

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Helmut Gamerith,
Walter Holzer

Dezember 2011

5a

241 – 296

Helmut Gamerith zum 80. Geburtstag

Laudatio

Irmgard Griss ➤ 244

Beiträge

Das Europäische Gericht erster Instanz im Aufzug

Johannes Barbist ➤ 245

Hotelfernsehen im europäischen und im nationalen Urheberrecht

Manfred Büchele ➤ 249

Montex/Diesel revisited? *Guido Donath* ➤ 254

Anmerkungen zum Geschmacksmuster *Walter Holzer* ➤ 260

Von „Erfindern“ und „Entwicklern“ *Guido Kucsko* ➤ 276

Arbeitsrechtliche Geheimhaltungspflichten im Lauterkeitsrecht

Thomas Mildner ➤ 279

Unterscheidungskraft und Freihaltebedürfnis im Firmenrecht

Wilfried Thöni ➤ 285

Smaragd[®], Federspiel[®] und Steinfeder[®].

Qualitätsmarken als Herkunftskennzeichen *Lothar Wiltschek* ➤ 292

Das Europäische Gericht erster Instanz im Aufzug

Die Relevanz der Urteile T-144/07 et al und T-138/07 für den österreichischen Kartellrechtsvollzug

Im Juli 2011 fasste das Europäische Gericht erster Instanz im Fall „Aufzugskartell“ zwei Urteile, die voraussichtlich auch den österreichischen Kartellrechtsvollzug beeinflussen werden. Der Autor versucht einen Ausblick in die Zukunft.

Von Johannes Barbist^{*)}

Inhaltsübersicht:

- A. Persönliche Bemerkungen
- B. Einleitung und Untersuchungsgegenstand
- C. Ausgewählte Themen
 - 1. Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der EK
 - 2. Grundsätzliches zu Geldbußen
 - 3. Gesamtschuldnerische Haftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen der Tochtergesellschaft

A. Persönliche Bemerkungen

Der geschätzte Leser wird sich bei diesem Thema leicht verwundert die Augen reiben – wo liegt der Bezug zum Jubilar, außer dass *Helmut Gamerith* immer wieder einmal mit Aufzügen von Schindler und ThyssenKrupp gefahren sein wird? Seine große Leidenschaft mag vielleicht das Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht sein. Er hat sich aber auch um das österr und europ Kartellrecht in Wort und Schrift verdient gemacht. In dieser seiner „Mission“ bin ich *Helmut Gamerith* im Wintersemester 1998/99 erstmals begegnet. In weiterer Folge habe ich ihn als meinen Doktorvater, Ansprechpartner bei den ÖBl und später auch bei diversen Vorträgen besser kennengelernt. In den letzten Jahren haben wir uns auch abseits der „Juristenpfade“, insbesondere im Gasthof „Wilder Mann“ in Lans getroffen. Auch dafür bin ich Dir, lieber Helmut, sehr dankbar. Ad multos annos.

B. Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Nach mehrjährigen Ermittlungen stellte die Europäische Kommission („EK“) mit Entscheidung C (2007) 512 final v 21. 2. 2007 („EK-Entscheidung“) fest, dass mehrere Gesellschaften in der Aufzüge- und Fahrtreppenbranche – darunter ThyssenKrupp und Schindler – an verschiedenen Zuwiderhandlungen gegen Art 81 Abs 1 EG (nunmehr Art 101 Abs 1 AEUV) in BENELUX und Deutschland teilgenommen hatten. Die EK verhängte hohe Geldbußen. Gegen diese EK-Entscheidung erhoben ThyssenKrupp und Schindler Nichtigkeitsklage. Diese wurden vom Europäischen Gericht erster Instanz („EuGe I“) am 13. 7. 2011 zu T-144/07 et al und T-138/07 entschieden.

Ziel des vorliegenden Beitrags ist nicht eine kritische Auseinandersetzung mit den genannten Urteilen des EuGe I selbst, sondern lediglich eine Überprüfung darauf hin, ob wichtige Aussagen des EuGe I auch für den österr Kartellrechtsvollzug nutzbar gemacht werden können.¹⁾ Dabei ist zu berücksichtigen, dass das KartG 2005 im Unterschied zum Verwaltungsverfahren vor der EK ein multiinstitutionelles Mischsystem etabliert hat, und folglich unionsrechtsspezifische Passagen der Urteile unberücksichtigt bleiben müssen, mögen sie auch noch so spannend sein.²⁾

C. Ausgewählte Themen

1. Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der EK

Im konkreten Fall stemmte sich ThyssenKrupp gegen die Zuständigkeit der EK, in der festen Überzeugung, dass das Unternehmen von den nationalen Wettbewerbsbehörden besser behandelt worden wäre.³⁾

Das EuGe I zeigte sich jedoch unbeeindruckt und hielt im Wesentlichen fest, dass die VO 2003/1 und die Bekanntmachung über die Netzzusammenarbeit keinen „Anspruch ... oder eine berechnete Erwartung“ der Unternehmen begründe, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden die in der angefochtenen Entscheidung festgestellte Zuwiderhandlung verfolgen bzw dass „eine Angelegenheit von einer bestimmten Behörde zu behandeln sei“.⁴⁾ Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die österr Wettbewerbsbehörde im Rahmen einer parallelen einzelstaatlichen Zuwiderhandlung tätig geworden sei, zumal die Untersuchungen der EK im konkreten Fall „32 Monate vor der Einleitung einer Untersuchung in Bezug auf das Kartell in Österreich eingeleitet wurden und zum Zeitpunkt der Einreichung des ersten Antrags nach der Mitteilung über Zusammenar-

^{*)} Der Autor bedankt sich bei RAA Dr. *Jakob Halder* für seine Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1) In der Folge wird primär die Entscheidung des EuGe I zu T-144/07 et al behandelt und nur dort zusätzlich auch auf die Entscheidung zu T-138/07 verwiesen, wo dies einen Mehrwert bringt.

2) Wie zB Fragen zur Begründungspflicht von Entscheidungen (RN 132 ff) oder der Verteidigungsrechte (T-144/07 et al, RN 141 ff).

3) Diese Überzeugung resultierte daraus, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden der Niederlande, von Belgien und Luxemburg eine Kronzeugenbehandlung bereits – vorläufig – zugesagt hatten (T-144/07 et al, RN 157).

4) T-144/07 et al, RN 77, 79.

ÖBl 2011/61

KartG;
WettbG;
AEUV

EuGe I
13. 7. 2011,
T-144/07 et al
(*ThyssenKrupp*);
EuGe I
13. 7. 2011,
T-138/07
(*Schindler*)

Aufzugskartell;
Geldbußen;
Mithaftung;
Grundrechte

beit von 2002 zum Kartell in Österreich bereits abgeschlossen waren und ein Entscheidungsentwurf bereits erstellt war“.⁵⁾ Auch könnten derartige Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden über den Erlass von Geldbußen die Kompetenz der EK nicht ausschließen, da diese nur vorläufiger Natur⁶⁾ und in einem nationalen Verfahren ergangen seien, während die EK jederzeit ein Verfahren einleiten und damit den nationalen Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit entziehen könne.⁷⁾

Damit macht das EuGe I deutlich, dass Zuständigkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden nur bestehen, sofern und solange die EK die Sache nicht an sich zieht. Dies bedeutet aber auch, dass allfällige Kronzeugenanträge nicht nur „national“, sondern auch bei der EK eingebracht werden sollten, um die Chance auf einen Entfall bzw eine Ermäßigung der Geldbuße zu erhöhen. Wahrlich aus heutiger Sicht eine wenig neue Erkenntnis.

2. Grundsätzliches zu Geldbußen

Nach dem österr Organisationsmodell verhängt das KG die Geldbußen, wird aber nicht von Amts wegen, sondern nur über Antrag einer Amtspartei tätig und darf hinsichtlich der Höhe der Geldbuße über den verfahrenseinleitenden Antrag der Amtspartei nicht hinausgehen. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, weshalb es im österr System keine Geldbußen-Leitlinien einer Wettbewerbsbehörde gibt: Das KG erlässt aufgrund seines Selbstverständnisses als Gericht eben keine Leitlinien, die Amtsparteien wiederum haben auf die Geldbußenhöhe keinen alleinigen Einfluss.

Folglich sind die Ausführungen des EuGe I (i) zur mangelnden Rechtsnormqualität der Geldbußen-Leitlinien der EK und (ii) zu einem Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze bei einem Abweichen der EK von diesen Leitlinien⁸⁾ auf Österreich nicht übertragbar. Sehr wohl von Interesse sind aber die Aussagen des EuGe I in Bezug auf die Bemessung der Geldbuße. Die österr Kartellgerichtsbarkeit beurteilt nämlich in stRsp die Geldbußen-Leitlinien der EK – und somit das mehrstufige Verfahren bestehend aus Grundbetrag (nach der Schwere des Verschuldens und des Verstoßes), Aufschlag (für die Dauer des Verstoßes), Abschläge (zur Berücksichtigung von Milderungsgründen) – als grundsätzlich geeignet, eine den kartellgesetzlichen Vorgaben entsprechende Geldbuße zu bemessen. Jedoch dürfen diese Leitlinien laut KOG nicht schematisch angewandt werden.⁹⁾ Da das Geldbußensystem des Unionsrechts mit jenem des KartG 2005 nicht deckungsgleich ist,¹⁰⁾ dürfen die Geldbußen-Leitlinien und die darauf beruhende Entscheidungspraxis der europäischen Kartellbehörden im kartellgerichtlichen Verfahren nach Auffassung der österr Kartellgerichte nur in jenem Umfang sinngemäß herangezogen werden, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar sind.¹¹⁾

Nachdem die Urteile des EuGe I aber noch unter Berücksichtigung der Geldbußen-Leitlinien aus 1998 ergangen sind, die österr Kartellgerichte jedoch (klarerweise) auf die jeweils aktuellen Geldbußen-Leitlinien

Bezug nehmen, wird nur auf diejenige Aussagen des EuGe I eingegangen, welche auch nach den aktuellen Geldbußen-Leitlinien aus 2006¹²⁾ zutreffen. In diesem Zusammenhang sind vor allem die einschlägigen Ausführungen zum Ermessensspielraum von besonderem Interesse:

Wenig überraschend bekräftigt das EuGe I den allgemeinen Grundsatz, dass die Geldbuße im Einzelfall trotz Existenz der Geldbußen-Leitlinien im Kern nach Ermessen festzulegen ist, wobei die Richtigkeit der Ermessensentscheidung nicht mathematisch exakt verifizierbar ist.¹³⁾ Folglich sei es auch nicht Aufgabe der nachprüfenden Instanz, eine eigenständige (Neu-)Bemessung der Geldbuße vorzunehmen. Vielmehr könne sich diese auf die Überprüfung beschränken, ob das Ermessen im Einzelfall rechtmäßig ausgeübt, sowie ob die allgemeinen Bemessungsgrundsätze (insb Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit) eingehalten und die getroffenen Differenzierungen schlüssig und objektiv nachvollziehbar begründet wurden.¹⁴⁾ Eine ähnliche Flexibilität gesteht das EuGe I der EK auch bei der Anwendung der Kronzeugenregelung und der Festlegung von Ermäßigungen zu.¹⁵⁾ Dieser weite Ermessensspielraum der EK in Geldbußenentscheidungen sei mit Art 7 EMRK vereinbar, da das Ermessen einerseits durch objektive Kriterien und Grundsätze sowie auch durch die Leitlinien der EK beschränkt sei und andererseits zudem eine absolute Höchstgrenze gelte.¹⁶⁾

Nach dem österr Organisationsmodell erfolgt die (Erst-)Bemessung und Verhängung der Geldbuße nicht durch die Amtsparteien, sondern durch das KG, welches damit insofern funktional mit der EK gleichzusetzen ist. Vor diesem Hintergrund und im Einklang mit der Rsp des KOG¹⁷⁾ sind folgende Erkenntnisse für den österr Kartellrechtsvollzug ableitbar, die mit den beschriebenen Ausführungen des EuGe I überraschend gut harmonieren:¹⁸⁾

5) Ebd., RN 84.

6) Aus diesem Grunde sah das EuGe I auch keinen Verstoß gegen (i) den Grundsatz *ne bis in idem* (T-144/07 et al, RN 156 ff), (ii) den Grundsatz des Vertrauensschutzes dahingehend, dass „Thyssen-Krupp nicht wegen der in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Zuwiderhandlung verfolgt und mit einer Sanktion belegt würde“ (aaO, RN 181) sowie (iii) die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung und der Rechtssicherheit, dass vorläufige Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden über die Kronzeugenbehandlung nicht berücksichtigt wurden (aaO, RN 183 ff).

7) T-144/07 et al, RN 85 unter Verweis auf Art 11 Abs 6 VO 2003/1.

8) T-138/07, RN 106.

9) KOG 16 Ok 5/08 ÖBI 2009, 132 (Hoffer/Innerhofer), Aufzugskartell I.

10) Das österr System kennt insb keinen „eigenständigen“ Abschreckungszuschlag (auch wenn die Abschreckungswirkung der Geldbuße im Auge zu behalten ist, 16 Ok 4/07), dafür aber in stärkerem Umfang die Bemessungskriterien der Bereicherung, des Verschuldens und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (s 16 Ok 5/08).

11) Vgl zB KOG 16 Ok 5/10 ÖBI 2011/20, 86, Druckchemikalien.

12) Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 lit a der Verordnung (EG) Nr 1/2003, ABI C 2006/210, 2.

13) T-144/07 et al, RN 192, 236.

14) T-144/07 et al, RN 254.

15) T-144/07 et al, RN 335, 350.

16) T-138/07, RN 95 ff; besonders krit zur Frage der ausreichenden Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der europ Geldbußenpraxis *Bechtold/Bosch/Schwarze*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, abrufbar unter www.gleisslutz.com (26. 9. 2011).

17) Vgl KOG 16 Ok 5/10 et al.

18) Es besteht aber keine rechtliche Pflicht zu „Harmonie“ mit europ Verfahrensrecht (s FN 36).

- Das KG kann die Entscheidung einer Amtspartei, gegen einen Unternehmer keinen Geldbußenantrag einzubringen, nicht überprüfen.
- Die Kompetenz des KG zur Geldbußenbemessung besteht zwar nur auf Grundlage eines Geldbußenantrags einer Amtspartei und ist durch die darin beantragte Geldbußenhöhe nach oben beschränkt; im Übrigen stellt die Geldbußenbemessung jedoch eine eigenständige und von den „internen“ Kalkulationen der Amtsparteien unabhängige Ermessensentscheidung dar,¹⁹⁾ welche insofern nur durch § 30 KartG 2005 vordeterminiert ist. In diesem Sinne hat das KG auch die Mitwirkung eines betroffenen Unternehmers an der Aufklärung der Rechtsverletzung (sowohl gegenüber einer Amtspartei als auch gegenüber dem KG) nach eigenem Ermessen als Milderungsgrund zu berücksichtigen.
- Das KOG hat im Rechtsmittelverfahren zu prüfen, inwieweit das KG bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung die gesetzlichen Faktoren, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind, ausreichend und nachvollziehbar berücksichtigt hat.²⁰⁾ Das KOG ist jedoch nicht gehalten, eine neuerliche Bemessung vorzunehmen und diese an die Stelle der Überlegungen des KG zu setzen.
- Im österr Kartellrecht fehlen Leitlinien oder ähnliche Vorgaben in Bezug auf die einzelnen Berechnungsschritte. Das Ermessen des KG ist daher insofern sogar weiter als jenes der EK auf europäischer Ebene. Zwar kann aus diesem Umstand allein noch keine Verletzung des Art 7 EMRK gefolgert werden, zumal Ermessen bei der Strafbemessung nicht per se grundrechtswidrig ist und sowohl die Höchstgrenze (§ 29 KartG 2005) als auch die wesentlichen Parameter für die Geldbußenbemessung (§ 30 KartG 2005) – zumindest in Grundzügen – feststehen.²¹⁾ Zweifel bleiben jedoch insb im Lichte des hohen Strafrahmens von 10% des Jahresumsatzes aller verbundenen Unternehmen.²²⁾

3. Gesamtschuldnerische Haftung der Muttergesellschaft für Zuwiderhandlungen der Tochtergesellschaft

Das EuGe I bekräftigt seine Judikaturlinie, dass iS einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht nur die einzelne Gesellschaft, sondern die gesamte – am Markt als selbständiger Akteur auftretende – *wirtschaftliche Einheit* als Unternehmen iSd Art 101 AEUV gelte und somit für Kartellrechtsverstöße verantwortlich sei. Eine wirtschaftliche Einheit könne nämlich rechtlich auch von zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet werden. Dabei obliege aber der EK der Nachweis, dass zwei Gesellschaften mit je eigener Rechtspersönlichkeit ein und dasselbe Unternehmen oder ein und dieselbe wirtschaftliche Einheit mit einheitlichem Marktverhalten bilden oder hierzu gehören.²³⁾ Dies setze nach Auffassung des EuGe I voraus, dass die Muttergesellschaft (i) in der Lage sei, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und (ii) diese Möglichkeit im konkreten Fall auch tatsächlich ausgeübt habe.²⁴⁾ Im Übrigen müsse aber der entscheidende Einfluss nicht unmittelbar in Bezug auf

den Kartellrechtsverstoß bzw die „Politik der Tochtergesellschaft in dem spezifischen Bereich“²⁵⁾ nachgewiesen werden.²⁶⁾ Damit knüpft die gesamtschuldnerische Mithaftung nach europ Kartellrecht gerade nicht an einer Beitragstäterschaft an.²⁷⁾

Das EuGe I verschärft dieses Haftungsregime unter Verweis auf frühere Rsp des EuGH, wonach die EK bei einer 100%-igen Tochtergesellschaft – widerleglich – vermuten könne, dass diese Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausgeübt habe.²⁸⁾ Demnach könne die Muttergesellschaft für die Zahlung der gegen ihre Tochtergesellschaft verhängten Geldbuße gesamtschuldnerisch zur Haftung herangezogen werden, sofern die Muttergesellschaft keine ausreichenden Beweise dafür erbringt, dass ihre Tochtergesellschaft auf dem Markt eigenständig auftritt.²⁹⁾ Wie dieser Beweis im Einzelfall aussehen könnte, bleibt aber weitgehend unklar. Nach Auffassung des EuGe I genüge es jedenfalls nicht, die mangelnde Einheit von Tochter- und Muttergesellschaft bloß zu behaupten, sondern müssten derartige Behauptungen – idealerweise schriftlich – bewiesen werden.³⁰⁾ Dieses Haftungsregime sei mit dem Grundsatz der Unschuldsvormutung (Art 6 Abs 2 EMRK) vereinbar, so das EuGe I, sofern und solange die Verteidigungsrechte gewahrt blieben. Dies setze aber voraus, dass die Muttergesellschaft Adressatin der Mitteilung der Beschwerdepunkte ist und zudem darauf hingewiesen wird, dass auch gegen sie selbst Geldbußen verhängt werden könnten. Weiters müsse ihr Gelegenheit zur Widerlegung der Haftungsvermutung gegeben werden.³¹⁾ Nur unter diesen engen Vorgaben könne eine Muttergesellschaft, im Falle der Feststellung einer Wiederholungstäterschaft für eine frühere Zuwiderhandlung sogar strafverschärfend, zur Verantwortung gezogen werden.³²⁾ →

19) KOG 16 Ok 4/07.

20) KOG 16 Ok 5/08.

21) Vgl Thienel in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK RN 12.

22) Vgl dazu die grundsätzliche Kritik von Solé (Das Verfahren vor dem Kartellgericht, RN 510 f) am Fehlen näherer Bestimmungen zu Strafbemessung, Beteiligung, Versuch, Strafnachsicht, etc, wie sie im Allgemeinen Teil des StGB vorgesehen sind.

23) Zur weiteren Frage, ob die EK alle an der wirtschaftlichen Einheit beteiligten Gesellschaften in Anspruch nehmen und darüber hinaus auch die Haftungsanteile im Innenverhältnis feststellen muss, vgl Fischer, Gesamtschuldnerische Haftung von Unternehmen für die Zahlung von Geldbußen bei Kartellverstößen: Bedeutung der GIS-Rechtsprechung des EuG für die Kartellrechtspraxis, ÖZK 2011, 99 (101 ff).

24) EuGH 25. 10. 1983, Rs 107/82, RN 52.

25) T-138/07, RN 86.

26) Ebd, RN 82.

27) Dies wird insb aus folgender Formulierung des EuGe I deutlich (T-138/07, RN 88): „Viertens ändert die Tatsache, dass Schindler Holding womöglich alles in ihrer Macht Stehende unternommen hat, um insbesondere durch den Erlass eines Code of Conduct, mit dem Verstöße der Tochtergesellschaften gegen das Wettbewerbsrecht verhindert werden sollten [...] nichts am realen Vorliegen der für sie festgestellten Zuwiderhandlung...“.

28) Zusätzliche Indizien (wie zB Nichtbestreiten des Einflusses, gemeinsame Vertretung im Verfahren vor der EK) seien hierfür nicht beizubringen (T-144/07 et al, RN 98).

29) T-144/07 et al, RN 97; T-138/07, RN 82.

30) T-144/07 et al, RN 125 und 152; T-138/07, RN 90.

31) T-144/07 et al, RN 111 ff.

32) T-144/07 et al, RN 310 ff; da die Erhöhung des Grundbetrags der gegen Thyssen Krupp Gesellschaften verhängten Geldbußen um 50% wegen Wiederholungstäterschaft nicht gerechtfertigt war, wurde der Endbetrag der Geldbußen im konkreten Fall erheblich reduziert.

Dieses Haftungsregime gründet auf dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit im europäischen Kartellgeldbußenrecht und wird in den gegenständlichen Urteilen des EuGe I im Einklang mit der jüngeren Rsp des EuGH³³⁾ aus dem Unternehmensbegriff³⁴⁾ heraus entwickelt.³⁵⁾ Es stellt sich daher die spannende Frage, ob diese Rsp auch auf den österr Kartellrechtsvollzug übertragen werden kann bzw in Bezug auf die mittelbare Vollziehung des europäischen Kartellverbots sogar muss.³⁶⁾

Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 29 KartG 2005. Demnach kann das KG „gegen einen Unternehmer oder eine Unternehmensvereinigung, der oder die vorsätzlich“ gegen das KartG 2005 verstoßen hat, Geldbußen verhängen. Die Strafnorm übernimmt damit nach ihrem Wortlaut den Unternehmerbegriff, wie er auch den materiellen Normen des KartG 2005 zugrunde liegt. Dabei wird in Rsp und Lehre – angelehnt an die europäische Rechtslage – ein funktionaler Unternehmensbegriff vertreten.³⁷⁾

Über das unionsrechtlich geprägte Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ könnte damit auch für das österr Recht eine Zurechnung des Verstoßes auf eine andere Konzerngesellschaft (insb Muttergesellschaft) argumentiert und dabei das KG zitiert werden: „... dass

sie mit ihrer Konzernmutter ein einziges Unternehmen bildeten“.³⁸⁾ Dem Einwand, dass das Schuldprinzip einer Zurechnung fremden Verhaltens entgegensteht, wäre damit – zumindest auf den ersten Blick – die Schlagkraft genommen.

Die österr Kartellgerichte mussten sich bislang noch nicht mit der Frage der Mithaftung der Muttergesellschaft für Kartellrechtsverstöße einer 100%-igen Tochtergesellschaft beschäftigen, weshalb einzelne Aussagen des KOG nicht – „locker lässig“ – als Nachweis für eigene Standpunkte herangezogen werden sollten. Die – vermeintlich – einschlägigen Aussagen, dass „Tochterunternehmen [...] auch bei wirtschaftlicher Abhängigkeit von der Muttergesellschaft im Wirtschaftsverkehr nach außen als selbständige Akteure“ auftreten und „jedem Unternehmen eigenes kartellrechtswidriges Verhalten“ zuzurechnen sei,³⁹⁾ ergingen jeweils in einem anderen Kontext und sind daher nicht einfach auf die vorliegende Frage übertragbar. Auch der Rechtssatz des KOG, dass das strafrechtliche Schuldprinzip durch Hinzurechnung der Umsätze der Muttergesellschaft bei der Geldbußenbemessung deswegen nicht verletzt werde, da „das zuwiderhandelnde Unternehmen alleiniger Adressat der Bußgeldentscheidung“ sei,⁴⁰⁾ ist kein überzeugender Beleg dafür, dass der Adressatenkreis einer Geldbußenentscheidung im Lichte des strafrechtlichen Schuldprinzips in keinem Fall auf unbeteiligte Konzerngesellschaften erstreckt werden darf.

Auch wenn damit eindeutige Aussagen der österr Kartellgerichte bislang fehlen, sprechen doch verfassungsrechtliche Überlegungen, insb Art 6 f EMRK, gegen eine Erstreckung der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit auf unbeteiligte Konzerngesellschaften: Das Verschuldensprinzip „österr Prägung“ besagt, dass „strafrechtliche Verantwortlichkeit nur an eigenes Verhalten geknüpft sein darf“.⁴¹⁾ Nachdem auch juristische Personen Grundrechtsträger iSd Art 6 f EMRK sind und insofern im Vergleich zu natürlichen Personen nicht schlechter gestellt werden dürfen, ist das „Ausweichen“ auf die wirtschaftliche Einheit, zu der eben auch die Konzernmutter gehört, problematisch. Unter Zugrundelegung einer – zugegebenermaßen klassischen – verfassungsrechtlichen Sichtweise ist eine Mithaftung der Muttergesellschaft ohne „Tatbeitrag“, welcher freilich auch in einer Unterlassung begründet sein kann, abzulehnen.⁴²⁾ All dies gilt eben auch für kartellrechtliche Geldbußen, die zwar keine Kriminalstrafen iES sind, deren eindeutig „kriminalstrafähnliche“ Funktion und hoher Straffahnen jedoch für die Einordnung als strafrechtliche Anklage iSd Art 6 EMRK sprechen.⁴³⁾ Wenn man dies so akzeptiert, kann das Schutzniveau der Art 6 f EMRK in Bezug auf die Verschuldensanforderung nicht einfach mit dem Argument, man befinde

33) Vgl dazu und zum Modell der Verhaltenszurechnung des EuGH in C-294/98, zB Fischer, aaO 100.

34) Der Rs T-144/07 et al, RN 91 ff: „Das Wettbewerbsrecht der Union betrifft die Tätigkeit von Unternehmen, und der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung ... Die Unionsgerichte haben weiter klargestellt, dass in diesem Zusammenhang unter dem Begriff des Unternehmens eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich von mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird ... So haben sie betont, dass es bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht auf die sich aus der Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeit ergebende formale Trennung zwischen zwei Gesellschaften ankommt, sondern vielmehr darauf, ob sich die beiden Gesellschaften auf dem Markt einheitlich verhalten. Es kann also notwendig sein, zu ermitteln, ob zwei Gesellschaften mit je eigener Rechtspersönlichkeit ein und dasselbe Unternehmen oder ein und dieselbe wirtschaftliche Einheit mit einheitlichem Marktverhalten bilden oder hierzu gehören ... Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen (vgl Urteil Akzo Nobel ua/Kommission, oben in Randnr. 91 angeführt, Randnr. 56 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

35) Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit findet sich auch im europ Kartellrecht (Art 23 Abs 2 VO 2003/1), doch hat der EuGH über einen diesbezüglichen Einwand bereits in Akzo Nobel ua/Kommission entschieden, dass sich dieser Grundsatz jeweils auf die wirtschaftliche Einheit und nicht auf den individuellen Rechtsträger beziehe. Die Haftung der Muttergesellschaft könne „daher nicht als eine verschuldensunabhängige Haftung gesehen werden“ (EuGH 10. 9. 2009, C-97/08, RN 77).

36) Zwar genießen die Mitgliedstaaten gem Art 5 VO 2003/1 bei der Ausgestaltung ihrer kartellrechtlichen Sanktionensysteme durchaus einen gewissen Ermessensspielraum, doch müssen die verhängten Sanktionen für Verstöße gegen die europ Kartellverbote ausreichend effektiv, dh abschreckend, sein (vgl dazu Bürger, Die Haftung der Konzernmutter für Verstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011, 130 [134]). In Bezug auf die österr Rechtslage ist zu berücksichtigen, dass dem unmittelbar an einer Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen für Zwecke der Geldbußenbemessung auch die Umsätze seiner Muttergesellschaft (als verbundenes Unternehmen) hinzugerechnet werden (s § 22 KartG 2005 – zB KOG 16 Ok 4/09 mwN), sodass Effektivitätsüberlegungen nicht generell eine Haftung der Muttergesellschaft nach dem KartG 2005 erforderlich machen. Die EK kann die Umsätze der Muttergesellschaft hingegen nur dann bei der Geldbußenbemessung mit berücksichtigen, wenn Mutter- und Tochtergesellschaft zur selben wirtschaftlichen Einheit gehören (Art 23 Abs 2 VO 2003/1 stellt auf den europarechtlichen Unternehmensbegriff ab).

37) Vgl Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005, § 1 RN 6; ebenso Hoffer, Kartellgesetz 18.

38) KG 25 Kt 12/07.

39) KOG 16 Ok 12/06 ÖBI 2007, 181 (Hoffer/Innerhofer), Haftungsverbund II.

40) KOG 16 Ok 5/08.

41) VfGH G 408/97.

42) Vgl Koppstein, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. September 2009, Akzo Nobel u.a./Kommission, Rs. C-97/108 P, GPR 2/10, 92 (93).

43) Vgl Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBI 2007, 477 (479 f); ebenso Solé, aaO RN 523. Diese Frage in einem anderen Zusammenhang offenlassend KOG 16 Ok 5/10.

sich außerhalb des Kernbereichs des Strafrechts, wieder herabgesetzt werden. Ob für die Muttergesellschaft als Grundrechtsträgerin das Verschuldensprinzip gilt, ist nämlich eine „Ja oder Nein“-Entscheidung, die einer Lösung in einem beweglichen System nicht zugänglich ist.⁴⁴⁾

44) Hiervon zu unterscheiden, ist die Frage einer allfälligen Solidarhaftung nach Zivilrecht, für die ein anderer Maßstab gilt.

45) Besonders spannend wird die Frage der Haftungszurechnung in Fällen, in denen die Tochtergesellschaft keine ausreichenden finanziellen Mittel hat, die zu verhängende Geldbuße also nicht einbringlich wäre, umgekehrt aber die Muttergesellschaft über die Jahre von den Kartellrechtsverstößen profitiert hat (vgl. dazu *Bauer/Anweiler*, EuG: Verneinung der Haftung einer Muttergesellschaft für Kartellrechtsverletzungen ihrer 100%igen Tochtergesellschaft, ÖZK 2011, 71 [79] mit einer kurzen Darstellung des Spannungsverhältnisses zum europarechtlichen Effektivitätsgebot bei mittelbarer Vollziehung des Art 101 AEUV). Hier hilft die Miteinbeziehung der Umsätze der Muttergesellschaft bei der Geldbußenbemessung nichts. In diesem Zusammenhang unklar sind die Ausführungen des KOG zu 16 Ok 5/08: „Der Gesetzgeber hat sich im kartellrechtlichen Verfahren ganz allgemein dafür entschieden, die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nicht allein nach dessen Umsatz zu beurteilen, sondern in wirt-

Verbleibt noch die weiterführende Frage, ob ein ähnliches Ergebnis nicht verfassungskonformer durch eine – widerlegbare – Vermutung der Beitragstäterschaft der Muttergesellschaft beim Kartellrechtsverstoß der Tochtergesellschaft erzielt werden kann. Hier stellen sich aber nicht weniger gewichtige verfassungsrechtliche Fragen, insb in Hinblick auf die ebenfalls von Art 6 EMRK geschützte Unschuldsvermutung.

Die Diskussion ist hiermit eröffnet, mehr ist an dieser Stelle weder möglich noch beabsichtigt.⁴⁵⁾

schaftlicher Betrachtungsweise (§ 1 KartG 1988) die Finanzkraft des Konzerns, dem das Unternehmen angehört, einzubeziehen (§ 2 a KartG 1988); für das Geldbußenverfahren kann damit nichts anderes gelten. Bei gegenteiliger Sicht könnte das kartellrechtliche Geldbußensystem dadurch unterlaufen werden, dass ein zuwiderhandelndes Unternehmen von seinem Konzern mit so geringen Eigenmitteln ausgestattet wird, dass es im Fall einer Geldbuße in empfindlicher Höhe insolvent wird und aus dem Markt ausscheidet, während der Konzern den aus der Zuwiderhandlung erwirtschafteten und bereits abgeschöpften Gewinn dieses Unternehmens straflos behalten kann.“

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Johannes Barbist ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien-Innsbruck. Kontaktadresse: Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH, Kaiserjägerstraße 1, 6020 Innsbruck. Tel: (0512) 579 973, Fax: (0512) 579 973-8, E-Mail: barbist@bindergroesswang.at, Internet: www.bindergroesswang.at

Vom selben Autor erschienen:

Barbist/Halder, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen am Beispiel des Verkaufs der Bank Burgenland, BRZ 2010, 79; *Barbist/Ahammer* (Hrsg), Compliance in der Unternehmenspraxis (2009); *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht (2005); *Barbist*, Über Wirkungen und mögliche unerwünschte Wirkungen . . . – das ewige Problem der Inlandsauswirkung in der österreichischen Zusammenschlusskontrolle, WuW 2006, 760.

