Skanska C-724/17 – Konzernhaftung für Kartellschadenersatz – EU-Recht verdrängt nationales Zivilrecht

Das Vorlageverfahren zu *Skanska*¹ widmet sich der lange erwarteten höchstgerichtlichen Klärung der in der M&A Praxis bedeutenden Frage, ob auf Erwerber von kartellbeteiligten Unternehmen mit Übernahme von deren Aktiva und Passiva sowie Fortsetzung ihrer Geschäftstätigkeit neben der Haftung für Kartellbußgelder auch jene für Kartellschadenersatzansprüche übergeht. In diesem Zusammenhang stellt der EuGH erstmals über den Anlassfall *Skanska* hinaus klar, dass sich die Passivlegitimation von Kartellschadenersatzansprüchen unmittelbar aus dem Kartellverbotstatbestand des Art 101 AEUV, namentlich aus dem unionsautonom auszulegenden Unternehmensbegriff ergibt. Innerhalb der Kartellrechtsdurchsetzung kommt dem Begriff „Unternehmen“ sowohl bei Bußgeld- als auch bei Schadenersatzverfahren einheitliche Bedeutung zu.

<https://doi.org/10.33196/oezk201903009701>

Deskriptoren: Konzernhaftung, funktionaler Unternehmensbegriff, wirtschaftliche Einheit, unionsautonome Auslegung, private enforcement, public enforcement, Kartellschadenersatz, Erwerberhaftung, Konzernhaftung, persönliche Verantwortlichkeit, wirtschaftliche Kontinuität, Passivlegitimation, haftungsbegründende Bedingung, Effektivitätsgrundsatz, volle Wirksamkeit, Durchgriffshaftung, Ausnahme vom Trennungsprinzip, Abschreckungswirkung.

Normen: Art 101 AEUV; Art 267 AEUV; RL 2014/104/EU; VO 01/2003 der Europäischen Kommission.

EuGH 14.03.2019, C-724/17, „Skanska Industrial Solutions ua“

Von Isabelle Innerhofer / Sebastian Hinterdorfer

I. Zusammenfassung des Verfahrens

1.1 Sachverhalt

Dem Vorlageverfahren ging ein Rechtsstreit über Schadenersatzansprüche der finnischen Stadt Vantaa gegen „Skanska Industrial Solutions Oy“, „NCC Industry Oy“ und „Asfaltmix Oy“ als Erwerber der am finnischen Asphaltkartell (1994-2002) beteiligten Unternehmen voraus. Letztere hatten in unterschiedlichen Erwerbsvorgängen bzw Umstrukturierungen in den Jahren 2000 bis 2002 jeweils sämtliche Aktien der ursprünglich am finnischen Asphaltkartell beteiligten sie-

ben Unternehmen erworben und sich zum Teil auch selbst am Kartell beteiligt. In der Folge endete zwar die Rechtspersönlichkeit der erworbenen kartellbeteiligten Gesellschaften entweder durch freiwillige Liquidation oder Verschmelzung, deren Geschäftstätigkeit aber wurde durch die Erwerber fortgesetzt.

1.2 Nationales Verfahren

In Anwendung des in der EuGH Rsp entwickelten Grundsatzes der „wirtschaftlichen Kontinuität“ verhängte bereits der finnische Verwaltungsgerichtshof („Korkein hallinto-oikeus“) gegen die Erwerber als Rechtsnachfolger der Kartellanten sowie auch zum Teil wegen ihres eigenen Verhaltens Bußgelder wegen Verstoßes gegen nationales Kartellrecht sowie Art 81 EG (nunmehr: Art 101 AEUV).² Auf Basis der Bußgeldverhängung begehrte die finnische Stadt Vantaa gegenüber den Erwerbern gesamtschuldnerisch gerichtlich Schadenersatz für kartellbedingte Zusatzkosten bei Asphaltierungsarbeiten. Von den Erwerbern wurde eine Verantwortlichkeit für kartellrechtswidriges Verhalten erworbener Unternehmen unter Berufung auf das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip abgelehnt.

Das Erstgericht bejahte eine schadenersatzrechtliche Haftung der Erwerber unter Hinweis auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz. Ohne eine solche Haftung wäre es für jemanden, der durch einen Verstoß erworbener und aufgelöster Unternehmen gegen das Wettbewerbsrecht der EU einen Schaden erlitt, nach finnischem Schadenersatz- und Gesellschaftsrecht praktisch unmöglich oder übermäßig schwer, Schadenersatz zu erlangen. Um dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz gerecht zu werden, sei der bei Bußgeldern gel-

¹ EuGH 14.3.2019, C-724/17, *Skanska Industrials ua*.

² EuGH *Skanska* Rn 10 und der Schlussanträge („SA“) des Generalanwalts („GA“) Wahl vom 06.02.2019, C-724/17 Rn 11.

tende Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität beim Unternehmenserwerb analog auch bei der Gewährung von Kartellschadenersatz anzuwenden.³

In zweiter Instanz wurden die Ansprüche der Stadt Vantaa allerdings abgewiesen. Wesentliche Regelungen des finnischen Schadenersatzrechts (Anm: va gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip) dürften nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht in Frage gestellt werden. Das Konzept der wirtschaftlichen Kontinuität solle nur auf die Verhängung von Kartellgeldbußen und nicht auf Schadenersatzklagen Anwendung finden.⁴

Im weiteren Verfahren stellte der finnische Oberste Gerichtshof („Korkein oikeus“) fest, dass es im finnischen Recht keine Vorschriften über die Verantwortlichkeit von Erwerbfern für kartellrechtswidriges Verhalten erworbener Gesellschaften gebe.⁵ Finnisches Recht sehe nur eine Haftung des verursachenden Rechtssubjektes vor. Bei juristischen Personen bestehe eine weitergehende Verantwortlichkeit nur im Rahmen einer Konzernstruktur und eine zivilrechtliche Haftung für Tochtergesellschaften nur bei Beziehungen zwischen den Gesellschaften oder bei einer Kontrolle durch einen Aktionär auf unlautere Weise.

1.3 Vorabentscheidungsersuchen

Wegen bestehender Zweifel, ob sich der Kreis der Ersatzpflichtigen direkt aus Art 101 AEUV oder aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten unter Beachtung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes ergibt, legte der finnische Oberste Gerichtshof gem Art 267 AEUV dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. *Bestimmt sich die Frage, wer auf Ersatz eines durch ein Verhalten, das gegen Art 101 AEUV verstößt, verursachten Schadens haftet, durch direkte Anwendung dieses Artikels oder anhand nationaler Regeln?*
2. *Sofern die Ersatzpflichtigen direkt anhand von Art 101 AEUV bestimmt werden: Haften auf Ersatz diejenigen, die unter den in dieser Vorschrift genannten Begriff „Unternehmen“ fallen? Finden auf die Bestimmung der Schadenersatzpflichtigen dieselben Grundsätze Anwendung, die der Gerichtshof in Bußgeldsachen zur Bestimmung der dort Haftenden angewandt hat und nach denen eine Haftung insbesondere auf der Zugehörigkeit zur selben wirtschaftlichen Gesamtheit oder auf einer wirtschaftlichen Kontinuität beruhen kann?*

³ EuGH *Skanska* Rn 12.

⁴ EuGH *Skanska* Rn 13.

3. *Sofern sich die Schadenersatzpflichtigen anhand der nationalen Regeln des Mitgliedstaats bestimmen: Verstößt eine nationale Regelung, wonach eine Gesellschaft, die nach Erwerb sämtlicher Aktien einer an einem gegen Art 101 AEUV verstoßenden Kartell beteiligten Gesellschaft die fragliche Gesellschaft beendet und deren Geschäftstätigkeit fortgesetzt hat, nicht für den Ersatz des Schadens haftet, der durch ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der beendeten Gesellschaft verursacht wurde, obwohl die Erlangung einer Entschädigung von der beendeten Gesellschaft praktisch unmöglich oder übermäßig schwer wäre, gegen das Effektivitätserfordernis des Unionsrechts? Steht das Effektivitätserfordernis einer Auslegung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegen, wonach als Voraussetzung für eine Schadenshaftung verlangt wird, dass eine Unternehmensumwandlung der beschriebenen Art gesetzeswidrig oder künstlich zum Zweck der Umgehung der wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzpflicht oder ansonsten in unlauterer Weise erfolgt sein muss oder zumindest dass die Gesellschaft bei Durchführung der Unternehmensumwandlung Kenntnis von dem Wettbewerbsverstoß gehabt hat oder hätte haben müssen?*

II. Gegenständliche Entscheidung C-724/17

2.1 Tenor

Nach Ansicht des EuGH ergibt sich der Kreis der Ersatzpflichtigen im Kartellschadenersatz unmittelbar aus dem unionsautonom auszulegenden „Unternehmen“ als Normadressat des Art 101 AEUV. Voraussetzung für eine solche Haftung ist gem EuGH das Vorliegen von „wirtschaftlicher Kontinuität“, welche insbesondere gegeben ist, wenn (i) alle Unternehmensanteile erworben wurden, (ii) die Gesellschaften in der Folge aufgelöst wurden und (iii) deren Geschäftstätigkeit fortgesetzt wurde.

2.2 Rechtliche Würdigung durch den Gerichtshof

Die ersten beiden Vorlagefragen, die eine über den Anlassfall hinausgehende abstrakte Auslegung von Art 101 AEUV betrafen, wurden durch den EuGH bejaht. Die dritte konkret auf den Anlassfall bezogene Frage beantwortete der EuGH wegen Bejahung der ersten beiden Fragen nicht mehr. Zu den Vorlagefragen über die Aus-

⁵ EuGH *Skanska* Rn 15.

legung des Art 101 AEUV äußerte sich der Gerichtshof im Detail, wie folgt:

a) Unmittelbare Wirkung Art 101 und 102 AEUV

Zu Beginn wiederholt der EuGH die stRsp zum Kartellschadenersatz unter Bezug auf die *Kone* Entscheidung⁶: Der EuGH ruft dabei in Erinnerung, dass die Art 101 und 102 AEUV zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung entfalten und in deren Person unmittelbar Rechte entstehen lassen, welche nationale Gerichte zu wahren haben. In seiner Entscheidung wiederholt der EuGH auch explizit seine „Jedermann“-Formel, wonach die volle Wirksamkeit des Art 101 AEUV beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch ein gegen Art 101 AEUV verstoßendes Verhalten entstanden ist. Jedermann steht danach Ersatz zu, wenn zwischen Schaden und kartellrechtswidrigem Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht. In Ermangelung einschlägiger Unionsregelungen bestimmen sich die weiteren Modalitäten zur Ausübung des Schadenersatzrechts nach dem nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates, wobei der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind.⁷

b) Gleichklang der Passivlegitimation zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung

In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen („SA“) des GA *Nils Wahl* stellt der EuGH ohne Umschweife fest, dass der Kreis der Ersatzpflichtigen des bei einem Verstoß gegen Art 101 AEUV entstandenen Schadens unmittelbar durch das Unionsrecht bestimmt wird.⁸ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Bestimmung: Adressat der Verbotsbestimmung des Art 101 AEUV ist das „Unternehmen“ als „wirtschaftliche Einheit“.⁹ Danach haften „Unternehmen“ im Sinne des Art 101 AEUV, die als „wirtschaftliche Einheit“ gegen diese Vorschriften verstoßen haben, auch für den Schaden, der durch einen Verstoß verursacht wurde.¹⁰

⁶ Vgl EuGH 05.06.2014, C-557/12, *Kone* ua Rn 21 ff.

⁷ EuGH *Skanska* Rn 24 ff.

⁸ EuGH *Skanska* Rn 28 mit dem Hinweis auf SA des GA *Wahl* Rn 60-62.

⁹ EuGH *Skanska* Rn 29 mit dem Hinweis auf EuGH 27.04.2017, C-516/15 P, *Akzo Nobel* ua Rn 46; vgl weiters EuGH 11.09.2007, C-280/06, *ETI* ua Rn 38 und EuGH 18.12.2014, C-434/13 P, *Parker Hannifin* Rn 39.

¹⁰ EuGH *Skanska* Rn 28 ff.

¹¹ Richtlinie 2014/104/EU („Schadenersatzrichtlinie“) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem

c) Kein Widerspruch zur Schadenersatzrichtlinie 2014/104/EU

Im Vorbringen der Europäischen Kommission („Kommission“) wird auf einen möglichen Widerspruch zu Art 11 Abs 1 RL 2014/104/EU¹¹ hingewiesen, in welchem festgelegt ist, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, gesamtschuldnerisch für den verursachten Schaden haften. Laut EuGH steht dies nicht im Widerspruch zu einer unmittelbaren Bestimmung der Ersatzpflichtigen aus dem Unionsrecht, denn diese Vorschrift regelt nicht die Ersatzpflichtigen selbst, sondern lediglich die Aufteilung der Haftung zwischen diesen.¹² Vielmehr bestätigen die genannte Vorschrift und auch Art 1 Schadenersatzrichtlinie, die sich ebenfalls auf „Unternehmen“ beziehen, dass der unionsrechtliche Unternehmensbegriff für den Kreis der Ersatzpflichtigen maßgebend ist.¹³ Überdies hält der EuGH fest, dass die Schadenersatzrichtlinie auf den Sachverhalt des Ausgangsfalls in zeitlicher Hinsicht nicht anzuwenden ist.¹⁴

d) Begriff des „Unternehmens“ als autonomer Begriff des Unionsrechts

Sodann führt der EuGH aus, dass unter den autonomen Unionsbegriff „Unternehmen“ nach stRsp jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und Finanzierung fällt. Entscheidendes Kriterium sei das Vorliegen einer einheitlich am Markt auftretenden „wirtschaftlichen Einheit“. Eine solche liege auch vor, wenn das Unternehmen aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehe.¹⁵

e) Haftung für fremdes Verhalten bei Umstrukturierungen/ Erwerbsvorgängen – Kriterium der „wirtschaftlichen Kontinuität“

Umstrukturierungen eines Unternehmens oder Erwerbsvorgänge, bei denen eine rechtliche oder organi-

Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der europäischen Union, ABI L 2014/349, 1 ff.

¹² EuGH *Skanska* Rn 33 f; vgl dazu *Kersting*, Konzernhaftung im Kartellrecht, GesRZ 2015, 383; anderer Ansicht *Hauser*, Der Ersatzpflichtige im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität, WuW 03/2019, 125.

¹³ EuGH *Skanska* Rn 35.

¹⁴ EuGH *Skanska* Rn 34.

¹⁵ EuGH *Skanska* Rn 36 f; vgl dazu EuGH, 11.12.2007, C-280/06, *ETI* ua Rn 38 mwN; EuGH 27.04.2017, C-516/15 P, *Akzo Nobel* Rn 48 mwN.

satorische Änderung der gegen das Kartellrecht verstößenden Einheit erfolgt, haben nach stRsp des EuGH nicht zwingend zur Folge, dass ein neues von der Haftung befreites Unternehmen (iSd „wirtschaftlichen Einheit“) entsteht, insbesondere nicht, wenn das „neue“ Unternehmen wirtschaftlich identisch mit den Vorgängern ist.¹⁶ Dies verstöße auch nicht gegen den Grundsatz persönlicher Verantwortlichkeit, denn nach Beendigung der erworbenen Gesellschaft geht mit der Übernahme aller Aktiva und Passiva auch die Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht auf den Erwerber über.¹⁷

f) Fokus auf Durchsetzungskraft und Abschreckungswirkung unionsrechtlicher Wettbewerbsregeln

Für die Effizienz der Umsetzung der Wettbewerbsregeln der EU erweist es sich nach Ansicht des EuGH als erforderlich, dass dem Erwerber kartellrechtswidriges Verhalten erworbener Unternehmen zugerechnet wird, wenn diese (i) nicht mehr bestehen und (ii) der Erwerber als Rechtsnachfolger die Aktiva und Passiva, damit insbesondere auch die Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht, übernommen hat.¹⁸ Dies gelte nicht nur eingeschränkt auf die Verhängung von Bußgeldern, sondern auch für die Schadenersatzpflicht. Kartellschadenersatzklagen bilden neben Kartellgeldbußen einen integralen Bestandteil der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts.¹⁹ Der EuGH erteilt dadurch auch etwaigen Umgehungskonstruktionen zur Haftungsvermeidung von Kartellanten eine eindeutige Absage. Wenn Unternehmen durch Änderung ihrer Identität in der Form von Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstigen Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art der Haftung entgehen könnten, wäre die volle Wirksamkeit des aus Art 101 AEUV abgeleiteten Schadenersatzanspruches nicht garantiert und die Durchsetzungskraft und Abschreckungswirkung der Wettbewerbsregeln der Union geschmälert.²⁰ In der Folge stellt der EuGH klar, dass die Bedeutung des Begriffs „Unternehmen“ in Art 101 AEUV bei Kartellschaden-

ersatzansprüchen identisch mit der in Geldbußenverfahren nach der VO 1/2003²¹ ist.²²

g) Antrag auf zeitliche Begrenzung der Wirkung des Urteils

Einen Antrag auf Beschränkung der zeitlichen Wirkung dieses Urteils auf Rechtsverhältnisse nach Urteilsfällung aufgrund Unvorhersehbarkeit des Auslegungsergebnisses, den eines der in Anspruch genommenen Unternehmen stellte, wies der EuGH ab. Verfahren über die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechtes gem Art 267 AEUV betreffen immer die Klärung der Tragweite und des Anwendungsbereichs von Unionsbestimmungen seit ihrem Inkrafttreten. Gerichte haben die Vorschrift in der vom EuGH festgestellten Auslegung und Anwendungsbereich auch auf vor Fällung des Urteils entstandene Rechtsverhältnisse anzuwenden. Nur in Ausnahmefällen, namentlich bei Eingehen der betroffenen Rechtsverhältnisse in gutem Glauben und bei Gefahr schwerwiegender Störungen, kann die Rechtswirkung zeitlich beschränkt werden.²³ Zum Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls wurde kein Vorbringen erstattet, weswegen der Antrag vom EuGH ohne weitere Auseinandersetzung abgewiesen wurde.²⁴

2.3 Schlussanträge des GA Wahl

Den am 6.2.2019 veröffentlichten SA des GA Wahl ist der EuGH im Wesentlichen gefolgt.²⁵ In den SA wird ausführlich erläutert, welche Kriterien des Schadenersatzanspruches unmittelbar aus Art 101 AEUV abzuleiten sind und welche Sache des nationalen Rechts unter Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes sind.²⁶ GA Wahl hob besonders hervor, dass es sich bei den Ersatzpflichtigen um eine haftungsbegründende Bedingung des Unionsrechtes handelt.²⁷ Sodann setzt sich GA Wahl eingehend mit den Unterschieden zwischen der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht und einer Prüfung nach nationalem Recht anhand des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes auseinander. Nach Ansicht von GA Wahl wird die klas-

sische Äquivalenz- und Effektivitätsprüfung nur im Zusammenhang mit der „Bestimmung der Einzelheiten für die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz“ vor den nationalen Gerichten angewendet.²⁸ Die Bestimmung des Kreises der Ersatzpflichtigen sei weder Frage der konkreten Anwendung eines Schadenersatzanspruches noch eine Durchsetzungsmodalität, sondern sei unmittelbar der eigentlichen Existenz des Schadenersatzanspruches zuzuordnen. Die Existenz eines solchen Anspruchs auf Grundlage von Art 101 AEUV setzt schlichtweg voraus, dass sowohl eine rechtliche Verpflichtung existiert, die verletzt worden ist, als auch dass eine Person für diese Verletzung haftbar gemacht werden kann.²⁹ Ebenso qualifiziert GA Wahl unter Verweis auf die SA von GA Kokott in *Kone*³⁰ den „ursächlichen Zusammenhang“ als eine der anderen haftungsbegründenden Bedingungen eines Schadenersatzanspruches und bedauert, dass der Gerichtshof in der Rs *Kone* davon abgesehen hat, sich dieser Argumentation anzuschließen.³¹

III. Würdigung

Im Folgenden sollen Auswirkungen von *Skanska*, insbesondere die Anwendung der in der EU-Rsp zu Kartellgeldbußen entwickelten Grundsätzen zur Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten, untersucht werden. Dazu werden zunächst die Grundsätze der EU-Rsp zu Kartellgeldbußen unter den Punkten 3.1–3.3 kurz umrissen. Abschließend werden im Fazit unter Punkt 3.4 (mögliche) Auswirkungen von *Skanska* auf das System der Kartellrechtsdurchsetzung, vor allem auf *follow on*-Klagen, besprochen und ein Ausblick auf zukünftige Entwicklungen gegeben.

3.1 Überblick der Haftungsgrundsätze für fremdes Verhalten in der EU-Bußgeldrechtsprechung

Adressat des in Art 101 und 102 AEUV verankerten unionsrechtlichen Kartellverbots ist das Unternehmen als „wirtschaftliche Einheit“. Die wirtschaftliche Ein-

heit ist im Unionsrecht das wettbewerbsrechtlich verantwortliche Subjekt, womit die wirtschaftliche Einheit konsequenterweise auch nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für ihre Kartellverstöße einzustehen hat. Eine Kenntnis oder Kennenmüssen der leitenden Einheit vom kartellrechtswidrigen Verhalten einer Teileinheit ist für eine Verantwortlichkeit innerhalb der wirtschaftlichen Einheit nicht notwendig.³² Obwohl es hier streng genommen nicht um die Zurechnung fremder Handlungen geht, zumal verschiedene Unternehmen einer wirtschaftlichen Einheit im EU-Recht als einheitliches wirtschaftliches Subjekt angesehen werden,³³ wird diese Kategorisierung, die sich in der Praxis für solche Fallgruppen etabliert hat, in der gegenständlichen Abhandlung beibehalten. Aus der EU-Rsp zur Bußgeldhaftung (VO 01/2003) lassen sich fünf wesentliche Fallgruppen der Haftung für fremdes Verhalten bilden: a) die klassische Konzernhaftung, b) die Haftung für Gemeinschaftsunternehmen, c) die Haftung für Handelsvertreter und d) die Haftung für Dienstleister sowie e) die Haftung des Erwerbers bei Unternehmensnachfolge/Umstrukturierung bei Vorliegen „wirtschaftlicher Kontinuität“.

a) Konzernhaftung aufgrund wirtschaftlicher Einheit

Seit dem Grundsatzurteil in der Rs *Akzo Nobel*³⁴ bilden nach st EU-Rsp zu kartellrechtlichen Geldbußen Mutter- und Tochtergesellschaften im Konzern idR eine wirtschaftliche Einheit.³⁵ Grundsätzlicher Ansatzpunkt dieses Konzepts ist die mangelnde Möglichkeit einer (Teil-)Einheit, ihr Marktverhalten autonom zu bestimmen.³⁶ Voraussetzungen für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit im Konzernverbund sind ein bestimmender Einfluss der Muttergesellschaft, die Möglichkeit den bestimmenden Einfluss auszuüben und die tatsächliche Ausübung.³⁷ Verdeutlicht wird die wirtschaftliche Einheit innerhalb eines Konzerns im Wettbewerbsrecht auch durch das Konzernprivileg.³⁸ Insofern wird die einheitliche Verantwortlichkeit im Konzern als andere Seite der Medaille des Konzernprivilegs gesehen.³⁹

16 EuGH *Skanska* Rn 38 und die dort zitierten E; vgl weiters *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 72.
17 EuGH *Skanska* Rn 39 f; vgl dazu EuGH 5.12.2013, C-448/11 P, *SNIA/Kommission* Rn 23; ausführlich zur Rechtsnatur der Haftung *Kerstin*, Konzernhaftung im Kartellrecht, GesRZ 2015, 377 ff.
18 EuGH *Skanska* Rn 39 f.
19 EuGH *Skanska* Rn 45 mit dem Hinweis auf SA des GA Wahl Rn 80.
20 EuGH *Skanska* Rn 43 ff mit dem Hinweis auf EuGH 11.09.2007, C-280/06, *ETI ua* Rn 41 mwN; vgl weiters EuGH 05.06.2014, C-557/12, *Kone* Rn 23 mwN.
21 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1 ff.

22 EuGH *Skanska* Rn 47; vgl dazu auch *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 30.
23 EuGH *Skanska* Rn 53 ff mwN.
24 EuGH *Skanska* Rn 58.
25 Vgl EuGH *Skanska* Rn 28; vgl dazu die kritische Auseinandersetzung mit den Schlussanträgen in *Hauser*, Der Ersatzpflichtige im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität, WuW 03/2019, 123 ff.
26 SA des GA Wahl Rn 34 ff; analog dazu bereits SA der GA Kokott vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone* Rn 21 ff.
27 SA des GA Wahl Rn 60 und 66.

28 SA des GA Wahl Rn 40.

29 SA des GA Wahl Rn 61.

30 SA des GA Wahl Rn 42; SA der GA Kokott vom 30.01.2014, C-557/12, *Kone ua* Rn 31 ff.

31 SA des GA Wahl Rn 42 und 66.

32 Vgl *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 48 f.

33 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 36.

34 EuGH 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel ua/Kommission*.

35 ZB EuGH 20.1.2011, C-90/09 P, *General Química SA ua*; EuGH 8.5.2013, C-508/11 P, *ENI*; EuGH 11.7.2013, C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoort Portielje*; EuGH 26.11.2013, C-50/12 P, *Kendrion*; vgl weiters *Sura*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 23 VO 1/2003 Rz 10 mwN.

36 Vgl dazu *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 43 mwN.

37 Vgl dazu auch *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 43 ff mwN.

38 Danach erfüllen Wettbewerbsabsprachen innerhalb eines Konzerns nicht den Tatbestand des Art 101 AEUV; vgl dazu *Steiner*, Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, ÖZK 2013, 83 ff; *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 65 ff.

39 Siehe dazu *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 34 und 65 mwN; aA *Koppensteiner*, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Unternehmensverbund, wbl 2019, 8.

Bezüglich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit trifft die Kommission bzw die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich die Nachweispflicht. Bei 100% Kapitalbeteiligung bzw auch bei 100% Stimmrechten verbunden mit hoher Kapitalbeteiligung (über 90%)⁴⁰ gilt allerdings eine Vermutung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit.⁴¹ Wettbewerbsbehörden haben sicherzustellen, dass diese Vermutung bei stichhaltigen Beweisen auch tatsächlich widerlegt werden kann.⁴²

Greift diese Vermutung nicht, sind sämtliche wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Verbindungen zur Muttergesellschaft im Einzelfall zu prüfen.⁴³ Als Faktoren zur Bewertung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit wurden unter anderem die Befugnis zur Vorstandernennung, Einberufungsrecht zur Hauptversammlung, Vorschlagsrecht zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern, Erhalt monatlicher Berichte und Aktualisierungen, Preispolitik, Herstellungs- und Vertriebsaktivität, Verkaufsziele, cash flow, Lagerbestände und Marketing herangezogen.⁴⁴ Dabei ist eine Gesamtbeurteilung aller für das Mutter-Tochter Verhältnis relevanten Umstände vorzunehmen.⁴⁵ Je höher die Beteiligung ist, desto weniger zusätzliche Verbindungen werden für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit verlangt.⁴⁶ Auch mittelbare Beteiligungen einer Muttergesellschaft können bei ausreichender Einflussnahmemöglichkeit eine „wirtschaftliche Einheit“ begründen.⁴⁷ Bereits aus früheren E des EuGH geht hervor, dass die anteilhabende Gesellschaft nicht selber wirtschaftlich tätig sein muss, womit auch reine Holdinggesellschaften als bestimmender Teil der wirtschaftlichen Einheit gelten und entsprechend haften können.⁴⁸

b) Verantwortlichkeit für Gemeinschaftsunternehmen

In ebenfalls stRsp wendet der EuGH das Konzept der wirtschaftlichen Einheit auch auf gemeinsam beherrschte Gemeinschaftsunternehmen („GU“) an. Leitender Einfluss und damit eine wirtschaftliche Einheit besteht unabhängig der konkreten Beteiligungsverhältnisse,

wenn sich die Muttergesellschaften hinsichtlich des GU absprechen müssen und nicht allein handeln können. Auch bei VollfunktionsGU ist das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit nicht ausgeschlossen.⁴⁹

c) Haftung für Handelsvertreter

Eine wirtschaftliche Einheit wird in der EU-Rsp zu Kartellgeldbußen auch zwischen einem Unternehmen als Geschäftsherr und Handelsvertreter angenommen, wenn der Handelsvertreter kein eigenes wirtschaftliches Risiko trägt und Ausschließlichkeitscharakter vorliegt.⁵⁰ Liegt eine wirtschaftliche Einheit vor, ist der Geschäftsherr für seinen Handelsvertreter als Hilfsorgan auch für Verstöße gegen EU-Wettbewerbsbestimmungen verantwortlich. Eine Kenntnis des Geschäftsherrn vom kartellrechtswidrigen Verhalten des Handelsvertreters ist innerhalb der wirtschaftlichen Einheit naturgemäß nicht notwendig.⁵¹ Aus der Rs *Voestalpine* lässt sich allgemein ableiten, dass der Geschäftsherr nur für Wettbewerbsverstöße seines Handelsvertreters haftet, die dieser im Rahmen des sachlichen und geografischen Auftragsgegenstands des Handelsvertretervertrags begangen hat und nicht darüber hinaus.⁵² Für die Bußgeldbemessung ist somit gem Rs *Voestalpine* nur der Gesamtumsatz des im Handelsvertretungsvertrag festgelegten Markts heranzuziehen, der den Tätigkeitsbereich des (zuwiderhandelnden) Handelsvertreters umfasst.

d) Haftung für Dienstleister

Auch für kartellrechtswidriges Verhalten eines selbständigen Dienstleisters, insbesondere Berater, besteht bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit eine Bußgeldhaftung des Auftraggebers.⁵³ Wirtschaftliche Einheit zwischen Auftraggeber und Dienstleister liegt innerhalb dieser Fallgruppe vor, wenn der Dienstleister tatsächlich unter Kontrolle/Leitung des Unternehmens steht. Daneben besteht eine davon unabhängige Verantwortlichkeit bei Mittäterschaft des Auftraggebers, nämlich wenn die-

ser Kenntnis vom Fehlverhalten und den wettbewerbswidrigen Zielen hat, selbst dazu beitragen will oder das wettbewerbswidrige Verhalten vernünftigerweise vorhersehen kann und diese Gefahr in Kauf nimmt.⁵⁴

e) Haftung bei Unternehmens- und Rechtsnachfolge

Wie gleichfalls in der EuGH-Rsp etabliert, werden zur Ermittlung des Bußgeldverantwortlichen und va zur Bußgeldhöhe bei einer Unternehmensnachfolge einerseits der Grundsatz der „persönlichen Verantwortlichkeit“ und andererseits der Grundsatz der „wirtschaftlichen Kontinuität“ als Zuordnungsregeln herangezogen.⁵⁵ Nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit wird die durch einen Kartellrechtsverstoß begründete Bußgeldhaftung einer wirtschaftlichen Einheit durch Umstrukturierungen und Änderungen der Rechtsform nicht berührt. Umstrukturierungen und Übertragungen von Unternehmen innerhalb eines Konzerns sind damit bei Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit unbeachtlich.⁵⁶ In welchen Fällen eine Zuordnung der Bußgeldhaftung an einen Rechtsnachfolger erfolgen kann, der nicht selber Urheber des Kartellrechtsverstoßes war, also Teil der wirtschaftlichen Einheit zum Zeitpunkt des Kartellverstoßes war, bestimmt der Grundsatz der wirtschaftlichen Kontinuität.⁵⁷ In der Praxis liegt wirtschaftliche Kontinuität in zwei Fallkonstellationen vor, nämlich (i) die verursachende Einheit existiert nach Übernahme wirtschaftlich/rechtlich nicht mehr⁵⁸ oder (ii) bei Eingliederung eines konzernfremden Unternehmens in einen Konzern unter Fortbestehen als Teilunternehmen im Konzernverbund.⁵⁹

(i) Beendigung des übernommenen Unternehmens

Die erste Fallkonstellation begründet eine Zuordnung der Bußgeldhaftung nach Beendigung der zuwiderhandelnden Einheit an das erwerbende Unternehmen aufgrund wirtschaftlicher Kontinuität. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn Aktiva und Passiva übernommen sowie die Geschäftstätigkeit des erworbenen kartellbetei-

ligten Unternehmens fortgesetzt wurden. Die Haftung des Erwerbers für Kartellrechtsverstöße vor Übernahme des Unternehmens wird damit gerechtfertigt, dass das endete kartellbeteiligte Unternehmen im Wesentlichen wirtschaftlich identisch im Rechtsnachfolger (Erwerber) fortbesteht, also „wirtschaftliche Kontinuität“ vorliegt, sowie dass ansonsten die volle Wirksamkeit der Kartellrechtsdurchsetzung nicht gewährleistet wäre.⁶⁰

(ii) Fortbestehen des übernommenen Unternehmens(-teils)

In der zweiten Fallgruppe, also bei Eingliederung und Fortbestand des erworbenen Unternehmens, bleibt die persönliche Verantwortlichkeit des verursachenden Unternehmens wegen dessen Fortbestehens aufrecht. Den erwerbenden Konzern trifft eine Verantwortlichkeit für kartellrechtswidriges Verhalten erst ab Begründung der wirtschaftlichen Einheit, also ab dem Erwerb.⁶¹ Setzt eine erwerbende Gesellschaft das kartellrechtswidrige Verhalten fort bzw bei Wiederholungstäterschaft, wird in der Spruchpraxis rückwirkend das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit fingiert und der Erwerber haftet neben dem Kartellanten für den gesamten Kartellzeitraum unmittelbar.⁶²

3.2 Zeitpunkt des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit zur Bestimmung des relevanten Umsatzes

Kartellgeldbußen sind bekanntlich jeweils nach dem Gesamtumsatz der wirtschaftlichen Einheit zu bestimmen.⁶³ Nach stRsp des EuGH sind Änderungen in der wirtschaftlichen Einheit, die nach dem Kartellverstoß erfolgen, bis zum Verhängungszeitpunkt des Bußgeldes bei der Bestimmung des relevanten Umsatzes zu berücksichtigen.⁶⁴ Bei Erwerb während des Tatzeitraumes ist der Umsatz des Erwerbers erst ab dem Erwerbszeitpunkt hinzuzurechnen. Der relevante Umsatz ist dabei getrennt in zwei Perioden, nämlich einer Periode vor Erwerb (Umsatz des beteiligten Rechtsträgers) und nach Erwerb (Umsatz der wirtschaftlichen Einheit), zu ermitteln.⁶⁵

40 Vgl EuG 12.7.2018, T-419/14, *Goldman Sachs Group* Rn 47 ff.
41 Vgl dazu EuGH 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel* Rn 60 ff; vgl dazu *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 45 ff mwN.
42 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 47 mwN; vgl zur quasi Unmöglichkeit der Widerlegung der Vermutung *Kersting*, Konzernhaftung im Kartellrecht, GesRZ 2015, 379 ff mwN.
43 EuGH 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel* Rn 74; EuGH 29.9.2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine* Rn 58; *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 38 und 43 ff mwN.
44 Vgl EuGH 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel* Rn 64; EuG 12.7.2018, T-419/14, *Goldman Sachs Group* Rn 143.
45 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 44 mwN.

46 Vgl EuGH 29.9.2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine* Rn 54 ff; *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 45 ff.
47 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 46 mwN.
48 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 46 und 49 mwN.
49 Vgl hierzu *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 53 ff mwN.
50 Vgl bereits EuGH 16.12.1975, C-40/73 ua, *Suiker Unie* Rn 478 ff; *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 43.
51 Vgl dazu EuG 15.7.2015, T-418/10, *Voestalpine* Rn 174 f.
52 So EuG 15.7.2015, T-418/10, *Voestalpine* Rn 463 ff.
53 Vgl EuGH 21.7.2016, C-542/14, *VM Remonts* Rn 25 ff.

54 EuGH 21.7.2016, C-542/14, *VM Remonts* Rn 33.
55 So *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 70 mwN.
56 Siehe oben zu den Kriterien des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit.
57 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 71; weiters *Herrmann*, in Münchener Kommentar Kartellrecht Bd I² Einl Rz 1006.
58 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 72 mwN.
59 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 73 mwN.
60 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 72; weiters *Sura*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 23 VO 1/2003 Rz 12 mwN.

61 *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 73; zur Aufteilung der Haftung *Sura*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 23 VO 1/2003 Rz 11; vgl zum Erwerb von Portfoliogesellschaften EuG 12.7.2018, T-419/14, *Goldman Sachs Group*.
62 Vgl EuGH 11.12.2007, C-280/06, *ETI* Rn 51; *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³, Art 101 AEUV Rz 74.
63 *Sura*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 23 VO 01/2003 Rz 36.
64 Vgl dazu *Hengst*, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 74.
65 Siehe EuGH 4.9.2014, C-408/12 P, *YKK* Rn 61-68.

3.3 Notwendigkeit eines konkreten Zustellungsadressaten

Neben der Ermittlung der wirtschaftlichen Einheit muss für die Zwecke der Zustellung einer Maßnahme eine konkrete natürliche/juristische Person als Zugriffsobjekt benannt werden. Dies ist notwendig, damit ein gem Art 299 Abs 1 AEUV auf mitgliedstaatlicher Ebene vollstreckbarer Titel geschaffen werden kann.⁶⁶ Der Kreis der Bußgeldadressaten bestimmt sich durch Auslegung des Unternehmensbegriffs. Grundsätzlich besteht innerhalb der wirtschaftlichen Einheit eine gesamtschuldnerische Haftung. In der Praxis werden Bußgeldentscheidungen neben der Tätergesellschaft meist auch direkt gegen die lenkende Zwischen-/Muttergesellschaft gerichtet.⁶⁷

3.4 Fazit & Ausblick

a) Unionsunmittelbare Bestimmung aller haftungsbegründenden Bedingungen?

Mit *Skanska* weicht der EuGH zum Teil von seiner bisherigen Rsp-Linie ab. Die Passivlegitimation für Kartellschadenersatz ergibt sich durch den Verbotsadressaten, dh durch den unionsautonom auszulegenden Begriff „Unternehmen“, unmittelbar aus Art 101 AEUV. Bereits GA Julia Kokott vertrat in den SA zu *Kone* zwar die Auffassung, dass sich das „Ob“ und damit die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches wegen eines Kartellrechtsverstößes unmittelbar aus Art 101 AEUV ergeben.⁶⁸ In *Kone* beurteilte der EuGH – entgegen den Ausführungen in den SA – einen kategorischen Haftungsausschluss bei fehlendem unmittelbarem Kausalzusammenhang durch nationales Recht noch am Maßstab des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes, wonach nationales Recht die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechtes der EU sicherstellen muss.⁶⁹ Überraschend ist nun, dass sich der EuGH in *Skanska* über den konkreten Sachverhalt des Anfallfalles hinaus, generell und abstrakt zur Passivlegitimation bei Ansprüchen nach Art 101 AEUV äußerte und seine Rsp-Linie zum Kartellschadenersatz nicht konsequent fortzusetzen scheint, dass die Bestimmung der Ersatzpflichtigen dem nationalen Recht unter Be-

rücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes obliegt.⁷⁰

Skanska führt nun möglicherweise zu Rechtsunsicherheit, ob sich zum einen alle haftungsbegründenden Bedingungen direkt aus dem Unionsrecht ergeben und zum anderen auch welche Bedingungen als haftungsbegründend zu qualifizieren sind. Der EuGH hat dies – im Gegensatz zu den Ausführungen in den SA des GA Wahl, der nur die Einzelheiten für die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz dem nationalen Schadenersatzrecht überlassen möchte – bedauerlicherweise nicht klar ausgesprochen. Hinzu kommt, dass durch *Skanska* innerhalb der Haftungsvoraussetzungen für Kartellschadenersatzansprüche nun quasi zweierlei Klassen geschaffen werden, nämlich einerseits (i) unionsunmittelbar bestimmte haftungsbegründende Bedingungen sowie andererseits (ii) durch nationales Recht bestimmte Durchsetzungsmodalitäten bzw Ausgestaltung des Schadenersatzanspruches.⁷¹ Zur Einordnung und Abgrenzung wird es wohl weiterer Klarstellungen durch den EuGH bedürfen.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der EuGH bisher noch nicht über die Wirkungen der Schadenersatzrichtlinie RL 2014/10/EU auf nationale Rechtsordnungen abgesprochen hat. Insofern besteht auch hier eine noch nicht abzuschätzende Möglichkeit einer tiefgreifenderen unionsrechtlichen Prägung des Kartellschadenersatzrechtes.

b) Einheitlicher Unternehmensbegriff in der Kartellrechtsdurchsetzung

Im Ergebnis überzeugt die Klarstellung des EuGH, dass dem unionsautonomen Unternehmensbegriff im Bußgeldverfahren (*public enforcement*) und Kartellschadenersatzverfahren (*private enforcement*), also innerhalb des Systems der Kartelldurchsetzung, für eine volle Wirksamkeit nur eine einheitliche Bedeutung zukommen kann.⁷² Die Eindeutigkeit der Aussage des EuGH in *Skanska* lässt wohl wenig Zweifel daran, dass die Grundsätze aus der EU-Rsp zur Bußgeldhaftung zur Gänze übertragbar sind,⁷³ obwohl es für Kartellschadenersatzansprüche – im Unterschied zur VO 01/2003 für die Bußgelddurchsetzung⁷⁴ – kein unionsrechtliches Regelwerk gibt, das die Haftungsvoraussetzungen bzw das Verfahren näher bestimmt.⁷⁵

66 Hengst, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 68 f mwN

67 Vgl Hengst, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 101 AEUV Rz 62 ff mwN; vgl weiters Sura, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd II¹³ Art 23 VO 01/2003 Rz 10.

68 SA der GA Kokott vom 30.1.2014, C-557/12, *Kone* Rz 21 ff.

69 Vgl EuGH 5.6.2014, C-557/12, *Kone* Rz 32 f und 37.

70 Vgl dazu Hauser, Der Ersatzpflichtige im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität, WuW 03/2019, 125 ff.

71 Vgl SA des GA Wahl Rz 60 ff.

72 EuGH *Skanska* Rz 47; dabei wird explizit auf Art 23 Abs 2 VO 01/2003 Bezug genommen.

73 Das gilt wohl für alle Fallkategorien der Haftung für fremdes Verhalten; siehe dazu Punkt 3.1.

74 Vgl Art 23 Abs 2 VO 01/2003.

75 Vgl Art 23 VO 01/2003.

c) Auswirkungen auf die mitgliedstaatliche Kartellrechtsdurchsetzung

Weitgehend unklar ist die Implementierung von *Skanska* in die mitgliedstaatliche Rechtsdurchsetzung und Rechtsordnungen. Insbesondere im österreichischen und deutschen Schadenersatzrecht ist erhebliches Umdenken notwendig, sind diese beiden Rechtsordnungen doch stark durch die Grundsätze der persönlichen Verantwortlichkeit sowie des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips geprägt. Bereits die Konzernhaftung für Kartellgeldbußen wurde erst spät unter heftiger Kritik anerkannt.⁷⁶ Umso mehr wird nun die Ausweitung auf Schadenersatzansprüche auf Widerstand stoßen. Die Leitsätze von *Skanska* fanden schon in ersten Entscheidungen nationaler Gerichte Anwendung.⁷⁷

d) Erweiterung der Haftung durch *Skanska*?

Mit der grundsätzlichen Anwendbarkeit der in der kartellrechtlichen Bußgeld-Rsp entwickelten Grundsätze geht eine nicht zu unterschätzende Ausweitung der schadenersatzrechtlichen Verantwortung einher. Spezielles Augenmerk muss bei der Due Diligence vor einem Unternehmenskauf nun auch dem Wettbewerbsverhal-

ten der zu erwerbenden Gesellschaft (bzw des Unternehmensbereichs) zukommen.

Der *Skanska* zugrunde liegende Sachverhalt bezog sich zwar nur auf einen 100% Aktienerwerb und nachträglicher Verschmelzung, aber aus der oben angeführten Spruchpraxis zu Kartellgeldbußen geht deutlich hervor, dass auch für *share deals* mit geringerer Anteilsbeteiligung sowie für *asset deals* gleichlautende Entscheidungen wohl wahrscheinlich sind und damit erhöhte Vorsicht geboten ist. Ein starkes Indiz dafür ist etwa die Betonung von GA Wahl in *Skanska*, dass die Haftung zwecks Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes der Union an Vermögenswerte und nicht an die Rechtspersönlichkeit anknüpft.⁷⁸ In solchen Fällen droht demnach zumindest eine Teilverantwortlichkeit für *asset deals*, sofern erworbene assets einen Bezug zu den wettbewerbswidrigen Absprachen aufweisen.

Vertragliche Mitwirkungspflichten des erworbenen Unternehmens und *joint defense agreements*⁷⁹ zwischen den Parteien könnten in der Praxis daher zum Fixbestandteil jeder Transaktion werden, um Erwerbern vor etwaiger Inanspruchnahme bestmöglichen Schutz zu bieten. Daneben sollte überlegt werden, etwaige aus Kartellrechtsverletzungen bevorstehende Inanspruchnahmen im Kaufpreis – zumindest für die Dauer der einschlägigen Verjährungsfristen – zu berücksichtigen.

Schlussbemerkungen

Insgesamt trägt *Skanska* zur klägerfreundlicheren Gestaltung des unionsrechtlichen *private enforcement*-Systems bei. Möglichkeiten zur Haftungsentziehung durch Umstrukturierungen werden dadurch eingedämmt und zudem *forum shopping* innerhalb der EU Einhalt geboten.⁸⁰ Kartellgeschädigten steht mit der Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit auch ein größerer Haftungsfond zur Verfügung. Weiters wurde da-

mit klargestellt, dass dem Unternehmensbegriff innerhalb des Gesamtsystems der Kartellrechtsdurchsetzung nach Art 101 und 102 AEUV, also *public* und *private enforcement*, eine einheitliche Begriffsbedeutung zukommt. *Skanska* lässt jedoch noch viele Fragen der Durchsetzung von EU-Kartellrechtschadenersatz offen und die weitere höchstgerichtliche Jud darf schon mit Spannung erwartet werden.

76 Zu Ö siehe die Leitentscheidung des OGH als KOG 8.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k; siehe dazu Diem/Schicho/Schmid/Xenides, Geldbuße verzehnfacht: KOG bestätigt Unzulässigkeit und Schädlichkeit vertikaler Preisabsprachen und signalisiert höhere Geldbußen, ÖZK 2015, 220 ff; vgl weiters Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht⁴ 240; zur Rechtslage in D siehe Hauser, Der Ersatzpflichtige im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität, WuW 03/2019, 129; vgl dazu auch kritische Betrachtung der Ausdehnung der Bußgeldrechtsprechung auf das Kartellschadenersatzrecht Koppensteiner, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Unternehmensverbund, wbl 2019, 1 ff; kritisch gegenüber 9. GWB Novelle Mäger/von Schreitter, Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik, NZKart 2017 264 ff; idS auch zur Würstliche: Tönnies

zahlt wegen Umstrukturierung keine Bußgelder, WuW 12/2016, 610; ausführlich zur 9. GWB Novelle Raum, in *Langen/Bunte*, Kartellrecht Kommentar Bd I¹³ § 81 GWB Rz 162 ff.

77 Vgl zB Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Valencia 25.04.2019, 344/2018, *Fiat Chrysler Automobiles and CNH Industrial*.

78 SA des GA Wahl Rz 80.

79 Hierbei handelt es sich um Vereinbarungen der Vertragsparteien, im Streitfalle rechtliche Interessen gemeinsam vor Gericht zu vertreten. Umfasst ist in der Regel der Austausch von vertraulichen Informationen, ohne dass anwaltliche Verschwiegenheitspflichten aufgehoben werden müssen.

80 Ähnlich Hauser, Der Ersatzpflichtige im Kartelldeliktsrecht: Anwendung des Grundsatzes wirtschaftlicher Kontinuität, WuW 03/2019, 128.