – C-557/12, EU:C:2014:45, Rn. 59 – *Kone*; *GA Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 31 – Skanska.

45) Vgl. auch *Kersting*, WuW 2019, 290, 293.

46) *EuGH*, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428 – *Francovich*.

47) So etwa *Mäsch*, EuR 2003, 825, 837 ff.

48) *EuGH*, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 37 – *Francovich*.

49) *EuGH*, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 41 – *Francovich*. Im Ergebnis ebenso *EuGH*, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 67 – *Brasserie du pêcheur* („seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht findet“).

50) *EuGH*, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 31 f. – *Francovich*.

51) *EuGH*, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 33 – *Francovich*.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

Vergleich zum Kartellschadensersatzrecht ging der EuGH einen Schritt weiter und leitete ausdrücklich unionsrechtliche Anspruchsvoraussetzungen ab.<sup>52)</sup>

- 16 Auch wenn die Argumentation des EuGH parallel verläuft, besteht ein wesentlicher Unterschied. Dieser liegt nicht darin, dass in *Francovich* das Verhältnis zwischen Bürger und Staat und im Kartellschadensersatzrecht das Verhältnis zwischen Privaten betroffen ist.<sup>53)</sup> Der EuGH macht deutlich, dass das Primärrecht in beiden Fällen „Rechte des Einzelnen“ entstehen lässt. In *Francovich* geht es indes um die Rechte des Einzelnen, die durch eine nicht umgesetzte Richtlinie verliehen werden. Der Entschädigungsanspruch setzt dieses Recht des Einzelnen unmittelbar durch und konstituiert es damit. Da das subjektive Recht dem Unionsrecht entstammt und diese Rechtsordnung damit zugleich die Ansprüche zur Verteidigung dieses Rechts konstituiert, ist es nur folgerichtig, von einem unionsrechtlichen Anspruch auszugehen.<sup>54)</sup> Anders im Kartellrecht: Hier tritt – wie dargelegt – zum Schutz des Rechts des Einzelnen zunächst verstärkt der Schutz der objektiven Rechtsordnung hinzu. Kartellschadensersatzansprüche sind ein Mittel zur Durchsetzung der Wettbewerbsordnung.<sup>55)</sup> Damit werden zugleich die Rechte des Einzelnen durchgesetzt. Diese sind auf Teilnahme am unverfälschten Wettbewerb gerichtet und stehen nur den unmittelbaren Marktteilnehmern zu.<sup>56)</sup> Individualschutz und objektive „praktische Wirksamkeit“ sind also nicht deckungsgleich.
- 17 Richtig ist auch im Kartellrecht, dass der Inhalt des subjektiven Rechts auf die über den *effet utile* entwickelten Schutzansprüche durchschlägt. Diese dürfen nicht hinter dem subjektiven Recht zurückbleiben. Daraus folgt zwangsläufig, dass sich die Verletzung des subjektiven Rechts (d. h. der Kartellrechtsverstoß) nach Unionsrecht beurteilt. Gleichermaßen muss der Schuldner das Unternehmen im Sinne des Normadressaten der Art. 101, 102 AEUV sein,<sup>57)</sup> jedenfalls soweit es um die Durchsetzung des subjektiven Rechts geht. Dieses steht aber lediglich den Teilnehmern auf dem kartellierten Markt zu.<sup>58)</sup> Hingegen kann nicht von der Rechtsnatur des subjektiven Rechts auf die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs geschlossen werden.<sup>59)</sup> Der Kartellschadensersatz konstituiert nicht das subjektive Recht mit. Das subjektive Recht besteht – anders als im Staatshaftungsrecht – auch ohne Schadensersatzanspruch. Der Kartellschadensersatzanspruch ist zweistufig in dem Sinne, dass er die Verletzung des subjektiven Rechts verlangt und sich der Schaden aus dieser Individualverletzung entwickeln muss.<sup>60)</sup> Dabei können Inhaber des subjektiven Rechts und Geschädigter auseinanderfallen.<sup>61)</sup> Der Kreis der Anspruchsberechtigten nach dem Kartellschadensersatzanspruch ist damit größer als der der Inhaber des subjek-

tiven Rechts, was sich problemlos damit erklären lässt, dass der Kartellschadensersatzanspruch nicht nur dem Schutz des subjektiven Rechts, sondern auch der Durchsetzung der objektiven Wettbewerbsordnung dient.<sup>62)</sup>

#### d) Kein unionsrechtlicher Anspruch aus allgemeinem Rechtsgrundsatz

Der Kartellschadensersatzanspruch in der Prägung des EuGH kann wie gezeigt nicht durch Anknüpfung an das subjektive Recht aus Art. 101, 102 AEUV hergeleitet werden. Dem EuGH bliebe die Möglichkeit, einen unionsrechtlichen Kartellschadensersatzanspruch aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu entwickeln. Dazu müsste der EuGH im Wege der Rechtsvergleichung den Bestand der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erfassen und könnte diesen Bestand mittels teleologischer Auslegung der Art. 101, 102 AEUV ganz auf deren „praktische Wirksamkeit“ ausrichten. Auf diesem Wege ließe sich wohl ein Schadensersatzanspruch mit dem vom EuGH entwickelten Inhalt herleiten. Diesen Weg ist der EuGH indes nicht gegangen. Zunächst lässt sich nicht erkennen, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz auch einen Rechtsvergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen heranzieht. Darin liegt ein weiterer Unterschied zwischen der kartellschadensersatzrechtlichen und der staatshaftungsrechtlichen Rechtsprechungslinie.<sup>63)</sup> Zudem versteht der EuGH seine primärrechtliche Ausprägung des Kartellschadensersatzanspruchs weiterhin als Anforderung an das nationale Recht.<sup>64)</sup> Entsprechend formuliert er seine Antworten auf die Vorlagefragen. Handelte es sich um einen unionsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz, käme diesem Anspruch Anwendungsvorrang zu. Art. 101 AEUV würde also nicht lediglich nationalem Recht „entgegenstehen“.<sup>65)</sup>

#### 4. Unionsrechtliche Anforderungen an das nationale Recht

Der EuGH stellt vielmehr primärrechtliche Anforderungen an den Kartellschadensersatzanspruch, ohne einen unionsrechtlichen Anspruch zu entwickeln. Daher kann die Anspruchsgrundlage für einen derartigen Schadensersatzanspruch nur dem mitgliedstaatlichen Recht entstammen.

Um im Folgenden die aus dem Primärrecht folgenden Anforderungen an das nationale Recht näher zu untersuchen, ist auf die Ursprünge der Rechtsprechung des EuGH zurückzukommen. Neben der Entwicklung eines subjektiven Rechts des Einzelnen folgt aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV, dass der nationale Richter diese primärrechtlichen Vorschriften eben unmittelbar anzuwenden hat. In Verbindung mit dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV lassen sich weitgehende Anforderungen an das nationale Recht ableiten, um die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV durch den nationalen Richter zu gewährleisten (dazu sogleich III. 4. a)). In diesen weit-

52) EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 39 f. – *Francovich*. Siehe auch EuGH, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 51 – *Brasserie du pêcheur*.

53) *Mäsch*, EuR 2003, 825, 844.

54) *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845 f.

55) Siehe die Nachw. in Fn. 44.

56) Siehe soeben III. 3. b).

57) So ohne die nachfolgende Differenzierung auch EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007, Rn. 28 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u. a.

58) Da der Kreis der Anspruchsberechtigten des Kartellschadensersatzes sowie der Inhaber des subjektiven Rechts auseinanderfallen, ist aber jedenfalls hinsichtlich der Anspruchsberechtigten, die nicht zugleich Inhaber des subjektiven Rechts sind, aus dem subjektiven Recht nicht zwingend vorgegeben, dass die Schuldneigenschaft für den Schadensersatzanspruch unmittelbar aus Art. 101, 102 AEUV folgt. Insofern bedarf es einer darüber hinausgehenden Begründung, die in der Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV zu sehen ist. Im Ergebnis ebenso unter Rückgriff auf den *effet utile* Hauser, WuW 2019, 123, 124 ff., insbesondere 128, wenn auch ohne die Unterscheidung zwischen Inhabern des subjektiven Rechts und sonstigen Anspruchstellern.

59) A. A. *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845 f.

60) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 369 ff.

61) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 370 f.

62) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 370 f.

63) Siehe zur dortigen Rechtsvergleichung EuGH, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 27 ff., 41 – *Brasserie du pêcheur*.

64) Siehe zuletzt EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 26 – *Otis u. a./Land Oberösterreich* u. a.: „Der Gerichtshof hat zur Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts (...) entschieden, dass nach den nationalen Vorschriften jeder das Recht haben muss, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen“ (*Hervorhebung durch Verf.*). Dazu noch unten in und bei Fn. 118 f.

65) Vgl. Antwort auf die Vorlagefrage in EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829 – *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*: „Art. 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedsstaats entgegensteht, wonach (...)“ (*Hervorhebung durch Verf.*). Siehe auch die Antwort auf die Vorlagefrage in EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u. a.: „Art. 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens (...) die erwerbenden Gesellschaften für die durch dieses Kartell verursachten Schäden haftbar gemacht werden können.“ (*Hervorhebung durch Verf.*). Haftbar gemacht werden können sie durch das mitgliedstaatliche Recht.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

gehenden Anforderungen liegt das Mehr zum Effektivitätsgrundsatz, auf das der EuGH nicht nur in *Kone*,<sup>66)</sup> sondern schon in *Courage* zurückgreift und das oben<sup>67)</sup> bereits betrachtet wurde. Soweit die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV keine unmittelbar diesen Vorschriften entstammenden Anforderungen erfordert, greift allein der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz (dazu III. 4. b)). Demzufolge bestehen über die unmittelbare Anwendung von Art. 101, 102 AEUV in Verbindung mit dem Loyalitätsgebot einerseits sowie dem (ebenfalls aus dem Loyalitätsgebot hergeleiteten)<sup>68)</sup> Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz andererseits zwei unterschiedliche Einwirkungsmechanismen auf das nationale Recht. Der EuGH unterscheidet diese beiden Einwirkungsmechanismen allerdings begrifflich nicht immer und vermengt diese teilweise.<sup>69)</sup> Eine Abgrenzung kann daher letztlich nur in der Sache und über das vom EuGH erzielte Ergebnis vorgenommen werden.

### a) Unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale

- 21 Die beiden Einwirkungsmechanismen des Unionsrechts auf das nationale Recht unterscheiden sich in ihrer Intensität.<sup>70)</sup> Die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV führt zu einer deutlich stärkeren unionsrechtlichen Vorprägung des nationalen Rechts. Daher lässt sich von unionsrechtlich konturierten Tatbestandsmerkmalen sprechen.<sup>71)</sup>

aa) *Unmittelbare Anwendung der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot, Art. 4 Abs. 3 EUV: Verpflichtung des nationalen Richters auf die „volle Wirksamkeit“*

- 22 Auch dieser Begründungsstrang des EuGH nimmt seinen Ausgangspunkt bereits in *Courage*: „Was die Befugnis angeht, Ersatz des Schadens zu verlangen, der durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder ein entsprechendes Verhalten verursacht worden ist, so müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten.“<sup>72)</sup> Erst einmal hat das nationale Gericht aufgrund ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit die Art. 101, 102 AEUV anzuwenden, da der Kläger des Vorlageverfahrens nach nationalem Recht Schadensersatz wegen der Verletzung der Art. 101, 102 AEUV verlangt. Die Verpflichtung des nationalen Gerichts auf die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV wird über das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV bestärkt.<sup>73)</sup> Danach müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Anwendung des nationalen Rechts dem Anspruch des Unionsrechts auf wirksame und einheitliche Anwendung gerecht werden. So erklärt sich auch das oben<sup>74)</sup> angeführte Zitat des EuGH in *Kone*, wonach die „nationalen Regeln (...) die volle Wirk-

samkeit des Wettbewerbsrechts der Union sicherstellen“<sup>75)</sup> müssen. Das nationale Gericht muss die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV gewährleisten. Über die Verpflichtung des nationalen Richters und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist das nationale Recht<sup>76)</sup> so anzuwenden, dass es den unionsrechtlichen Anforderungen genügt. Genügt es den Anforderungen nicht, darf es aus der Sicht des Unionsrechts nicht angewandt werden.

### bb) Anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmale

Über die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV und des Loyalitätsgebots des Art. 4 Abs. 3 EUV konturiert der EuGH eigenständige Tatbestandsmerkmale allein aus dem Unionsrecht heraus. Dieses Vorgehen hat der EuGH bislang auf anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmale beschränkt.

In *Otis* hat der EuGH unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung festgehalten, dass „jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen [kann], wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht“.<sup>77)</sup> Somit muss nach dem Unionsrecht zunächst „jedermann“ für den Kartellschadensersatzanspruch aktivlegitimiert sein. Andernfalls wäre „[d]ie volle Wirksamkeit des Art. 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Art. 85 Abs. 1 ausgesprochenen Verbots (...) beeinträchtigt“.<sup>78)</sup> Zudem muss „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden ersatzfähig sein“.<sup>79)</sup> Dies gelte ebenfalls, „um die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV sicherzustellen und dessen praktische Wirksamkeit zu erhalten.“<sup>80)</sup> Soweit der EuGH zuvor „den Begriff des ‚ursächlichen Zusammenhangs‘“ in *Manfredi* dem mitgliedstaatlichen Recht unter Beachtung bloß des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes zugewiesen hat,<sup>81)</sup> ist er davon – jedenfalls rückblickend<sup>82)</sup> – in *Kone* zugunsten der jetzigen Position abgerückt.<sup>83)</sup> Die Kausalität ist damit nunmehr ein unionsrechtlich konturiertes Tatbestandsmerkmal.<sup>84)</sup> Dies gilt auch, soweit Kausalitätserwägungen auf den zu erset-

66) Siehe das Zitat bei Fn. 26.

67) Siehe oben III. 3.)

68) *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 30), Art. 4 EUV Rn. 103; *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 19), 65. Lfg.: August 2018, Art. 4 EUV Rn. 91 jew. m. w. N.

69) Siehe diesbezüglich auch in und bei Fn. 82.

70) Insoweit zutreffend *GA Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 38 ff. – Skanska, dem aber nicht bei seiner Schlussfolgerung, es handele sich um einen unionsrechtlichen Anspruch, zuzustimmen ist; nachfolgend *Mörsdorf*, ZIP 2020, 489, 491; *Weitbrecht*, NZKart 2020, 106. A. A. noch (allerdings noch vor den Entscheidungen *Skanska* und *Otis*) *Hauser*, WuW 2019, 123, 125. Siehe dazu auch die Erläuterungen in und bei Fn. 82.

71) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373 f. spricht dagegen noch überschießend und missverständlich von einem „unionsrechtlichen Anspruch“, meint aber den primärrechtlich vorgegebenen Mindestgehalt des Anspruchs, der hier als „unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale“ bezeichnet wird.

72) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 25, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

73) Ähnlich *Nowak*, EuZW 2001, 717, 718.

74) Rn. 8 bei Fn. 26.

75) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 831, Rn. 32 – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur.

76) Unklar ist, ob EuGH, 07.12.2010 – C-439/08, EU:C:2010:739, Rn. 63 f. – *VEBIC* diese Anforderungen auch an das nationale Verfahrensrecht stellt oder ob diesbezüglich aufgrund der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten allein der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz greift.

77) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180 f., Rn. 23 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

78) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 26, WRP 2001, 1280 – *Courage*. Seitdem st. Rspr., EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 60 – *Manfredi*; EuGH, 06.11.2012 – C-199/11, EU:C:2012:684, WRP 2013, 52, 54, Rn. 41 – *Europese Gemeenschap/Otis* u.a.; EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830, Rn. 21 – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur; EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1006, Rn. 25 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u.a.; EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180, Rn. 22 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

79) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a. unter Verweis auf die in Fn. 78 genannte Rspr.

80) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a. unter Verweis auf die in Fn. 78 genannte Rspr.

81) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 64 – *Manfredi*.

82) Bei isolierter Betrachtung des Urteils *Kone* blieb dies allerdings noch unklar, da der EuGH dort nicht trennscharf zwischen der vollen Wirksamkeit und dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unterschieden hat. Vgl. *Hauser*, WuW 2019, 123, 125; *Lombardi*, Causation in Competition Law Damages, 2020, S. 66 ff. Siehe auch Erwägungsgrund 11 Kartellschadensersatzrichtlinie (Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, S. 1; nachfolgend *Kartellschadensersatzrichtlinie*).

83) EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830 Rn. 25 f., 32 – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur; EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.; *GA Wahl*, 06.02.2019 – C-724/17, EU:C:2019:100, Rn. 36 ff. – *Skanska*.

84) Wohl auch BGH, 28.01.2020 – KZR 24/17, NZKart 2020, 136, 138, Rn. 23, 30 = WRP 2020, 614 – *Schienekartell II*. Ähnlich in der Abgrenzung vom Effektivitätsgrundsatz *Heithecker/Hainz*, WuW 2020, 85, 86; *Weinert*, BB 2020, 270, 271.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

zenden Schaden durchschlagen.<sup>85)</sup> Zu ersetzen sind jedenfalls der Vermögensschaden (*damnum emergens*) sowie der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*).<sup>86)</sup> Auch letzterer ist vollständig zu ersetzen, soweit dieser durch den Verstoß gegen Art. 101 AEUV verursacht wurde.<sup>87)</sup> Letztlich liegt dem eine normative Kausalitätsbetrachtung zu Grunde, indem unionsrechtlich vorgegeben wird, welche Schäden entlang der Kausalketten jedenfalls zu ersetzen sind. Die Feststellung dieser Schäden (in tatsächlicher Hinsicht), erfolgt freilich nach nationalem Recht unter Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes (dazu sogleich III. 4. b)).

- 25 Die Entschädigung muss nach Unionsrecht auch die Zahlung von Zinsen umfassen.<sup>88)</sup> Auch dies fordert die praktische Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV.<sup>89)</sup> Das Unionsrecht versteht die Verzinsung des Geldanspruchs als Mittel zur Gewährleistung eines vollen Schadensersatzes, da „Umstände (...), wie der Zeitablauf [zwischen Schädigung und Zahlung, Verf.], den tatsächlichen Wert der Wiedergutmachung verringern können.“<sup>90)</sup> Nach diesem Verständnis setzt die Verzinsung einen bereits eingetretenen Schaden voraus, der in Geld auszugleichen ist. Diese Verzinsung ist von einem Zinsschaden zu unterscheiden, den das Land Oberösterreich im Vorlageverfahren *Otis* geltend macht.<sup>91)</sup> Bei letzterem geht es um die erstmalige Begründung eines Schadens in der Form des entgangenen Gewinns. Die gesetzliche Verzinsung dient hingegen nur dem Ausgleich, dass die Entschädigung vor einiger Zeit zu gewähren gewesen wäre und der Geldanspruch mit dem Zeitablauf an Wert verliert. Während die gesetzliche Verzinsung des Geldanspruchs keines Nachweises einer tatsächlichen Wertminderung des Anspruchs bedarf, muss der Geschädigte seinen (erstmaligen) Zinsschaden und die Kausalität nach dem nationalen Verfahrensrecht darlegen und ggf. beweisen. Es ist daher zutreffend, dass der EuGH sich nicht den Ausführungen der Generalanwältin<sup>92)</sup> anschließt, die eine Beweisführung für den geltend gemachten Zinsschaden für entbehrlich erachtet.<sup>93)</sup> Der EuGH verweist vielmehr auf das vorlegende Gericht und gibt diesem auf, insbesondere zu prüfen, „ob das Land die Möglichkeit zu gewinnbringenderen Anlagen hatte und, wenn ja, ob es die erforderlichen Nachweise für das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem fraglichen Kartell erbringt.“<sup>94)</sup>

85) Soweit EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 – Manfredi seine Position noch „[a]us dem Effektivitätsgrundsatz und dem Recht einer jeden Person auf Ersatz des Schadens“ schöpft, kann dies mit *Otis* ebenso als überholt angesehen werden. Ersatzfähig muss zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit des Art. 101 AEUV „jeder in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV stehende Schaden“ (EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 30 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.) sein.

86) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 – Manfredi.

87) Vgl. EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 – Manfredi; EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181 Rn. 30 f. – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a. Missverständnis insoweit EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 96 – Manfredi, wonach der „entgangene Gewinn (...) bei einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nicht vollständig vom ersatzfähigen Schaden ausgeschlossen werden“ dürfe (*Hervorhebung durch Verf.*).

88) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 ff. – Manfredi.

89) Anders EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 95 – Manfredi, wobei sich das von ihm neben dem Effektivitätsgrundsatz bemühte subjektive Recht auf Schadensersatz nach hier vertretener Ansicht aus der unmittelbaren Anwendung der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgrundsatz als Anforderung an das nationale Recht und nicht als unionsrechtliche Rechtsposition ergibt. Der Verweis auf den Effektivitätsgrundsatz ist hingegen schon deshalb verfehlt, weil der EuGH keine Überprüfung eines gesamten Normenkomplexes des nationalen Rechts vornimmt (dazu oben III. 3. a)), sondern ein Tatbestandsmerkmal näher konturiert.

90) EuGH, 02.08.1993 – C-271/91, EU:C:1993:335, Rn. 31 – Marshall. Hierauf verweist auch EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 91 – Manfredi.

91) Siehe dazu EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, Rn. 9 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

92) *Gáin Kokott*, 29.07.2019 – C-435/18, EU:C:2019:651, Rn. 105 ff. – *Otis*.

93) Ebenso *Heithacker/Hainz*, WuW 2020, 85.

94) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 33 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

Der Kartellschadensersatzanspruch muss sich schließlich zumindest gegen das gesamte Unternehmen, verstanden als die wirtschaftliche Einheit, die den Kartellrechtsverstoß begangen hat, richten (Passivlegitimation).<sup>95)</sup> Dies ergibt sich – jedenfalls soweit dieses reicht – bereits aus dem Recht des Einzelnen, das neben der objektiven Wettbewerbsordnung mit dem Kartellschadensersatzanspruch durchgesetzt werden soll.<sup>96)</sup> Das nationale Recht darf dahinter nicht zurückbleiben, etwa indem es die Haftung auf eigene Rechtsträger der wirtschaftlichen Einheit beschränkt.<sup>97)</sup>

## b) Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz

Soweit die „volle Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV keine unionsrechtliche Konturierung von Tatbestandsmerkmalen fordert, stellen – wie im Staatshaftungsrecht<sup>98)</sup> – der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz Anforderungen an das nationale Recht. Dabei gilt die Besonderheit, dass der EuGH über den Effektivitätsgrundsatz auch Vorgaben für das materielle Recht der Mitgliedstaaten entwickelt hat. Der vom Unionsrecht geprägte nationale Anspruch ermöglicht es – ebenfalls wie im Staatshaftungsrecht<sup>99)</sup> –, dass das nationale Recht einen weitergehenden Schadensersatzanspruch gewährt als unionsrechtlich zwingend vorgegeben. Unabhängig davon, ob es sich um einen Anspruch (rein) nach mitgliedstaatlichem Recht oder um ein unionsrechtlich konturiertes Tatbestandsmerkmal handelt, stellt das Unionsrecht lediglich einen Mindeststandard in Form von Ergebnisvorgaben auf, den das mitgliedstaatliche Recht nicht unterbieten darf. Dem Unionsrecht können keine Vorgaben für die Dogmatik des nationalen Rechts entnommen werden. Das Verhältnis zwischen unionsrechtlichen Vorgaben und mitgliedstaatlichem Recht wird im zweiten Teil dieses Beitrags für die Kausalität noch näher betrachtet.

## aa) Anforderungen an das nationale Verfahrensrecht

Ausgangspunkt der Betrachtung ist erneut das Urteil *Courage*,<sup>28</sup> das weiterhin die Grundlage der aktuellen kartellschadensersatzrechtlichen Rechtsprechung des EuGH bildet.<sup>100)</sup> Darin formuliert der EuGH unionsrechtliche Anforderungen an den Kartellschadensersatzanspruch wegen Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV, stellt aber zugleich fest, dass es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsrechtsregelung „Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten [sei], die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln“, wobei diese Verfahrensmodalitäten dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unterlägen.<sup>101)</sup> Danach stellt das Unionsrecht (Mindest-)Anforderungen an die Ausgestaltung des nationalen Verfahrens, um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts nicht zu vereiteln.

## bb) Erstreckung auf das materielle Recht

Die Besonderheit der kartellschadensersatzrechtlichen Rechtsprechungslinie liegt darin, dass der EuGH mittels des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes über das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht hinaus auch Vorgaben für das materielle Recht

95) EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007, Rn. 28 ff. – *Skanska Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u.a.

96) Siehe oben in und bei Fn. 57, 58.

97) Siehe zur diesbezüglichen mittlerweile überholten Debatte im deutschen Recht *Kersting*, in: *Kersting/Podszun* (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 7 Rn. 23 ff. m. w. N.

98) Siehe dazu EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 43 – *Franovich*; EuGH, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 67 – *Brasserie du pêcheur*.

99) Vgl. EuGH, 05.03.1996 – C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79, Rn. 66, 89 – *Brasserie du pêcheur*.

100) Siehe nur die Verweise auf die dort etablierten Grundsätze in EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 180, Rn. 21 f. – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

101) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 29, WRP 2001, 1280 – *Courage*.



## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

macht. Bereits in *Courage* vollzieht der EuGH im Verlauf von drei Randnummern eine schrittweise Evolution der Anwendung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes von den bereits genannten „Verfahrensmodalitäten“ hin zum materiellen Recht.<sup>102)</sup> Im Ergebnis verbietet das Unionsrecht nicht, „dass das innerstaatliche Recht einer Partei, die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, das Recht verwehrt, von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu verlangen.“<sup>103)</sup> Der EuGH adressiert damit ausdrücklich das mitgliedstaatliche materielle Recht und akzeptiert unter Einhaltung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes Einschränkungen des Kartellschadensersatzanspruchs über ein schadensrechtliches Bereicherungsverbot<sup>104)</sup> sowie bei erheblicher Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung.<sup>105)</sup> Zudem hat der EuGH in der Folge mithilfe des Effektivitätsgrundsatzes (Mindest-)Anforderungen an das nationale Verjährungsrecht aufgestellt.<sup>106)</sup>

- 30 Der EuGH hat also nicht nur unionsrechtliche Tatbestandsmerkmale konturiert, sondern auch den Effektivitätsgrundsatz bis in das materielle<sup>107)</sup> nationale Recht erstreckt und wendet diesen auch auf die Voraussetzungen und Einwendungen des Kartellschadensersatzanspruchs an. Dabei ist erneut hervorzuheben, dass der Effektivitätsgrundsatz unverändert stets Anforderungen an das nationale Recht stellt. Die Anspruchsgrundlage ist nach der Begründung des Schadensersatzanspruchs in der Rechtsprechung des EuGH also im nationalen Recht zu finden. Die vom traditionellen Verständnis des Effektivitätsgrundsatzes geprägte Formel<sup>108)</sup> des EuGH, die „Regelung der Modalitäten für die Ausübung des Rechts,“<sup>109)</sup> Kartellschadensersatz zu verlangen, sei Aufgabe der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, enthält damit keine trennscharfe Abgrenzung von Verfahrens- und materiellem Recht. Sowohl das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht als auch die Voraussetzungen des Anspruchs unterliegen den Vorgaben des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes und sind damit gleichermaßen unionsrechtlich geprägt.

### cc) Anspruch im Übrigen

- 31 Dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unterliegt der gesamte Kartellschadensersatzanspruch nach nationalem Recht, soweit die Sicherstellung der „vollen Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV nicht weitergehende unionsrechtliche Anforderungen stellt. Wie gesehen<sup>110)</sup> ist letzteres für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen weitgehend der Fall. Dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz unterliegen neben dem nationalen Ver-

fahrensrecht hingegen die bereits behandelten Einwendungen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots,<sup>111)</sup> der Anspruchsversagung bei erheblicher Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung<sup>112)</sup> sowie die Verjährung.<sup>113)</sup> Auch die Bestimmung des Schadensumfangs unterliegt allein den geringeren Anforderungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes.<sup>114)</sup> Dies gilt namentlich für die Zuerkennung von Schadensersatz<sup>115)</sup> oder die Berechnungsmethoden der Vermögensdifferenz, wovon auch ein etwaiger Vorteilsausgleich erfasst ist. Während diese Schadenshöhe durch die tatsächlichen Begebenheiten bestimmt wird, die nach dem mitgliedstaatlichen Prozessrecht unter Beachtung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes durch das mitgliedstaatliche Gericht zu erheben sind, ist die Höhe der zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV erforderlichen Verzinsung des Schadensersatzanspruchs eine normative Entscheidung. Sie obliegt dem nationalen Recht unter Beachtung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes.<sup>116)</sup> Auch hier kann das nationale Recht über den unionsrechtlich verlangten Mindestzinssatz hinausgehen, aber nicht dahinter zurückbleiben. Schließlich unterliegt ein etwaiges Verschuldenserfordernis nach nationalem Recht allein dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz.<sup>117)</sup>

### c) Ausblick

32 Anspruchsgrundlage für einen Kartellschadensersatz ist das nationale Recht. Der EuGH hat lediglich mit der Herstellung der „vollen Wirksamkeit“ der Art. 101, 102 AEUV durch den nationalen Richter über die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften i. V. m. dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV und dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zwei unionsrechtliche Einwirkungsmechanismen auf das nationale Recht entwickelt. Es gibt also kein unionsrechtliches „Recht auf Schadensersatz“, sondern nur einen bestimmten unionsrechtlich gebotenen Anspruch auf Kartellschadensersatz nach nationalem Recht. Es ist unklar, wie der EuGH seine weitere Rechtsprechung gestalten wird. Insbesondere verhält er sich zur Rechtsnatur des Anspruchs nicht explizit. Allerdings verweist der EuGH in *Otis* auch darauf, dass „die Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts“ verlangt, dass – einschränkungslos – „nach den nationalen Vorschriften“ jeder ein Recht auf Kartellschadensersatz haben muss.<sup>118)</sup> Gemeint ist wohl nicht nur, dass sich die Modalitäten der Anspruchsdurchsetzung nach mitgliedstaatlichem Recht richten, sondern dass es sich um einen Schadensersatzanspruch nach mitgliedstaatlichem Recht handelt. Noch eindeutiger scheinen insoweit die englische und französische Sprachfassung des Urteils, die jeweils darauf verweisen, dass das Recht auf Schadensersatz in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung anerkannt oder bekannt sein muss.<sup>119)</sup>

102) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 29 ff., WRP 2001, 1280 – *Courage*.

103) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

104) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 30, WRP 2001, 1280 – *Courage*. Siehe auch EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 94 – Manfredi.

105) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31, WRP 2001, 1280 – *Courage*. Dabei ist aus unionsrechtlicher Perspektive belanglos, auf welche Weise die Mitgliedstaaten in derartigen Konstellationen Schadensersatzansprüche versagen. Siehe dazu Teil 2, IV. 2. a).

106) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 78 – Manfredi; EuGH, 28.03.2019 – C-637/17, EU:C:2019:263, WRP 2019, 720, 723, Rn. 47 f. – *Cogeco Communications/Sport TV Portugal* u.a.

107) Nicht nur nach dem deutschen Verständnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht. Vgl. auch *GAin Kokott*, 17.01.2019 – C-637/17, EU:C:2019:32, Rn. 63 – *Cogeco* zum portugiesischen Verjährungsrecht.

108) Siehe dazu die sprachliche Entwicklung von EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 20, WRP 2001, 1280 – *Courage*, wonach die Bestimmung der „zuständigen Gerichte“ und die Regelung der „Verfahrensmodalitäten für Klagen“ Sache des mitgliedstaatlichen Rechts ist, über die Abweichung in EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 62 – Manfredi, die sich auf die „Ausgestaltung von Rechtsbehelfsverfahren“ bezieht und EuGH, 05.06.2014 – C-557/12, EU:C:2014:1317, WRP 2014, 829, 830, Rn. 24 f. – *Kone* u.a./ÖBB-Infrastruktur, das dem nationalen Recht die „Regelung der Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts“ und die „Vorschriften über die Rechtsbehelfe“ zuordnet.

109) EuGH, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1006 f., Rn. 27 – *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions* u.a.

110) Oben III. 4. a) bb).

111) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 30, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

112) EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

113) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 78 f. – Manfredi; EuGH, 28.03.2019 – C-637/17, EU:C:2019:263, WRP 2019, 720, 723, Rn. 45 – *Cogeco Communications/Sport TV Portugal* u.a.

114) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 92, 98 – Manfredi.

115) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 92 f. – Manfredi. Beachte nunmehr aber Art. 3 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie, wonach der vollständige Ersatz des Kartellschadens nicht zu einer Überkompensation führen darf, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt. Dazu auch *Heinze*, ZEuP 2020, 281, 288 f.

116) EuGH, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 97 – Manfredi.

117) Erwägungsgrund 11 Kartellschadensersatzrichtlinie.

118) EuGH, 12.12.2019 – C-435/18, EU:C:2019:1069, WRP 2020, 179, 181, Rn. 26 – *Otis* u.a./Land Oberösterreich u.a.

119) In der englischen Sprachfassung heißt es „national legislation must recognise the right of any individual to claim compensation for loss sustained“ und ebenso auch im Französischen „les règles nationales doivent reconnaître à toute personne le droit de demander réparation du préjudice subi“.

## Hauser/Otto, Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs (Teil 1)

- 33 Es erscheint aber dennoch nicht ausgeschlossen, dass der EuGH in den nächsten Jahren einen Bestand an unionsrechtlich konturierten Tatbestandsmerkmalen entwickelt, der geeignet wäre, in ganz einfach gelagerten Fällen Schadensersatz allein auf unionsrechtlicher Grundlage zuzusprechen.<sup>120)</sup> Allenfalls könnte hierauf aber – in vager Parallele zur unmittelbaren Anwendung einer Richtlinienvorschrift, die vorschriftswidrig nicht in das nationale Recht umgesetzt wurde<sup>121)</sup> – zurückgegriffen werden, wenn das mitgliedstaatliche Recht einen solchen Anspruch nicht im Wege zulässiger Rechtsanwendung gewährleisten kann.<sup>122)</sup> Da es allerdings nur um die Gewährung von Kartellschadensersatz und damit um einen monetären Ausgleich geht, wäre eine Lösung über einen Staatshaftungsanspruch gegen den betreffenden Mitgliedstaat vorzuzugewärtigen. Der EuGH ist schließlich an primärrechtliche Grenzen seiner Rechtsprechungsgewalt gebunden. Die für eine praktische Anwendbarkeit eines unionsrechtlichen Anspruchs erforderliche Detailtiefe der Anspruchsvoraussetzungen ist das Ergebnis einer Abwägung widerstreitender Belange. Seine Ausgestaltung ist nach der Kompetenzordnung der EU Aufgabe des Sekundärgesetzgebers.<sup>123)</sup> Dem EuGH kommt als Gericht lediglich die Aufgabe zu, die Einhaltung des primärrechtlich Gebotenen zu überwachen.<sup>124)</sup> Danach ist er nur befugt, die Mindestanforderungen des Anspruchs zu formen.
- 34 Zugleich wird die Kartellschadensersatzrichtlinie nicht obsolet.<sup>125)</sup> Sie enthält die Abwägungsentscheidungen des Sekundärgesetzgebers. Die Richtlinie übernimmt den vom EuGH vorgegebenen Rahmen,<sup>126)</sup> der die primärrechtlichen Vorgaben abbildet. Die Richtlinie geht von einem „durch den AEUV garantierten Recht (...) auf Schadensersatz“ aus.<sup>127)</sup> Dieses kann nach dem Vorstehenden nur so verstanden werden, dass die Art. 101, 102 AEUV zur Gewährleistung ihrer „vollen Wirkung“ Anforderungen an das nationale Recht stellen, die die Richtlinie wieder aufnimmt. Es handelt sich dabei gerade nicht um einen unionsrechtlichen Anspruch. Anderenfalls bedürfte es keiner Richtlinie, die ihrem Wesen nach (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV) Anforderungen an das nationale Recht stellt. Auch daher kann die Anspruchsgrundlage nur dem nationalen Recht entnommen werden.<sup>128)</sup> Die Richtlinie will schließlich der Weiterentwicklung des unionsrechtlichen Besitzstandes nicht vorgeifen.<sup>129)</sup> Dies kann nur so verstanden werden, dass der Sekundärgesetzgeber die letztverbindliche Auslegung des Primärrechts dem EuGH überlässt. Ohnehin ermächtigt Art. 103 AEUV, worauf die Richtlinie neben Art. 114 AEUV gestützt wurde, nicht zu Änderungen der Art. 101, 102 AEUV.<sup>130)</sup> Einer richterrechtlichen Entwicklung eines unionsrechtlichen Anspruchs durch den EuGH dürfte die Kartellschadensersatzrichtlinie hingegen entgegenstehen.

## 5. Ergebnis: Unionsrechtliche Prägung als Mindestgehalt

- 35 Da die praktische Wirksamkeit der Art. 101, 102 AEUV einen Kartellschadensersatzanspruch erfordert, stellt das Primärrecht zugleich inhaltliche Anforderungen an diesen.<sup>131)</sup> Dies erfolgt

wie gesehen zum Teil über unionsrechtlich konturierte Tatbestandsmerkmale, zum Teil über Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes an das nationale materielle Recht. Aus der Summe dieser unionsrechtlichen Vorgaben entsteht ein Mindestgehalt eines Kartellschadensersatzanspruchs, den das nationale Recht gewährleisten muss.<sup>132)</sup> Ergänzt wird der Effektivitätsgrundsatz vom unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz. Wenn das nationale Recht, gleich ob Verfahrens- oder materielles Recht für innerstaatliche Sachverhalte über den unionsrechtlichen Mindestgehalt hinausgeht, gebietet dieser, dass dieser Gehalt auch für unionsrechtliche Sachverhalte gewährleistet wird.

Die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale hat der EuGH aus dem Unionsrecht hergeleitet und teils konturiert (dazu III. 4. a). Hinter diesem Standard dürfen die mitgliedstaatlichen Schadensersatzansprüche nicht zurückbleiben. Anspruchsverpflichtet müssen daher zumindest die Unternehmen im Sinne der Art. 101, 102 AEUV sein.<sup>133)</sup> Dem mitgliedstaatlichen Recht steht es aber frei, den Kreis der Verpflichteten weiter zu ziehen. Dies geschieht etwa im deutschen Recht durch §§ 830, 840 BGB für Teilnehmer an der deliktischen Handlung. Denkbar wäre auch die Haftungsausweitung auf Gesellschafter der Rechtsträger der wirtschaftlichen Einheit oder eine Konzernhaftung, die über die wirtschaftliche Einheit hinausreicht (sog. kartellrechtliche Konzernhaftung), etwa weil sie Rechtsträger erfasst, die auf einem anderen Markt tätig sind und damit nicht derselben wirtschaftlichen Einheit angehören.<sup>134)</sup>

Fest steht auch, dass der Vermögensschaden sowie der entgangene Gewinn ersatzfähig sein müssen und auch ein Zinsanspruch zu gewähren ist (siehe unter III. 4. a) bb)). Das mitgliedstaatliche Recht dürfte wiederum weiter gehen und muss dies nach dem unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz auch, sofern es für nationale Sachverhalte weitergehende Ansprüche vorsehen sollte.<sup>135)</sup>

Während der EuGH die anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV i. V. m. dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV herleitet, unterliegen die anspruchsbeschränkenden Merkmale sowie die prozessuale Schadensberechnung den schwächeren Anforderungen des unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. Für die anspruchsbeschränkenden Merkmale gibt der Effektivitätsgrundsatz ein Höchstmaß mitgliedstaatlicher Anspruchsbeschränkung vor. Unionsrechtlich zulässig ist danach – jeweils in den Grenzen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes – die Anspruchsversagung für Kartell-täter, die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung tragen<sup>136)</sup> sowie ein schadensrechtliches Bereicherungsverbot.<sup>137)</sup> Hingegen ist eine kurze, am Tag der Kartellverwirklichung beginnende Verjährungsfrist, die zudem nicht unterbrochen werden kann, unionsrechtlich unzulässig.<sup>138)</sup>

## Anm. der Redaktion:

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

120) Vgl. auch *Otto*, ZWeR 2019, 354, 374, wo noch missverständlich von einem „unionsrechtlichen Anspruch“ die Rede ist (siehe dazu die Anm. in Fn. 71).

121) Siehe hierzu nur *EuGH*, 04.12.1974 – 41/74, EU:C:1974:133, Rn. 12 – *van Duyn*; *EuGH*, 19.01.1982 – 8/81, EU:C:1982:7, Rn. 25 – *Becker*; *EuGH*, 20.09.1988 – 190/87, EU:C:1988:424, Rn. 24 – *Moormann*.

122) Vgl. *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 30), Art. 4 EUV Rn. 119.

123) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373.

124) Vgl. *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373 f.

125) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373 f.

126) Erwägungsgrund 12 Kartellschadensersatzrichtlinie.

127) Erwägungsgrund 11 Kartellschadensersatzrichtlinie.

128) *Kerstin*, WuW 2019, 290, 293.

129) Erwägungsgrund 12 Kartellschadensersatzrichtlinie.

130) Siehe nur *Ritter/Wirtz*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 103 AEUV Rn. 2; *Sturhahn*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Fn. 19), Art. 103 AEUV Rn. 4.

131) Vgl. *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373 und die Anm. in Fn. 71.

132) *Otto*, ZWeR 2019, 354, 373 f. (s. Anm. in Fn. 71). Vgl. auch *Heinze*, ZEuP 2020, 281, 286; *ders.*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht (Fn. 19), S. 151 ff.; *Kerstin*, WuW 2019, 290, 292 f.

133) *EuGH*, 14.03.2019 – C-724/17, EU:C:2019:204, WRP 2019, 1004, 1007, Rn. 28 ff. – *Skanska Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions u.a.*

134) Dazu näher *Kerstin/Otto*, Die Marktbezogenheit der wirtschaftlichen Einheit (noch unveröffentlicht).

135) *EuGH*, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 93 – *Manfredi*.

136) *EuGH*, 20.09.2001 – C-453/99, EU:C:2001:465, Rn. 31, WRP 2001, 1280 – *Courage*.

137) *EuGH*, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 94 – *Manfredi*.

138) *EuGH*, 13.07.2006 – C-295/04 bis C-298/04, EU:C:2006:461, Rn. 78 f. – *Manfredi*. Vgl. auch *EuGH*, 28.03.2019 – C-637/17, EU:C:2019:263, WRP 2019, 720, 723, Rn. 47 f. – *Cogeco Communications/Sport TV Portugal u.a.*