öffentlichten Inserats (als Gemeinschaftswerbung des Auftraggebers und des Medienunternehmens) haftet. Diese Entscheidungskette ist allerdings im Anlassfall nicht einschlägig, weil sich in Würdigung des maßgebenden Sachverhalts ergibt, dass die Ankündigung unlauteren Inhalts allein auf Veranlassung der Zweit- und der DrittBekl nur im Printmedium der DrittBekl erfolgt ist, ohne dass also auch eine Veröffentlichung im Printmedium der ErstBekl stattgefunden hätte.

Es wäre deshalb verfehlt, eine lauterkeitsrechtliche Mitverantwortung der ErstBekl allein daraus ableiten zu wollen, dass dieses Unternehmen nach dem Erscheinungsbild der beanstandeten Werbung (auch) als deren Nutznießer in Frage kommt.

Praxistipp:

Mit der Behauptung einer Spitzenstellung bringt der Werbende gleichzeitig zum Ausdruck, dass die (nicht namentlich genannten) Mitbewerber diese nicht besitzen. Diese Werbeform kann, wenn sie nach § 2 oder § 2a Abs 1 UWG (als vergleichende Werbung) irreführend und daher unzulässig ist, unter mehrere Punkte des § 2 Abs 1 UWG fallen, je nachdem, ob sich die Inanspruchnahme der Spitzenstellung auf ein **Unternehmen als solches** oder auf **einzelne Produkte** bezieht; allenfalls ist auch § 2 Abs 3 Z 1 UWG betroffen. Bezieht sie sich – wie hier – auf ein einzelnes Produkt, ist § 2 Abs 1 Z 2 UWG anzuwenden („die wesentlichen Merkmale des Produkts, wie [...] Vorteile"), bezieht sie sich auf das Unternehmen, kommt § 2 Abs 1 Z 6 UWG („die Eigenschaften des Unternehmers, seine Befähigungen") in Betracht.

Helmut Gamerith

ÖBl 2009/25

§§ 1, 2a, 18 Abs 1 Z 1, §§ 41, 42f, 142 Z 1 lit a und d KartG 1988; Art 81, 84 EGV; Art 23 VO (EG) 1/2003; § 87 Abs 2 KartG 2005

OGH als KOG 8. 10. 2008, 16 Ok 5/08 (OLG Wien als KG 25 Kt 12/07)

Aufzugskartell I

⇒ Verhängung von Geldbußen gegen das „Aufzugskartell" wegen Wettbewerbsverstößen auf dem inländischen Markt

§ 18 Abs 1 Z 1, §§ 42f, 142 Z 1 lit a und d KartG 1988; Art 81, 84 EGV; § 87 Abs 2 KartG 2005

⇒ Das Kartellgericht war befugt, Zuwiderhandeln ab dem 1. 7. 2002 gegen nationales und europäisches Wettbewerbsrecht durch Auferlegung von Geldbußen zu ahnden.

⇒ Innerhalb komplexer Organisationen zum gleichen Zweck getroffene Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen sind für ihre gesamte Dauer als einheitliche Zuwiderhandlung zu beurteilen. Die Zerlegung eines durch ein einziges wirtschaftliches Ziel gekennzeichneten kontinuierlichen Verhaltens wäre gekünstelt. Die Verantwortlichkeit mehrerer an einer einheitlichen Zuwiderhandlung beteiligter Unternehmen erstreckt sich auf die gesamte Dauer der Zuwiderhandlung und umfasst auch Verhaltensweisen anderer Kartellmitglieder, an denen das betroffene Unternehmen selbst nicht beteiligt ist, sofern sie im Rahmen des Gesamtkartells (der „Grundvereinbarung") erfolgen. Voraussetzung dafür ist, dass das Unternehmen wusste oder wissen musste, dass es sich an einem auf Wettbewerbsverfälschung abzielenden Gesamtkartell beteiligte und vom Verhalten der anderen Kartellmitglieder wusste, wissen musste oder es hätte voraussehen müssen und bereit war, das Risiko auf sich zu nehmen.

Die Bußgeldbestimmungen des KartG 1988 sind gem § 87 Abs 2 KartG 2005 auf Sachverhalte, die vor dem Inkrafttreten des KartG 2005, also vor dem 1. 1. 2006 verwirklicht worden sind, weiterhin anzuwenden.

⇒ Sind an einer Zuwiderhandlung mehrere Mittäter beteiligt, kann die Verantwortung des einzelnen Unternehmens für die Gesamtzuwiderhandlung einschließlich des Verhaltens, das von anderen Beteiligten an den Tag gelegt worden ist, aber dieselbe wettbewerbswidrige Bestimmung oder Wirkung hat, nicht schon allein deshalb ausgeschlossen sein, weil jedes Unternehmen sich auf eine ihm eigene Art und Weise an der Zuwiderhandlung beteiligt.

⇒ Die Beendigung der Beteiligung eines Unternehmens an der Durchführung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder die Einstellung eines auf die Verfälschung des Wettbewerbs abzielenden abgestimmten Verhaltens bedarf einer klaren und deutlichen Willenserklärung gegenüber den anderen Beteiligten, weil Letztere erst dadurch in die Lage versetzt werden, ihr künftiges Verhalten sowie den Umfang ihrer eigenen Verantwortlichkeit aufgrund der geänderten Umstände neu zu beurteilen.

⇒ Einer juristischen Person ist das wettbewerbswidrige Verhalten ihrer Organe und sonstigen Entscheidungsträger insoweit zuzurechnen, als diese in Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben handeln oder ihr Verhalten auf dienstlichen Weisungen beruht.

2. §§ 1, 2a, 41, 142 Z 1 lit a und d KartG 1988; Art 23 VO (EG) 1/2003

⇒ Nach dem aus den Materialien klar ersichtlichen Willen des Gesetzgebers sind bei der Anwendung des § 142 Z 1 KartG 1988 die allgemeinen Berechnungsvorschriften des § 2a KartG 1988 anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass miteinander iSd § 41 KartG 1988 verbundene Unternehmen als ein einziges Unternehmen gelten.

⇒ Die Geldbußen des österr Kartellrechts verfolgen präventive und repressive Zwecke. Nur eine angemessen hohe Geldbuße kann abschreckende Wirkung erzielen. Die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell-rechtlichen Wettbewerbsverstoß ist der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist.

⇒ Die Festsetzung einer kartellrechtlichen Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den – nicht taxativ aufgezählten – gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf der Grundlage etwa des Gesamtumsatzes; dies insb dann nicht, wenn die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht den gesamten Teil des Umsatzes ausmachen.

⇒ Die Kontrolle der Höhe einer Geldbuße im Rechtsmittelverfahren richtet sich danach, inwieweit das Kartellgericht bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind.

⇒ Der OGH ist auch im Geldbußenverfahren nur Rechtsinstanz. Der besondere Charakter von Geldbußenverfahren mit seiner Nähe zum Strafverfahren führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung dieser Frage, weil der OGH auch im Strafverfahren keine Tatsacheninstanz ist.

⇒ Bei der Bemessung der Geldbuße ist nicht bloß der auf verfälschtem Wettbewerb beruhende, sondern der gesamte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmer heranzuziehen. Der Gesetzgeber hat sich im kartellrechtlichen Verfahren ganz allgemein dafür entschieden, die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht allein nach dessen Umsatz zu beurteilen, sondern in wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Finanzkraft des Konzerns, dem das Unternehmen angehört, einzubeziehen; für das Geldbußenverfahren kann damit nichts anderes gelten. Ist das zuwiderhandelnde Unternehmen mit anderen Unternehmen in der in § 41 KartG beschriebenen Form verbunden, ist es aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung, die in der genannten Norm in typisierter Form erfasst wird, sachlich gerechtfertigt, auch bei Ausmittlung einer Geldbuße die Leistungsfähigkeit (Finanzkraft) nicht allein am Umsatz des zuwiderhandelnden Unternehmens, sondern am Umsatz der gesamten Unternehmensgruppe zu messen.

⇒ Das Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts (Art 23 VO 1/2003) ist nicht mit jenem des nationalen Rechts deckungsgleich, weshalb etwa die Leitlinien der Komm für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen in Verfahren über eine vom Kartellgericht nach nationalem Recht zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden können, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar sind.

Anmerkung:[1)]

Die vorliegende E behandelt im Wesentlichen folgende wichtige Fragen:

⇒ Sanktionsbefugnis des Kartellgerichts für Zuwiderhandlungen gem Art 81 EGV,

⇒ fortgesetzte Zuwiderhandlung iS eines Einheitstatbestands,

⇒ Zeitpunkt der Beendigung der Zuwiderhandlung,

⇒ Bemessung der Geldbuße.

Von Interesse sind hier besonders die Ausführungen des KOG zum Ausmaß der insgesamt in Höhe von € 75,4 Mio verhängten Geldbuße; dies schon deswegen, weil es sich dabei um die höchste in Österreich für Kartellverstöße jemals verhängte Geldbuße und daher um einen Rekordbetrag handelt (die höchste Geldbuße lag bisher bei € 9 Mio, s 16 Ok 4/07).

Das KOG hält hier eingangs fest, dass nach den Mat für die Bußgeldberechnung gem § 142 Z 1 KartG 1988, wonach eine Geldbuße von € 10.000,– bis € 1 Mio oder bis zu 10% der von den beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzerlöse zu verhängen ist, der Umsatz von miteinander iSd § 41 KartG 1988 (nunmehr § 7 KartG 2005) verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen ist. Sodann stellte das KOG den präventiven und repressiven Zweck von Geldbußen nach dem österr Kartellrecht in den Vordergrund. Für potentielle durch das Liftkartell geschädigte Unternehmen ist von besonderer Bedeutung, dass laut KOG die optimale Höhe der Geldbuße der durch das Kartell erlangte Gewinn zuzüglich einer Marge sei. Das KOG betont, dass die Festsetzung der Geldbuße selbst eine Ermessensentscheidung sei und nicht etwa Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf der Grundlage des Gesamtumsatzes. Zum Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts sprach das KOG (mit Verweis auf die bisherige Rsp) aus, dass es vom KG bei Verhängung einer Geldbuße nach nationalem Recht nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden könne, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar seien. Im konkreten Fall habe sich das KG zwar bei der Festsetzung der Geldbuße an der europäischen Entscheidungspraxis zum Geldbußenrecht orientiert, ohne dabei jedoch das eigenständige, inländische Sanktionensystem zu missachten und eigene Überlegungen zu vernachlässigen. Mit dieser Einschränkung hält das KOG daher die Orientierung am Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts für unbedenklich.

Eine eindeutige Absage erteilte das KOG unter Berufung auf den Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem von mehreren ASt vorgebrachten Argument, dass für die Berechnung der Bußgeldobergrenze allein auf den Umsatz des an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens und nicht auf den Gruppenumsatz gem § 7 KartG 2005 (vormals § 41 KartG 1988) verbundener Unternehmen abzustellen

1) Diese Entscheidung kann wegen ihres Umfangs nicht zur Gänze veröffentlicht werden.

sei. Die ggt Auffassung würde dazu führen, dass die Konzerne über die Kapitalausstattung ihrer Tochterunternehmen das Bußgeldrisiko frei bestimmen könnten und auf der anderen Seite den aus dem Kartell resultierenden Gewinn straflos abschöpfen könnten. Die Einbeziehung des Konzernumsatzes führe aber nicht dazu, dass die Konzerngesellschaften ebenfalls zu Adressaten der Bußgeldentscheidung würden. Verbundene Unternehmen werden daher nicht unmittelbar für den Kartellverstoß verantwortlich gemacht.

Auf europäischer Ebene stellt sich diese Frage wie folgt dar:

Die Kommission untersucht bei der Verhängung von Geldbußen zunächst, **welche wirtschaftliche Einheit für die Zuwiderhandlung gegen die EG-Wettbewerbsregeln verantwortlich** ist, ohne dass es dabei auf die Rechtspersönlichkeit des so bestimmten „Unternehmens" ankommt. In einem zweiten Schritt wird der **Adressat der Bußgeldentscheidung** bestimmt, der schon aus Zustellungs- und Vollstreckungsgründen eine Rechtspersönlichkeit aufweisen muss.[2)]

Für die **bußgeldrechtliche Erfassung von Konzernen** bieten sich sodann zwei **Begründungsansätze** an:

- ⇒ Entweder wird der übergeordneten Konzerngesellschaft das **Verhalten der Tochtergesellschaft zugerechnet**
- ⇒ **oder aber der Konzern wird als wirtschaftliche Einheit gesehen.**

Die Kommission neigt dazu, auf die zu Art 81 EGV entwickelte Lehre der **wirtschaftlichen Einheit** zurückzugreifen.[3)] Die neuere Rsp des EuGH stützt den bußgeldrechtlichen Haftungsdurchgriff jedoch stärker auf den Aspekt der **Zurechenbarkeit.**[4)] Demnach ist **nicht automatisch der Gesamtkonzern** (= die wirtschaftliche Einheit) **Täter des Kartellverstoßes,** sondern es bedarf einer Haftungszurechnung. Eine **Haftungszurechnung** findet nur dort statt, wo die unmittelbar kartellbeteiligte Gesellschaft ihr

- ⇒ **Marktverhalten nicht selbständig bestimmt,** sondern vor allem wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zu einem anderen Unternehmen im **Wesentlichen dessen Weisungen** befolgt hat",[5)] also eine Leitung oder Kontrolle der Obergesellschaft über die abhängigen Gesellschaften besteht und die Untergesellschaft(en) nicht unabhängig über ihr eigenes Verhalten im Markt befinden;[6)]
- ⇒ oder wenn die **Mutter die Geschäftspolitik ihrer Tochtergesellschaft maßgeblich beeinflussen kann und deren Kartellteilnahme kennt und billigt:**[7)]
- ⇒ bzw mehrere Gesellschaften einer Gruppe an derselben Zuwiderhandlung teilnehmen[8)] oder
- ⇒ eine Besetzung der Organe der Tochtergesellschaft mit leitenden Mitarbeitern der Muttergesellschaft vorliegt.[9)]

Ist jedoch das **Gesellschaftskapital** zu 100% im Besitz der Muttergesellschaft, besteht eine (widerlegbare) Rechtsvermutung dafür, dass die Tochtergesellschaft aufgrund von Weisungen gehandelt hat und es kommt zu einer Haftungszurechnung.[10)]

Durch die Möglichkeit, der Muttergesellschaft das Verhalten der Tochtergesellschaft zuzurechnen, soll die Kommission aber nicht daran gehindert sein, die Sanktion gegen die Tochter festzusetzen Deshalb wird ihr vom EuG ein Wahlrecht eingeräumt, die Sanktion gegen die Mutter- oder Tochtergesellschaft zu verhängen.[11)]

Insgesamt ergibt sich daher auch auf europäischer Ebene noch kein einheitliches Bild der dogmatischen Grundlage der Umsatzzusammenrechnung oder einer gemeinsamen Haftung der Konzerngesellschaften. Die Umsatzzusammenrechnung wird hier eher großzügig gehandhabt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang daher die Frage, inwiefern die Zusammenrechnungsregel nach dem Maßstab, den das KOG anlegt, auch dann greift, wenn der Konzernleitung der Nachweis gelingt, dass sie den Kartellverstoß nicht verhindern konnte. Das wird in der vorliegenden Entscheidung (auch mangels konkreten Vorbringens in diese Richtung) durch das KOG offengelassen. Dogmatisch wäre ein solcher Freibeweis wohl nur dann gerechtfertigt, wenn das (oben erwähnte) Zurechnungsmodell zur Anwendung käme, dh, wenn man davon ausgeht, dass die Umsatzzusammenrechnung eine eigene Fehlleistung der Muttergesellschaft iZm dem Kartellverstoß durch die Tochtergesellschaft voraussetzt. Die Fehlleistung könnte dann sowohl in einem Handeln (wie zB Weisung) oder aber auch in einem Unterlassen (zB mangelnde Aufsicht) liegen. Letzteres wäre uU auch schon gegeben, wenn das Mutterunternehmen es unterlassen hat, bei der Tochtergesellschaft übliche Kontroll- oder Schulungsmechanismen (zB Compliance-Training der Mitarbeiter) zu implementieren. Im Falle des Modells der wirtschaftlichen Einheit (s oben), könnte ein derartiger Freibeweis nicht gelingen, zumal man dann den Konzerntatbestand an und für sich bestreiten müsste, dh, darzulegen hätte, dass die Muttergesellschaft gar keine entsprechenden Kontrollrechte hat. Dann wäre die Zurechnung jedoch schon a priori unzulässig.

Die Handhabung dieser Fragestellung durch das KOG ist insofern wenig aussagekräftig. Insbesondere bleibt die dogmatische Grundlage noch zu klären, damit man in Zukunft auch feststellen kann, wie es um die Möglichkeit des Freibeweises steht.

Raoul Hoffer und Isabelle Innerhofer

2) *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht EG[4] Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, VO 1/2003, RN 72.
3) WuW 2007, 970–980.
4) WuW 2007, 970–980.
5) EuGH 16. 11. 2000, C-294/98 P, *Metsä-Serla,* RN 27; EuGH 48/69 *ICI/Kommission,* Slg 1972, 619 RN 132; EuGH 2. 10. 2003, C-196/99P, *Aristrain/Kommission,* RN 96.
6) Komm 27. 11. 2002, *Methylglukamin,* ABl 2004 38/18, 203.
7) EuGH 16. 11. 2000, Rs C-248/98 P, *KNP BT/Kommission,* RN 73.
8) WuW 2007, 737–746.
9) *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker,* Wettbewerbsrecht EG[4] Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, VO 1/2003 RN 84.
10) WuW 2004, 211–218 RN 231; WuW 2007, 970–980; EuGH, C-286/98 P, *Stora Kopparsbergs Bergslags AB/Kommission,* RN 29; EuGH 107/82, *AEG/Kommission,* Slg 1983, 3151 RN 50; EuGel T-65/89, *BPB Industries und British Gypsum/Kommission,* Slg 1993, II-389 RN 149 (bestätigt durch EuGH C-310/93P, Slg 1995, I-865).
11) WuW 2007, 737–746; Komm 11. 6. 2002, COMP/36.571/D-1, *Österreichische Banken („Lombard Club").*

⇒ Grundsätze des Kartellverfahrensrechts; zur Frage eines berechtigten Interesses iSd § 28 Abs 1 KartG zur möglichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche

ÖBl 2009/26

§§ 28, 36 Abs 4 Z 4, § 38 KartG 2005; §§ 9, 14, 16 AußStrG; §§ 182, 182 a, 228, 266 ZPO; Art 2, 6, 7 Abs 1 VO (EG) 1/2003; Art 81 Abs 2 EGV

OGH als KOG 8. 10. 2008, 16 Ok 8/08 (OLG Wien als KartG 25 Kt 24, 25/07)

Aufzugskartell II

§ 38 KartG 2005; §§ 9, 14, 16 AußStrG; §§ 182, 182 a, 266 ZPO; Art 2 VO (EG) 1/2003

⇒ In dem gem § 38 KartG 2005 anzuwendenden Verfahren Außerstreitsachen kommen die Anleitungs- und Belehrungspflichten nach der ZPO zur Anwendung. Zwar muss das Gericht, bevor es ein unbestimmtes, unschlüssiges oder widerspruchsvolles Begehren abweist, eine Verbesserung anregen, es ist aber nicht verpflichtet, die rechtliche Unzulässigkeit eines Klagebegehrens mit den Parteien zu erörtern und eine Klageänderung anzuregen. Auch geht die Anleitungspflicht nach § 182 ZPO nicht so weit, dass der Richter auf die Partei beratend einzuwirken hätte. Eine solche Anleitung löste die Besorgnis der Befangenheit aus und wäre als parteilich zu werten.

⇒ Gem § 14 AußStrG iVm § 182 a ZPO ist die Rechtslage mit den Parteien zu erörtern; Überraschungsentscheidungen sind verboten. § 182 a ZPO hat nichts daran geändert, dass es keiner richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf, gegen das der Prozessgegner bereits Einwendungen erhoben hat. Angesichts solcher Einwendungen hat die andere Partei ihren Prozessstandpunkt selbst zu überprüfen und die erforderlichen Konsequenzen zu ziehen. Auch die Pflicht nach § 182 a ZPO kann nicht bezwecken, das Gericht zur Erörterung eines Vorbringens zu zwingen, dessen Schwächen bereits der Prozessgegner aufgezeigt hat.

⇒ Trotz des im außerstreitigen Verfahren bestehenden Untersuchungsgrundsatzes gilt im kartellgerichtlichen Abstellungsverfahren auch der Dispositionsgrundsatz. Danach bestimmen die Parteien den Beginn und den Gegenstand des Verfahrens. Der ASt ist daher verpflichtet, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für den Antrag ausreichend und schlüssig zu behaupten. Das Gericht hat sich in solchen Fällen bei seinen notwendigen amtswegigen Erhebungen im Rahmen der Anträge der Parteien zu halten.

⇒ Das KartG enthält keine Bestimmungen über allgemeine Inhaltserfordernisse von Anträgen. Es ist daher auf § 9 AußStrG zurückzugreifen, wonach der Antrag zwar kein bestimmtes Begehren enthalten, jedoch hinreichend erkennen lassen muss, welche Entscheidung oder sonstige gerichtliche Tätigkeit angestrebt und aus welchem Sachverhalt dies abgeleitet wird. Auch wenn das AußStrG hinsichtlich der Bestimmtheit und des notwendigen Inhalts geringere Anforderungen stellt als die ZPO, ist immer ein Sachverhaltsvorbringen, aus dem sich die begehrte Entscheidung ableiten lässt, somit Schlüssigkeit des Vorbringens erforderlich. Dazu müssen Behauptungen zu den Elementen des geltend gemachten Tatbestands aufgestellt werden.

⇒ In außerstreitigen kontradiktorischen Verfahren, in denen sich die Parteien in gegenläufigen Rollen gegenüberstehen, sind ganz allgemein die Behauptungs- und Beweislastregeln, die das streitige Verfahren beherrschen, heranzuziehen. Demnach trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnorm. Auch im europäischen Wettbewerbsrecht bestimmt Art 2 VO (EG) 1/2003, dass die Beweislast für eine Zuwiderhandlung der Partei oder der Behörde obliegt, die diesen Vorwurf erhebt.

2. §§ 28, 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005; § 228 ZPO; Art 6, 7 Abs 1 VO (EG) 1/2003; Art 81 Abs 2 EGV

⇒ § 28 Abs 1 KartG 2005 stellt für die Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen auf ein berechtigtes Interesse ab, ohne dieses näher zu bestimmen. Jedenfalls soll damit offenbar die Möglichkeit, vergangene Zuwiderhandlungen zum Gegenstand von Feststellungsanträgen zu machen, im Vergleich zu nach § 28 Abs 2 KartG 2005 ohne Einschränkung zulässigen Feststellungsanträgen über andauernde Zuwiderhandlungen eingeschränkt werden. Unklar ist aber das Verhältnis dieser Regelung zum bereits Voraussetzung für die Antragslegitimation eines Unternehmers bildenden Vorliegen eines rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesses an der Entscheidung (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005).

⇒ Im Gemeinschaftsrecht wird ein berechtigtes Interesse an einer Feststellung früherer Zuwiderhandlungen angenommen, wenn wegen konkreter Wiederholungsgefahr eine Klarstellung der Rechtslage geboten erscheint oder ein Sachverhalt neue Rechtsfragen aufwirft, deren Klärung im öffentlichen Interesse liegt. Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vor nationalen Gerichten begründet nach der europäischen Praxis kein berechtigtes Interesse.

⇒ Nach der Rsp des EuGH ist es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Aufgabe des innerstaatlichen Rechts eines jeden MS, die Einzelheiten für die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts („private enforcement") zu bestimmen und insb die für solche Schadenersatzklagen zuständigen Gerichte und das dabei einzuhaltende Verfahren zu regeln. Es ist demnach auch die prozessuale Frage der gerichtlichen Zuständigkeit für ein Begehren auf Feststellung einer beendeten Zuwiderhandlung gegen EG-Kartellrecht als Vorfrage einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage mangels Bestehens einer Gemeinschaftsregelung autonom nach nationalem Recht zu beurteilen.

⇒ Zivilgerichte sind grundsätzlich dazu berufen, Vorfragen etwa auch dann selbständig zu beurteilen, wenn sie als selbständiger Entscheidungsgegenstand in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden fielen, sofern nicht Sondervorschriften die zwingende Unterbrechung des Verfahrens anord-

Der OGH hat in einer umfangreichen Entscheidung die Argumente für und gegen eine Anerkennung des berechtigten Interesses iSd § 28 Abs 1 KartG 2005 zur möglichen Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen ausführlich erörtert. Er gelangte zur Auffassung, dass ein berechtigtes Interesse iS dieser Bestimmung nicht schon in der möglichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche liege.

nen. Auch im Bereich des Wettbewerbsrechts obliegt es jedem Zivilgericht, im Anlassfall selbständig und von Amts wegen als Vorfrage zu prüfen, ob eine Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot gem Art 81 Abs 2 EGV nichtig ist, sobald im Verfahren diejenigen Tatsachen hervortreten, die den Kartellverstoß begründen.

⇒ Bei der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung des Kartellverfahrens würde die Annahme einer der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche vorgelagerten kartellgerichtlichen Feststellungsbefugnis auch für vergangenes Verhalten eine Reihe von Folgeproblemen mit sich bringen: Zunächst stünde eine derartige Möglichkeit in einem Spannungsverhältnis zum sonst allgemein akzeptierten Grundsatz der Subsidiarität von Feststellungsklagen. Für eine derartige Abweichung von allgemeinen Grundsätzen wären aber gewichtige Gründe erforderlich. Der Gesetzeswortlaut bietet dafür allerdings keinen Anhaltspunkt, sondern weist eher in die gegenteilige Richtung; während nämlich die Regelung des § 28 Abs 2 KartG für Feststellungsanträge betreffend gegenwärtiges Verhalten zumindest ihrem Wortlaut nach, abgesehen vom rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse als allgemeine Antragsvoraussetzung (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG), keine weitere Einschränkung vorsieht und daher insoweit als Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip verstanden werden kann, setzt § 28 Abs 1 KartG für die Feststellung vergangener Zuwiderhandlungen ausdrücklich ein berechtigtes Interesse voraus und erinnert damit deutlich an die Formulierung des § 228 ZPO.

⇒ Im Hinblick auf die dargelegten systematischen Erwägungen und die Folgeprobleme, die eine Verlagerung der Klärung kartellrechtlicher Vorfragen von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen in das Kartellverfahren mit sich brächte, sollte eine derartige Lösung nicht im Weg der Rechtsfortbildung durch die Rsp entwickelt, sondern im Rahmen einer Gesamtregelung des „private enforcement" von Kartellverstößen vom Gesetzgeber getroffen werden. Der Senat gelangt daher zur Auffassung, dass ein berechtigtes Interesse iSd § 28 Abs 1 KartG 2005 nicht schon in der möglichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche liegt.

Anmerkung[1]:

Diese E des KOG steht iZm der zeitgleich ergangenen BußgeldE zu 16 Ok 5/08 („Bußgeldentscheidung", s S 132 ff). Das KOG hat mit der vorliegenden E den Beschluss des KG, mit dem vorher die Anträge der ASt ab- und zurückgewiesen worden waren, vollinhaltlich bestätigt. Die Abweisung des Abstellungsantrags wurde mit dem Fehlen eines zum Entscheidungszeitpunkt noch andauernden verbotswidrigen Verhaltens der AG gem § 26 KartG begründet und die Zurückweisung des Feststellungsantrags für die Vergangenheit auf das nicht ausreichend nachgewiesene berechtigte Interesse gem § 28 Abs 1 KartG gestützt.

Ziel der ASt war es, durch ihre Anträge primär gegen die ihrer Meinung nach noch fortdauernden Zuwiderhandlungen zwischen den Mitgliedern des Liftkartells eine Abstellungsverfügung des KG zu erwirken. Konkret waren die Anträge auf die Herabsetzung der aufgrund des Preiskartells zwischen den AG gegenüber den ASt in Rechnung gestellten überhöhten aktuellen Wartungspreise gerichtet. Ihr berechtigtes Interesse an einer Feststellung für die Vergangenheit stützten die ASt in ihrem Eventualantrag maßgeblich auf die Fortwirkung der Zuwiderhandlungen wegen der mit den AG langfristig abgeschlossenen Wartungsverträge und den Umstand, dass die AG auch gegenwärtig nicht in effektiven Wettbewerb zueinander getreten seien. Hilfsweise wurden auch die Wiederholungsgefahr und die Absicht, Schadenersatzansprüche geltend zu machen angeführt. Rechtliche Grundlage war sowohl die Existenz eines Preis- und Marktaufteilungskartells als auch der Missbrauch einer (gemeinsamen) marktbeherrschenden Stellung durch die AG.

Die E ist zunächst insofern von grundlegendem Interesse, als sie erstmals auf höchstgerichtlicher Ebene die Anforderungen behandelt, die an das erst mit dem KartG 2005 in § 28 Abs 1 KartG neu eingeführte Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses" gestellt werden.[2] Ob die enge Auslegung des „berechtigten Interesses" durch das KOG dem teleologischen Zweck, Feststellungsanträge auch für die Vergangenheit zumindest grundsätzlich zu ermöglichen, entspricht, ist zumindest kritisch zu hinterfragen.

Die Antragsvoraussetzungen für IndividualASt gem § 36 Abs 4 Z 4 KartG werden zudem auch durch die Ansicht des KOG verschärft, dass sog Folgeverträge mit kartellfremden Dritten zwar in Durchführung verbotener Absprachen oder verbotener abgestimmter Verhaltensweisen zustande kommen, selbst aber nicht tatbildlich iSd Kartellverbots des § 1 KartG und daher auch nicht Gegenstand eines Abstellungsantrags gem § 26 KartG sein können. Trotz der ausdrücklich auch auf den Missbrauch einer (gemeinsamen) marktbeherrschenden Stellung gerichteten Anträge lässt das KOG hier offen, ob dieser Befund auch auf Verträge, die ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Dritten abschließt, und daher auf § 5 iZm § 26 KartG übertragbar ist. Von Relevanz ist die kartellrechtliche Einstufung solcher Folge- und Durchführungsverträge auch im Kontext des Beginns der Verfolgungsverjährung gem § 33 KartG und der Nichtigkeitssanktion gem § 1 Abs 3 KartG und Art 81 Abs 2 EGV. Der zurückhaltende Ansatz des KOG scheint hier auch in Widerspruch zum Verständnis der Durchführung von Wettbewerbsbeschränkungen gem Art 81 Abs 1 EGV zu stehen. Mit einer Abstellungsverfügung gem Art 7 VO 1/2003 kann

1) Die Entscheidung kann wegen ihres Umfangs nicht vollinhaltlich veröffentlicht werden.
2) Vgl KG 31. 8. 2007, 25 Kt 109/06, *Radiusklausel*.

nen. Auch im Bereich des Wettbewerbsrechts obliegt es jedem Zivilgericht, im Anlassfall selbständig und von Amts wegen als Vorfrage zu prüfen, ob eine Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot gem Art 81 Abs 2 EGV nichtig ist, sobald im Verfahren diejenigen Tatsachen hervortreten, die den Kartellverstoß begründen.

⇒ Bei der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung des Kartellverfahrens würde die Annahme einer der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche vorgelagerten kartellgerichtlichen Feststellungsbefugnis auch für vergangenes Verhalten eine Reihe von Folgeproblemen mit sich bringen: Zunächst stünde eine derartige Möglichkeit in einem Spannungsverhältnis zum sonst allgemein akzeptierten Grundsatz der Subsidiarität von Feststellungsklagen. Für eine derartige Abweichung von allgemeinen Grundsätzen wären aber gewichtige Gründe erforderlich. Der Gesetzeswortlaut bietet dafür allerdings keinen Anhaltspunkt, sondern weist eher in die gegenteilige Richtung; während nämlich die Regelung des § 28 Abs 2 KartG für Feststellungsanträge betreffend gegenwärtiges Verhalten zumindest ihrem Wortlaut nach, abgesehen vom rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse als allgemeine Antragsvoraussetzung (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG), keine weitere Einschränkung vorsieht und daher insoweit als Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip verstanden werden kann, setzt § 28 Abs 1 KartG für die Feststellung vergangener Zuwiderhandlungen ausdrücklich ein berechtigtes Interesse voraus und erinnert damit deutlich an die Formulierung des § 228 ZPO.

⇒ Im Hinblick auf die dargelegten systematischen Erwägungen und die Folgeprobleme, die eine Verlagerung der Klärung kartellrechtlicher Vorfragen von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen in das Kartellverfahren mit sich brächte, sollte eine derartige Lösung nicht im Weg der Rechtsfortbildung durch die Rsp entwickelt, sondern im Rahmen einer Gesamtregelung des „private enforcement" von Kartellverstößen vom Gesetzgeber getroffen werden. Der Senat gelangt daher zur Auffassung, dass ein berechtigtes Interesse iSd § 28 Abs 1 KartG 2005 nicht schon in der möglichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche liegt.

Anmerkung[1]:

Diese E des KOG steht iZm der zeitgleich ergangenen BußgeldE zu 16 Ok 5/08 („Bußgeldentscheidung", s S 132 ff). Das KOG hat mit der vorliegenden E den Beschluss des KG, mit dem vorher die Anträge der ASt ab- und zurückgewiesen worden waren, vollinhaltlich bestätigt. Die Abweisung des Abstellungsantrags wurde mit dem Fehlen eines zum Entscheidungszeitpunkt noch andauernden verbotswidrigen Verhaltens der AG gem § 26 KartG begründet und die Zurückweisung des Feststellungsantrags für die Vergangenheit auf das nicht ausreichend nachgewiesene berechtigte Interesse gem § 28 Abs 1 KartG gestützt.

Ziel der ASt war es, durch ihre Anträge primär gegen die ihrer Meinung nach noch fortdauernden Zuwiderhandlungen zwischen den Mitgliedern des Liftkartells eine Abstellungsverfügung des KG zu erwirken. Konkret waren die Anträge auf die Herabsetzung der aufgrund des Preiskartells zwischen den AG gegenüber den ASt in Rechnung gestellten überhöhten aktuellen Wartungspreise gerichtet. Ihr berechtigtes Interesse an einer Feststellung für die Vergangenheit stützten die ASt in ihrem Eventualantrag maßgeblich auf die Fortwirkung der Zuwiderhandlungen wegen der mit den AG langfristig abgeschlossenen Wartungsverträge und den Umstand, dass die AG auch gegenwärtig nicht in effektiven Wettbewerb zueinander getreten seien. Hilfsweise wurden auch die Wiederholungsgefahr und die Absicht, Schadenersatzansprüche geltend zu machen angeführt. Rechtliche Grundlage war sowohl die Existenz eines Preis- und Marktaufteilungskartells als auch der Missbrauch einer (gemeinsamen) marktbeherrschenden Stellung durch die AG.

Die E ist zunächst insofern von grundlegendem Interesse, als sie erstmals auf höchstgerichtlicher Ebene die Anforderungen behandelt, die an das erst mit dem KartG 2005 in § 28 Abs 1 KartG neu eingeführte Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses" gestellt werden.[2] Ob die enge Auslegung des „berechtigten Interesses" durch das KOG dem teleologischen Zweck, Feststellungsanträge auch für die Vergangenheit zumindest grundsätzlich zu ermöglichen, entspricht, ist zumindest kritisch zu hinterfragen.

Die Antragsvoraussetzungen für IndividualASt gem § 36 Abs 4 Z 4 KartG werden zudem auch durch die Ansicht des KOG verschärft, dass sog Folgeverträge mit kartellfremden Dritten zwar in Durchführung verbotener Absprachen oder verbotener abgestimmter Verhaltensweisen zustande kommen, selbst aber nicht tatbildlich iSd Kartellverbots des § 1 KartG und daher auch nicht Gegenstand eines Abstellungsantrags gem § 26 KartG sein können. Trotz der ausdrücklich auch auf den Missbrauch einer (gemeinsamen) marktbeherrschenden Stellung gerichteten Anträge lässt das KOG hier offen, ob dieser Befund auch auf Verträge, die ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Dritten abschließt, und daher auf § 5 iZm § 26 KartG übertragbar ist. Von Relevanz ist die kartellrechtliche Einstufung solcher Folge- und Durchführungsverträge auch im Kontext des Beginns der Verfolgungsverjährung gem § 33 KartG und der Nichtigkeitssanktion gem § 1 Abs 3 KartG und Art 81 Abs 2 EGV. Der zurückhaltende Ansatz des KOG scheint hier auch in Widerspruch zum Verständnis der Durchführung von Wettbewerbsbeschränkungen gem Art 81 Abs 1 EGV zu stehen. Mit einer Abstellungsverfügung gem Art 7 VO 1/2003 kann

1) Die Entscheidung kann wegen ihres Umfangs nicht vollinhaltlich veröffentlicht werden.
2) Vgl KG 31. 8. 2007, 25 Kt 109/06, *Radiusklausel*.

den Parteien sowohl aufgetragen werden, das rechtswidrige Verhalten zu beenden als auch Maßnahmen zu ergreifen, um noch bestehende Wirkungen der Zuwiderhandlungen zu beseitigen oder zu neutralisieren.[3]

Im Ergebnis kam das KOG zu dem Schluss, dass die ASt die Existenz aktueller Zuwiderhandlungen zum Entscheidungszeitpunkt weder ausreichend behauptet noch nachgewiesen hätten. Das Argument der ASt, dass es bei einem (nachgewiesenermaßen, s Bußgeldentscheidung) über nahezu 20 Jahre andauernden Kartell an den Kartellmitgliedern läge, iS eines **contrarius actus** die endgültige Beendigung sämtlicher Zuwiderhandlungen nachzuweisen, verwarf das KOG. Bemerkenswert ist diese Begründung deshalb, weil das KOG in der Bußgeldentscheidung iZm der Prüfung der Verfolgungsverjährung gem § 142 KartG 1988 explizit statuierte, dass ein ausdrücklicher Austritt irgendeines Unternehmens aus dem Kartell nicht festzustellen sei. Unmissverständlich äußert sich das KOG zu dieser Frage auch in folgender Passage seiner Bußgeldentscheidung: *„Im Hinblick auf die fortgesetzte lokale Koordination könne sich kein Unternehmen auf eine konkludente Auflösung des Kartells infolge Einstellung der vereinbarten Koordination berufen"*.

Besonders bedauerlich ist gleichfalls, dass das KOG die Fortwirkung der Zuwiderhandlung offenbar nicht als Kriterium für den Nachweis eines berechtigten Interesses iSd § 28 Abs 1 KartG anerkennt. Eine Begründung für diese ablehnende Haltung lässt die Entscheidung des KOG allerdings vermissen.

Den für § 28 Abs 1 KartG verbleibenden einzigen Anwendungsbereich sieht das KOG offenbar iZm Bußgeldverfahren, der Wiederholungsgefahr (wobei diese auch restriktiv gehandhabt wird) bzw der Klärung strittiger Rechtsfragen. Von diesen beiden Varianten steht den Individualantragstellern gem § 36 Abs 4 Z 4 KartG freilich nur letztere offen. Da dies erfahrungsgemäß nur auf eine eingeschränkte Anzahl von Fällen zutreffen wird, müsste man Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – sollte das KOG diese Rsp künftig fortführen – wohl tendenziell von einer Antragstellung gem § 28 Abs 1 KartG abraten.

Insgesamt hat diese E zwar einige Fragen (wenn auch im Ergebnis nicht zufriedenstellend) geklärt, wie zB die Beschränkung des § 28 Abs 1 KartG bei Individualanträgen auf Fälle der Wiederholungsgefahr und die Existenz einer wesentlichen Rechtsfrage. Zum anderen wurden dadurch aber auch andere Probleme aufgeworfen, wie zB der Umgang mit Durchführungsverträgen im Rahmen des § 26 iZm § 5 KartG. Es wäre wünschenswert, dass diese strenge Rsp in künftigen Entscheidungen relativiert wird und auch die Behandlung von Durchführungsverträgen gem § 5 KartG im Kontext eines Abstellungsantrags einer angemessenen Lösung zugeführt wird.[4]

Raoul Hoffer und Isabelle Innerhofer
(am Verfahren beteiligt)

3) *De Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht 49.
4) Siehe zum unterschiedlichen Meinungsstand *Eilmansberger*, in Münchener Kommentar I: Europäisches Wettbewerbsrecht (2007) Art 82 EG Rz 606.

⇒ Zum Begriff der „Schulöffentlichkeit"

ÖBl 2009/27

§ 56 c UrhG

OGH 23. 9. 2008, 4 Ob 131/08 f (OLG Wien 2 R 203/07 y; HG Wien 29 Cg 81/06 s)

Schulfilm

⇒ Die Frage nach der Öffentlichkeit einer Aufführung spielt bei allen Verwertungsrechten die entscheidende Rolle, weil eine Nutzung in der Privatsphäre des Nutzers grundsätzlich keine urheberrechtlichen Ansprüche auslöst. Insofern stellen die abgestuften Verwertungsrechte sicher, dass bei jedem Hinzutreten einer neuen Öffentlichkeit vom Urheber ein neues Verwertungsrecht in Anspruch genommen werden kann. Die dem Urheber durch das UrhG vorbehaltenen Verwertungsarten bilden ein Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers. Der entgeltliche Erwerb des Vervielfältigungsstücks eines Werks verschafft deshalb dem Erwerber noch nicht das Recht, dieses Werk mit dessen Hilfe öffentlich aufzuführen.

⇒ Bei der Auslegung des § 56 c Abs 1 und 2 UrhG ist nicht die allgemeine Bedeutung des Begriffs „Öffentlichkeit" im Urheberrecht maßgebend; wesentlich ist vielmehr nur der (erst) mit der erörterten Norm geschaffene Begriffsinhalt einer spezifischen „Schulöffentlichkeit", was – vor dem Hintergrund einer systematischen Interpretation – insb die Überschrift des § 56 c UrhG verdeutlicht.

⇒ Dem Gesetzgeber darf nicht unterstellt werden, er habe eine generelle Regelung für offenkundig wenige Ausnahmefälle schaffen wollen, nämlich jene, in denen Schüler von Pflichtschulklassen nicht durch eine (etwa weit überwiegend) kameradschaftliche, oft auch freundschaftliche Beziehung untereinander verbunden seien. Andernfalls müsste die klagende Verwertungsgesellschaft den bei realistischer Einschätzung der Möglichkeiten eines Beweisverfahrens nicht erbringbaren Beweis antreten, in welchen Fällen solcher Schulklassen die eine (weit überwiegend) enge persönliche Beziehung der Schüler untereinander ausklammernde Voraussetzung für eine Vergütungspflicht erfüllt wäre. Eine insoweit eingeschränkte Vergütungspflicht nach § 56 c Abs 2 UrhG wäre – wirtschaftlich betrachtet – so gut wie wertlos. Die Vergütungspflicht gem § 56 c Abs 2 UrhG kann somit nicht an die Zufälligkeit des Entstehens und der Aufrechterhaltung der zuvor erwähnten persönlichen Beziehung zwischen den Schülern von Schulklassen – beurteilt nach den Verhältnissen in jeder einzelnen Klasse – anknüpfen.

⇒ Dem Auslegungsergebnis, dass der Gesetzgeber mit der hier maßgebenden Norm einen eigenen Begriff der „Schulöffentlichkeit" schuf, stehen auch keine gemeinschaftsrechtlichen Bedenken entgegen. Die InfoRL setzt zwar einen europarechtlich einheitlichen Öffentlichkeitsbegriff voraus, diese Regelung ist jedoch nur auf Sachverhalte mit einem