



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Haftungszurechnung für kartellrechtliche Verstöße im
Konzern unter besonderer Berücksichtigung der
Wiederholungstäterschaft“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Elisa Maria Kaplenig

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Science (MSc)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

A 066 914

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Internationale Betriebswirtschaft UG 2002

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Widmung

Meiner Familie.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung und Problemstellung	- 1 -
2	Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt	- 5 -
2.1	Unternehmen als Normadressat gemäß Art 101 AEUV	- 5 -
2.1.1	Definition Unternehmen und Unternehmensvereinigung	- 5 -
2.1.2	Abgrenzung	- 8 -
2.2	Unternehmen als Sanktionsadressat gemäß Art 23 VO 1/2003	- 10 -
2.2.1	Unterschied zum Normadressat	- 10 -
2.2.2	Konzernhaftung	- 11 -
2.2.3	Exkurs: Konzernprivileg	- 16 -
2.2.4	Umstrukturierung, Rechtsträgerwechsel	- 18 -
3	Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht	- 23 -
3.1	Art 23 VO 1/2003	- 23 -
3.2	Natur und Zweck der Geldbuße im Wettbewerbsrecht	- 25 -
3.3	Bußgeldrahmen, Bußgeldbemessung – Grundsätze	- 27 -
3.3.1	Art 23 VO 1/2003 und die Leitlinien 1998 und 2006	- 27 -
3.3.2	Ermittlung des Grundbetrages nach den LL 2006	- 29 -
3.3.3	Anpassung des Grundbetrages nach den Leitlinien 2006	- 31 -
3.3.4	Vergleich der Leitlinien 1998 und der Leitlinien 2006	- 33 -
4	Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern	- 36 -
4.1	Erschwerender Umstand – Wiederholungstat	- 36 -
4.2	Zweck der Erhöhung der Geldbuße im Wiederholungsfall	- 37 -
4.3	Rechtsgrundlage – Grundrechte, <i>nulla poena sine lege</i>	- 38 -
4.4	Definition/Abgrenzung Wiederholungstat – Rechtsprechungsanalyse	- 41 -
4.4.1	Voraussetzungen der Vortat	- 41 -
4.4.2	Fortgesetzte Zuwiderhandlung	- 43 -

Inhaltsverzeichnis

4.4.3	Einheitliche und fortdauernde Zuwiderhandlung	- 45 -
4.4.4	Unternehmensidentität	- 46 -
4.5	Verjährung.....	- 51 -
4.6	Höhe des Zuschlags.....	- 53 -
5	Geldbußensystem in Österreich.....	- 54 -
5.1	Der österreichische Unternehmerbegriff im Kartellrecht.....	- 55 -
5.2	Bußgeldbemessung.....	- 57 -
5.3	Wiederholungstäterschaft.....	- 60 -
6	Zusammenfassung, Resümee.....	- 62 -
7	Quellenverzeichnis	I
7.1	Literaturverzeichnis.....	I
7.1.1	Kommentare/Lehrbücher/Sammelbände	I
7.1.2	Zeitschriften	II
7.2	Entscheidungsverzeichnis	III
7.2.1	OGH.....	III
7.2.2	OLG	III
7.2.3	EuGH	III
7.2.4	EuG	IV
7.2.5	Kommission	V
7.3	Rechtliche Materialien	V

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
aM	anderer Meinung
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
ECU	European Currency Unit
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
f, ff	folgende
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
iHv	in Höhe von
insb	insbesondere
iS	im Sinn
iSd	in diesem Sinne
iVm	in Verbindung mit
iZm	in Zusammenhang mit
KartG	Kartellgesetz
KG	Kartellgericht
KOG	Kartellobergericht
Kommission	Europäische Kommission
lit	literat
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Rat	Europäischer Rat
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	und andere
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1 Einleitung und Problemstellung

In den letzten zwei Jahrzehnten sind die verhängten Geldbußen der Europäischen Kommission (im Folgenden kurz als „Kommission“ bezeichnet) für kartellrechtliche Verstöße stark in die Höhe geschossen.¹ In der Literatur wird mittlerweile schon von „uferloser Haftung“ gesprochen.² Ein solcher Anstieg ist vor allem dort zu sehen, wo Kartellverstöße einem Konzern und nicht nur einem Einzelunternehmen zugerechnet werden können.³ Auch in Österreich werden immer höhere Bußgeldbeträge für Wettbewerbsverstöße verhängt.⁴ Nicht nur die Höhe der einzelnen Geldbußen steigt, auch bei der Anzahl der Anträge der BWB und des Bundeskartellanwalts nach § 29 KartG 2005⁵ ist eine Zunahme eindeutig zu sehen.⁶

Unterschiedliche Faktoren tragen zu gesteigerten Bußgeldern durch die Kommission und auch die nationalen Wettbewerbsbehörden bei. Die konzerninterne Zurechnung von Verstößen zwischen Töchter- und Muttergesellschaften ist ein sehr gewichtiger Faktor, der die Bußgeldbeträge in die Höhe treibt. Verhält sich ein Unternehmen innerhalb eines Konzerns wettbewerbswidrig, können die Geldbußen anhand des Konzernumsatzes berechnet werden. Als weiterer Erschwerungsgrund ist die **Wiederholungstäterschaft** zu nennen. Vor allem aber, wenn diese beiden Faktoren zusammenspielen – und dies ist oft der Fall – eine Konzernmutter wird beispielsweise als Wiederholungstäterin für das kartellrechtliche Vergehen einer ihrer Töchter haftbar gemacht - erreicht das Bußgeld immense Höhen. Aktuell hat der EuGH in einer Entscheidung vom 5.3.2015 gegen Eni SpA und Versalis SpA (Mutter- und Tochtergesellschaft) die Erhöhung der Geldbuße um 50 % bestätigt. Außerdem wurde die gesamtschuldnerische Haftung wiederholt bekräftigt.⁷

¹ Europäische Kommission, GD Wettbewerb, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

² *Fischer*, Gesamtschuldnerische Haftung von Unternehmen für die Zahlung von Geldbußen bei Kartellverstößen: Bedeutung der GIS-Rechtsprechung, ÖZK 2011, 99.

³ *Meyring*, Uferlose Haftung im Bußgeldverfahren? Neueste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstößen, WUW 2010, 157. *Hummer*, Kartellrechtliche Haftung von Muttergesellschaften, ecolex 2010, 64.

⁴ BWB, Geldbußentscheidungen in Österreich seit 2002, Stand 07/2014, http://www.bwb.gv.at/Documents/Geldbussen%20gesamt%20Stand_07_2014.pdf.

⁵ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005) BGBl I 2005/61.

⁶ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht, Ein Handbuch für Praktiker⁹ (2014) 236.

⁷ EuGH 05.03.2015, C-93/13P – *Kommission/ENI und Versalis*.

1 Einleitung und Problemstellung

Unternehmen werden für die wiederholte oder fortgesetzte Begehung kartellrechtlicher Verstöße höher bestraft. Mit der Novellierung der Geldbußen-Leitlinie⁸ der Kommission im Jahr 2006 wurde der mögliche Strafraum für Wiederholungstäter stark ausgeweitet. Im Gegensatz zur Vorgängerversion, der Geldbußen-Leitlinie 1998⁹, kann der Grundbetrag bei Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneuter Begehung einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung gemäß Punkt 28 der Leitlinie 2006 um bis zu 100 % erhöht werden.¹⁰ Auch im österreichischen KartG 2005 wurde mit dem KaWeRÄG 2012¹¹ im neugefassten § 30 KartG 2005 im Absatz 2 Z 1 ebenfalls der Erschwerungsgrund der Rückfalls- bzw Wiederholungstäterschaft verankert.

Während mittlerweile einige grundsätzliche Zurechnungsfragen im Bußgeldverfahren mithilfe der Rsp des EuGH beantwortet werden können, wie bspw, dass einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft zugerechnet werden kann, wenn die beiden Unternehmen Teil ein und derselben „wirtschaftlichen Einheit“ sind und damit ein Unternehmen im Sinne des Art 101 AEUV vorliegt,¹² wirft die Zurechnung im Konzern, vor allem im Zusammenhang mit Wiederholungstaten bzw –tätern, noch viele ungeklärte Fragen auf. Die europäische Rspr hat diesbezüglich noch keine einheitliche Linie gefunden, sondern geht indes je nach Einzelfall vor. Dies vor allem deshalb, da immer wieder neue Fragen auftauchen. Problematisch und noch nicht endgültig geklärt sind vor allem die Haftungen von Wiederholungstäter nach Umstrukturierungen oder Veräußerungen im Konzern, oder die Verjährung bzw Definition vorliegender Erstverstöße, die als Voraussetzung für den Erschwerungsgrund vorliegen müssen. Fragen stellen sich auch in Bezug auf die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein Verstoß als Wiederholung geahndet werden kann. Hier ist bspw zu untersuchen, welche Art der Vortat vorliegen muss, ob die verfolgende Behörde dieselbe sein muss, oder wo die Grenze zwischen neuerlicher und fortgesetzter Handlung zu ziehen ist.

⁸ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr 1/2003, ABl. 2006 C 210/2 (Geldbußen-Leitlinien 2006).

⁹ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS Vertrag festgesetzt werden, ABl 1998, C9/3 (Geldbußen-Leitlinien 1998).

¹⁰ Geldbußen-Leitlinien 2006, ABl. 2006 C 210/2 (4).

¹¹ Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KaWeRÄG 2012) BGBl I 2012/51.

¹² EuGH 10.09.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel NV u.a./Kommission* Rz 59.

1 Einleitung und Problemstellung

In der österreichischen Rechtsprechung wurde die Wiederholungstat als erschwerender Umstand bisher nur sehr spärlich ausjudiziert.¹³ Die BWB zieht in der Regel die Leitlinien 2006 der Kommission zur Festsetzung von Geldbußen heran,¹⁴ vor allem deshalb, da in Österreich konkrete Leitlinien zur Bußgeldbemessung fehlen.¹⁵ Zu bedenken ist auch, dass die Wiederholungstäterschaft erst mit dem KaWeRÄG 2012 explizit im Gesetz verankert wurde. Das Fehlen von Leitlinien zur Bußgeldbemessung und die späte explizite Einführung dieses Tatbestandes im Gesetz sind jedoch nicht alleine für die nur sehr geringe Anzahl an Entscheidungen verantwortlich. Der einvernehmliche Abschluss von Verfahren durch sogenannte „Settlements“ durch die BWB ist seit Sommer 2012 in nahezu allen Verfahren eingesetzt worden. Im Zuge solcher Settlements ist es dem Kartellgericht gestattet Bußgeldbeschlüsse gemäß § 39 AußStrG in gekürzter Ausfertigung auszustellen.¹⁶ Dieser Umstand trägt ebenfalls dazu bei, dass es nur sehr vereinzelt Judikate zur Bußgeldbemessung und folglich zum erschwerenden Umstand der Wiederholungstat gibt.

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel bestehende, Fragen in Bezug auf die Haftungszurechnung von Wiederholungstätern im Konzern anhand europäischer Judikatur und Literatur zu analysieren. Es soll versucht werden, eine klare Linie bzw Leitsätze aus der Rechtsprechung zu gewinnen und zu skizzieren. Auch wenn viele Fragen sicherlich weiterhin nur durch Einzelfallbetrachtung eine Beantwortung finden werden, kann und soll eine Analyse der einschlägigen Rsp Anknüpfungspunkte zur Orientierung für den Interessierten Rechtsanwender liefern.

Die Arbeit ist in 6 Abschnitte gegliedert. Nach dem Problemaufriss in Abschnitt 1, wird der 2. Abschnitt dazu dienen, den wettbewerbsrechtlichen *Unternehmensbegriff* und den damit im Zusammenhang stehenden Konzernbegriff aufgrund von Literatur- und Judikaturanalyse abzugrenzen und zu definieren. Sowohl Unternehmensbegriff iSd Art 101 AEUV als auch nach Art 23 VO 1/2003¹⁷. Der Unternehmensbegriff stellt die Grundlage für die Haftungszurechnung

¹³ Vgl OGH als KOG 20.12.2004 ,16 Ok 12/04 –*TikTak-Tarife*; OLG Wien (KG) 7.6.2005, 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell*.

¹⁴ *Winner/AppI*, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern, Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch "Settlement" unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung, Studie im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien 2013, 37.

¹⁵ *Winner/AppI*, AK Studie (2013) 32.

¹⁶ *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Effizienz - Rechtsstaatlichkeit - Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht, Wettbewerbspolitische Herausforderungen für 25. Gesetzgebungsperiode (2013 - 2018) 87/2014, 39.

¹⁷ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI L 2003/1, 1 (VO 1/2003).

1 Einleitung und Problemstellung

im Wettbewerbsrecht dar. Die Entscheidung *Akzo Nobel*¹⁸ bietet hierbei einen guten Ausgangspunkt.

In Abschnitt 3 wird ein Überblick über das europäische Geldbußensystem gegeben. Kurz werden sowohl der Zweck von Geldbußen als Sanktionen als auch die Grundlagen der Berechnung skizziert um einen klaren Einstieg zu ermöglichen. Diskutiert werden zuerst die gesetzlichen Vorschriften aus Art 23 VO 1/2003 sowie die Geldbußen-Leitlinien 1998 und 2006. Anschließend wird in Abschnitt 4 das Kernthema der Arbeit - der Erschwerungsgrund „Wiederholungstat“ - erarbeitet. Hier wird auf die maßgebliche Rechtsprechung eingegangen um die oben aufgeworfenen Fragen zur Haftungsproblematik im Konzern für Wiederholungstäter zu erörtern.

Kapitel 5 soll kurz aufzeigen, wie das KartG 2005 in Österreich mit der untersuchten Thematik umgeht. Etwaige Unterschiede zum Gemeinschaftsrecht werden erwähnt und die Gründe für die bisher eher spärliche Rechtsprechung werden zusammengefasst.

Abschließend werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und ein Resümee gezogen.

¹⁸ EuGH 10.09.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel NV u.a./Kommission*.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

2.1 Unternehmen als Normadressat gemäß Art 101 AEUV

2.1.1 Definition Unternehmen und Unternehmensvereinigung

Gemäß Art 101 Abs 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken, verboten. Art 101 ist die erste Bestimmung der „Wettbewerbsregeln – Vorschriften für Unternehmen“ im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (Art 101 – 106 AEUV). Diese haben zur Aufgabe, den Wettbewerb im Binnenmarkt vor privaten Beschränkungen zu schützen. Der Zweck des im Art 101 Abs 1 AEUV niedergelegten Kartellverbotes ist der Schutz des Wettbewerbs vor Eingriffen durch Unternehmen (und Unternehmensvereinigungen).¹⁹

Die Normadressaten der genannten Wettbewerbsregeln sind **Unternehmen**. Dies ergibt sich sowohl aus der Überschrift von Abschnitt 1 (Titel VII, Kapitel 1 AEUV), als auch aus dem Wortlaut der Art 101, 102 und 106 AEUV. Eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs und somit des Begriffs „Unternehmen“ ist geboten, um alle Personen erfassen zu können, die Einfluss auf den Markt haben und somit als Wettbewerbsteilnehmer die Möglichkeit haben den Wettbewerb zu beschränken.²⁰ Der Vertrag selbst bietet für die Auslegung des Begriffs Unternehmen keine Antwort. Eine Definition ist hier nicht zu finden. Abhilfe kann Art 1 des Protokolls 22 zum EWR-Abkommen²¹ schaffen, der Unternehmen als „jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“ definiert.²² Auch nach der stRsp des EuGH betrifft das Wettbewerbsrecht die Tätigkeit von Unternehmen.²³ Weiters bezeichnet der Begriff des Unternehmens lt EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig

¹⁹ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 3.

²⁰ Kersting, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW 2014, 1156 (1157).

²¹ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) samt Beilagen, PROTOKOLL 22 ÜBER DIE DEFINITION DER BEGRIFFE „UNTERNEHMEN“ UND „UMSATZ“ (ARTIKEL 56), BGBl 1993/909.

²² Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 7.

²³ EuGH 7.1.2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P - *Aalborg Portland u.a./Kommission* Rz 59; EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 54; EuGH 8.5.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission* Rz 82.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.²⁴ Unter diesem Begriff ist eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird.²⁵ Die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist das charakterisierende Element des funktional gestalteten Unternehmensbegriffs. Ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Art der Tätigkeit vorliegt, ist somit für die Abgrenzung eines möglichen Normadressaten vorrangig.²⁶ Dies ist auch im Sinne einer negativen Abgrenzung des Kartellrechts vom privaten und hoheitlichen Handeln sowie der Tätigkeit abhängiger Arbeitnehmer von Bedeutung.²⁷ Die Einheit ist dabei rechtsformunabhängig.²⁸ Ebenso wenig wie auf die Rechtsform des Unternehmens kommt es auf das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht an.²⁹

Was in diesem Sinne eine „Einheit“ darstellt, ist aus zwei verschiedenen Blickwinkeln zu beantworten. Als Normadressat - somit aus materiell rechtlicher Sicht - wird in einem ersten Schritt (von der Kommission, EuG, EuGH) geprüft, welche wirtschaftliche Einheit an einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln beteiligt war. Versteht man den Begriff der „Einheit“ in einem wirtschaftlichen Sinn, fallen darunter sämtliche Einheiten ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Qualifikation, die sich am wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Die Rechtspersönlichkeit einer solchen Einheit spielt hierbei keine Rolle. Auch bloße Teilrechtsfähigkeit nach nationalem Recht (zB Personengesellschaft) ist hierfür ausreichend. Aber auch eine Gruppe von Rechtsträgern kann zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst werden und als einzelner Normadressat gelten. In einem zweiten Schritt ist die „Einheit“ aus verfahrensrechtlicher Sicht zu bestimmen. Hier stellt sich die Frage, an welche „Einheit“ bspw ein Beschluss der Kommission zu richten ist. Normadressat und Sanktionsadressat müssen schlussendlich nicht deckungsgleich sein.³⁰ (Hierzu näher unter Abschnitt 2.2 „Unternehmen als Sanktionsadressat“).

²⁴ EuGH 23.4.1991, C-40/90 – *Höfner und Elsnher/Macrotron* Rz 21; vgl auch EuGH 19.7.2012, C-628/10 P und C-14/11 P - *Alliance One u.a./Kommission* Rz 42; EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 45-55; EuGH 8.5.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission* Rz 82.

²⁵ EuGH 19.7.2012, C-628/10 P und C-14/11 P - *Alliance One u.a./Kommission* Rz 42; EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 45-55; EuGH 8.5.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission* Rz 82.

²⁶ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 8.

²⁷ *Hengst in Langen/Bunte, Kartellrecht*¹² II Art 101 AEUV Rz 7.

²⁸ *Kersting, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit*, WuW 2014, 1156 (1157).

²⁹ *Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV*⁵ Art 101 AEUV Rn 9.

³⁰ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 9-11.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Dass Normadressaten selbst nicht Rechtsträger sein müssen, lässt sich dadurch erklären, dass sich das Wettbewerbsverhalten von Marktteilnehmern wettbewerbsrechtlich nur dann steuern lässt, wenn die das Verhalten korrigierenden Anordnungen auch an diejenigen Wirtschaftsteilnehmer gerichtet werden kann, welche tatsächlich den Wettbewerb beeinflussen.³¹

Als eine wirtschaftliche oder auch unternehmerische Tätigkeit qualifiziert der EuGH, „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“³² In seiner früheren Rechtsprechung ging der EuGH noch davon aus, dass die wirtschaftliche Tätigkeit von Dauer sein muss.³³ Hiervon ist er jedoch mittlerweile abgewichen und stuft die Dauer der Tätigkeit nicht mehr als Voraussetzung ein.³⁴ Durch die Entscheidung *FENIN*³⁵ wurde diese Definition dahingehend präzisiert, als das lediglich das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt relevant ist, wohingegen das Kartellrecht auf die bloße Nachfrage am Markt keine Anwendung findet.³⁶

Art 101 Abs 1 stellt **Unternehmensvereinigungen** den Unternehmen als Normadressaten gleich. Die Praxis hat dem außerdem noch Zusammenschlüsse von Unternehmensvereinigungen gleichgestellt.³⁷ Die Einbeziehung von Unternehmensvereinigungen soll eine Umgehung des Kartellverbots unterbinden.³⁸

Üblicherweise wird unter einer Unternehmensvereinigung jeder beliebig strukturierte Zusammenschluss mehrere Unternehmen, dessen Zweck ua darin besteht, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen, verstanden.³⁹ Ein grundlegendes Merkmal ist die Fähigkeit zur Beschlussfassung. Dies bedeutet, dass die Vereinigung einen Willen fassen und verlautbaren kann, der als gemeinsame Position der Mitglieder angesehen werden und auch das geschäftliche Verhalten der Mitglieder steuern kann.⁴⁰ Für die Einordnung als Unternehmensvereinigung und

³¹ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 37.

³² EuGH 16.6.1987, 118/85 - *Kommission/Italien* Rz 7; EuGH 18.6.1998, C-35/96 - *Kommission/Italien* Rz 36; EuGH 12.9.2000, C-180/98 bis C-184/98 - *Pavel Pavlov* Rz 75 vgl auch *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 15.

³³ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 8.

³⁴ Frenz, Handbuch Europarecht² (2014) II Rn 590.

³⁵ EuGH 11.7.2006, C 205/03P - *Fenin/Kommission* Rz 25.

³⁶ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 8.

³⁷ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 37.

³⁸ Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV⁵, Art 101 Rn 11.

³⁹ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 38.

⁴⁰ *Gippini-Founier* in Rn 64.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

somit Normadressat des Wettbewerbsrechtes spielen weder ihr Zweck, ihre Organisation, die Rechtsform noch ihr Sitz eine Rolle. Der Begriff ist grundsätzlich weit auszulegen. Der Zusammenschluss muss auch über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen.⁴¹ Jedoch setzt die Existenz der Unternehmensvereinigung voraus, dass die Mitglieder der Vereinigung selbst als Unternehmen angesehen werden können. Auch wenn die Unternehmensvereinigung selbst nicht wirtschaftlich am Markt tätig ist, kann sie in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV fallen. Sollte eine Vereinigung jedoch ebenfalls am Markt wirtschaftlich tätig sein, dh unabhängig von ihren Mitgliedern Waren und Dienstleistungen am Markt anbieten, würde sie hinsichtlich dieser Betätigung selbst als Unternehmen iSv Art 101 AEUV angesehen werden.⁴²

Art 101 AEUV stellt lediglich Beschlüsse von Unternehmensvereinigung unter die Verbotsnorm. Es ist jedoch bereits weitgehend anerkannt, dass auch Unternehmensvereinbarungen sich an widerrechtlichen Vereinbarungen beteiligen können. Auf die Art der Zuwiderhandlung kommt es hierbei nicht an.⁴³

2.1.2 Abgrenzung

Die Bestimmung des Unternehmensbegriffs ist wichtig um sowohl die rein private Tätigkeit als auch das hoheitliche Handeln von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausklammern zu können.⁴⁴ Wenn auch nur ein Teil der durch eine Einheit ausgeübten Tätigkeiten den Unternehmensbegriff erfüllt, ist die Einheit zumindest hinsichtlich diesen Teils Normadressat. Ein bedeutendes Beispiel hierfür sind juristische Personen des öffentlichen Rechts. Hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Betätigung unterfallen sie den Wettbewerbsregeln. In Bezug auf ihre hoheitlichen Aktivitäten, also wenn sie mit Imperium auftreten, unterliegen sie den Regeln des Art 101 AEUV jedoch nicht.⁴⁵ Wird der Staat jedoch lediglich als Nachfrager am Markt tätig, wird dadurch noch keine Unternehmenseigenschaft begründet. Auch wenn große Mengen durch ein staatliches Organ beschafft werden, dies jedoch nicht um sie infolge im

⁴¹ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 38.

⁴² *Gippini-Founier* in Rn 65.

⁴³ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 41.

⁴⁴ *Wollmann in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 101 AEUV* (2011) Rn 29.

⁴⁵ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 12.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit am Markt anzubieten, sondern um sie im Rahmen einer sozialen Tätigkeit zu verwenden, ist diese Einheit nicht als Unternehmen einzuordnen.⁴⁶

Nicht nur Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Form fallen unter den Begriff öffentliche Unternehmen, auch privatrechtliche Unternehmen, an denen der Staat die Mehrheit des gezeichneten Kapitals besitzt oder die Mehrheit der mit den Anteilen verbundene Stimmrechte ausübt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen kann, werden so qualifiziert.⁴⁷ Im Endeffekt spielt lediglich die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Rolle, damit die Wettbewerbsregelung greifen. Auch Drittstaaten und internationale Organisationen können den Wettbewerbsregeln als Normadressaten unterfallen, sofern sie sich innerhalb der Europäischen Union wirtschaftlich betätigen.⁴⁸

Teilweise kann sich eine Abgrenzung als äußerst schwierig erweisen, da in den Mitgliedstaaten die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und wirtschaftlichen Handeln durch ein staatliches Organ nicht einheitlich geregelt wird. Der EuGH versucht dieses Problem dadurch zu lösen, indem er darauf abstellt, „ob die fragliche Tätigkeit nach den Traditionen der Mitgliedstaaten zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehört, die im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden.“⁴⁹

In Bezug auf Sozialversicherungsträger bspw ist nach wie vor nicht endgültig geklärt, ob diese als Normadressaten gelten oder nicht. Abhängig von der rechtlichen Ausgestaltung und dem jeweiligen Arbeitsgebiet können sie einerseits als staatliche Daseinsvorsorgeeinrichtung und andererseits als gesetzliche Versicherungsträger mit freiwilliger oder Zwangsmitgliedschaft der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, also als Unternehmen eingeordnet werden, die zumindest teilweise den Wettbewerbsregeln unterliegen.⁵⁰ Eine detaillierte Untersuchung dieser streitigen Fragestellung ist im Zuge dieser Arbeit nicht erforderlich.

Das wesentliche Kriterium für die Abgrenzung als Normadressat ist also, ob die fragliche Einheit einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, also Waren und/oder Dienstleistungen am Markt anbietet.

⁴⁶ EuGH 11.7.2006, C 205/03P– *Fenin/Kommission* Rz 25; vgl auch *Wollmann* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 101 AEUV (2011) Rn 30.

⁴⁷ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 30.

⁴⁸ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 30-32.

⁴⁹ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 33.

⁵⁰ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 27.

2.2 Unternehmen als Sanktionsadressat gemäß Art 23 VO 1/2003

2.2.1 Unterschied zum Normadressat

Wie oben bereits angedeutet, wird in einem zweiten Schritt geprüft, welches Unternehmen als Sanktionsadressat in Frage kommt. Diesbezüglich kann es zu Abweichungen gegenüber der Einordnung als Normadressat kommen. Vollstreckungsmaßnahmen können nur gegenüber einem Rechtsträger verhängt werden, was ein Normadressat nicht sein muss. Welcher Rechtsträger die Haftung trägt, wird in diesem zweiten Schritt also klargestellt.⁵¹ Auch der EuGH hat bestätigt, dass bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission eindeutig angegeben werden muss, gegen welche juristische Person Geldbußen festgesetzt werden können.⁵² Als Sanktionsadressat kommt also nur eine Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit in Frage. Daraus ergibt sich, dass die Kommission nicht nur gegen eine Abteilung eines Unternehmens eine Sanktion verhängen kann, sondern gegen die ganze Gesellschaft (juristische Person) vorgehen muss.⁵³

Art 23 Abs 2 VO 1/2003 liefert keine Definition oder Auslegung für den möglichen Sanktionsadressaten. Dieser muss aus dem primärrechtlichen Unternehmensbegriff abgeleitet werden. Ist der Normadressat lediglich ein Rechtsträger, also eine juristische Person, wirft dies keinerlei Probleme auf, da diesfalls Norm- und Sanktionsadressat deckungsgleich sind. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn das Unternehmen, das den Verstoß begangen hat, ein rechtlich und wirtschaftlich selbständiges Einzelunternehmen ist, da ein solches zwangsläufig die wirtschaftliche Einheit darstellt, die für den Verstoß als Rechtsträger haftbar gemacht werden kann.⁵⁴

Erst wenn mehrere Rechtsträger, die zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst werden können, für die Zuordnung des Handelns in Frage kommen, kann es zu Abweichungen zwischen dem Norm- und dem Sanktionsadressaten kommen, was nicht immer ganz einfach ist. Die Haftung innerhalb eines Konzerns ist in diesem Zusammenhang der Hauptanwendungsfall. Die Frage, wie die Haftung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft geregelt wird und welcher Rechtsträger in einem solchen Fall als Sanktionsadressat in Frage kommen kann, muss hier beantwortet werden. Aber auch Umstrukturierungen oder Veräußerungen von Unternehmen lassen eine Zuordnung nicht ganz einfach erscheinen.

⁵¹ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 30.

⁵² EuGH 7.1.2004, C-204/00 P - *Aalborg Portland/Kommission* Rz 60.

⁵³ *Lehner*, Haftung für europarechtliche Kartell- und Wettbewerbsverstöße nach Umstrukturierung oder Unternehmensübertragung, *ÖZK* 2011, 163 (165).

⁵⁴ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 31.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Zusammengefasst muss also in einem ersten Schritt der Normadressat gemäß Art 101 AEUV, also jene wirtschaftliche Einheit, die den Verstoß begangen hat, identifiziert werden und in einem zweiten Schritt der Sanktionsadressat, also eine juristische oder natürliche Person mit Rechtsfähigkeit, ermittelt werden, dem die Entscheidung zugestellt und gegen den diese auch vollstreckt werden kann.

2.2.2 Konzernhaftung

Grundsätzlich muss eine wirtschaftliche Einheit, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht begeht, nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortung dafür einstehen. Das heißt, dass jeder Rechtsträger, aus dem die wirtschaftliche Einheit besteht, für den Verstoß einzustehen hat.⁵⁵

Die Kommission als auch die europäischen Gerichte behandeln unter bestimmten Voraussetzungen mehrere verbundene Unternehmen bzw Rechtsträger, also einen Konzern, als eine wirtschaftliche Einheit und somit als ein Unternehmen und folglich als Normadressat gemäß Art 101 AEUV. Die Kommission hat hierzu bspw ausgesprochen:⁵⁶

„Die EG-Wettbewerbsregeln gelten für ‚Unternehmen‘. Dieser Begriff deckt sich nicht mit dem der rechtsfähigen Gesellschaft mit gesonderter Rechtspersönlichkeit. Der Begriff "Unternehmen" ist im Vertrag nicht definiert. Er kann sich aber auf jede Einheit mit wirtschaftlicher Tätigkeit beziehen. Im Falle großer Firmengruppen kann je nach den Umständen jede der folgenden Einheiten als ‚Unternehmen‘ gelten:

- die Mutter- oder Holdinggesellschaft der Gruppe;
- die ganze Firmengruppe, bestehend aus Muttergesellschaft und ihren direkten und indirekten Tochtergesellschaften;
- Zwischenholdings;
- von den Unterholding-Gesellschaften oder deren Tochtergesellschaften gegründete Teilkonzerne oder Unternehmensbereiche;
- die individuellen Tochtergesellschaften.“

⁵⁵ EuGH 8.7.1999, C-49/92 P - *Kommission/Anic* Rz 145; vgl auch *Hummer*, Kartellrechtliche Haftung von Muttergesellschaften, *ecolex* 2010, 64.

⁵⁶ Kommission 13.7.1994, IV/C/33.833 – *Karton* Rz 140.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Diese Einordnung macht es möglich, dass das Verhalten einzelner zu einem Konzern gehörender Rechtsträger, zB einer Tochtergesellschaft, anderen Gesellschaften dieses Konzerns (bspw der Muttergesellschaft) zugerechnet werden kann. Aufgrund dieser Zurechnung können unter bestimmten Voraussetzungen mehrere Konzerngesellschaften als Adressaten der Verbots- und/oder Bußgeldentscheidung der Kommission herangezogen werden, nicht nur jenes, das unmittelbar die wettbewerbswidrige Handlung gesetzt hat.⁵⁷ Anders ausgedrückt, muss die mit der Sanktion belegte Gesellschaft nicht derselbe Rechtsträger sein, wie die Gesellschaft in einem Konzern, deren Vertreter bzw Organe an den wettbewerbswidrigen Handlungen, wie bspw Kartellzusammenkünften, teilnehmen.⁵⁸

Zu beachten ist, dass nicht jeder Konzern die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Einheit, wie oben beschrieben, erfüllt.⁵⁹

Die Feststellung, dass ein Konzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt und als Normadressat für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht anzusehen ist, ist vor allem auch für die Höhe der Geldbuße von hoher Relevanz. Dies insofern, als dass die 10 %-Obergrenze der Geldbuße, wie unter Punkt 3.3 näher erläutert, anhand der Umsätze aller Gesellschaften des Unternehmens iSd Art 101 AEUV berechnet wird. Für den Fall, dass ein Konzern als wirtschaftliche Einheit erkannt wird und die Muttergesellschaft für eine ihrer Konzerngesellschaften zur gesamtschuldnerischen Haftung herangezogen werden kann, ist für die Bemessung der Geldbuße der Umsatz des Konzerns heranzuziehen. Begründet wird diese Vorgehensweise damit, dass dieser nämlich am besten Aufschluss über die wirtschaftliche Bedeutung des Unternehmens gibt und somit die verhängte Geldbuße ihrem Zweck entsprechend berechnet werden kann.⁶⁰

Die Möglichkeit der Zurechnung und infolge Auferlegung einer Geldbuße an ein anderes Konzernmitglied als dem unmittelbar verantwortlichen wird außerdem zu einem wichtigen Instrument, wenn einzelne Konzernunternehmen ihren Sitz außerhalb der Gemeinschaft haben oder diese insolvent oder liquidiert werden.⁶¹ So kann die Kommission eine in der Union ansässige Tochtergesellschaft als Sanktionsadressat für Bußgeldentscheidungen gegen eine im

⁵⁷ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 43.

⁵⁸ Kommission, 9.12.2004, COMP IV / E-2 / 37.533 – *Cholinchlorid* Rz 168.

⁵⁹ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 43.

⁶⁰ *Hummer, ecolex* 2010, 64 (66).

⁶¹ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 45.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Drittland ansässige Muttergesellschaft heranziehen, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht mit Auswirkungen auf den europäischen Markt begangen hat.⁶²

Als Entscheidungsadressat kann die Kommission bei den vorliegenden Voraussetzungen sowohl die Tochter- also auch die Muttergesellschaft auswählen. Es ist jedoch auch möglich, beide Gesellschaften als Sanktionsadressat zu benennen, was dazu führt, dass diese gesamtschuldnerisch haften. Die Haftung der Mutter kann im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung für einen Verstoß ihrer Tochtergesellschaft nicht als verschuldensunabhängige Haftung angesehen werden, denn auch wenn diese nicht unmittelbar einen Verstoß begangen hat, ist dies zumindest mittelbar durch die Ausübung des bestimmenden Einflusses auf die Tochtergesellschaft der Fall.⁶³

Der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit rechtfertigt neben dem Ziel der effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln mehrere Gesellschaften eines Konzerns gesamtschuldnerisch in Haftung zu nehmen. Nur dadurch kann nämlich sichergestellt werden, dass die reale Wirtschaftskraft des gesamten Unternehmens bei der Bemessung der Höhe von Bußgeldern ausreichend berücksichtigt wird, um eine abschreckende Wirkung zu garantieren. Außerdem soll durch Vermögensverschiebungen zwischen einzelnen Konzerngesellschaften nicht die Vollstreckung von Geldbußen vereitelt werden können.⁶⁴

Um Festzustellen, dass mehrere Konzerngesellschaften ein Unternehmen – also eine wirtschaftliche Einheit – bilden, werden von der Kommission und den europäischen Gerichten bei ihrer Prüfung bestimmte Kriterien herangezogen und vorausgesetzt.

Einerseits muss zwischen den einzelnen Gesellschaften eine gewisse Verflechtung vorliegen, die es theoretisch ermöglicht, dass eine Konzerngesellschaft auf eine andere Einfluss nehmen kann, was zu einer einheitlichen Leitung führt, und andererseits muss eine solche theoretisch vorliegende einheitliche Leitung letztlich auch tatsächlich ausgeübt werden.⁶⁵ Eine kapi-

⁶² Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 34.

⁶³ EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 77.

⁶⁴ SA von GA Kokott, 23.4.2009 zu C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 43.

⁶⁵ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 43.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt talmäßige Verflechtung bietet für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen mehreren Gesellschaften lediglich einen ersten Anhaltspunkt. Wobei hohe Kapitalbeteiligungen eher für eine mögliche Einflussnahme sprechen, als niedrige.⁶⁶

In der Entscheidung *ICI/Kommission*⁶⁷ stellt der EuGH fest, dass, um einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft zurechnen zu können, es darauf ankommt, ob die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Verhalten am Markt nicht autonom bestimmt, sondern lediglich die Weisungen ihrer Mutter befolgt. Damit festgestellt werden kann, ob eine Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten eigenständig bestimmt oder nicht, sind von der Kommission alle wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zwischen Tochter- und Muttergesellschaft zu berücksichtigen. Diese sind vom Einzelfall abhängig und können auf unterschiedlichste Weise ausgestaltet sein.⁶⁸

Liegt der besondere Fall vor, dass eine Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, die die wettbewerbswidrige Zuwiderhandlung gesetzt hat, ist davon auszugehen, dass die Muttergesellschaft aufgrund der Kapitalverflechtung jedenfalls einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausüben kann. Rein aus der hohen Kapitalbeteiligung ergibt sich die widerlegliche Vermutung, dass in einem solchen Fall die Muttergesellschaft auch tatsächlich bestimmenden Einfluss ausübt.⁶⁹ Die Kommission muss in einem solchen Fall lediglich den Nachweis darüber erbringen, dass das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft von ihrer Muttergesellschaft gehalten wird. Allein aus diesem Umstand kann die Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Geschäftspolitik der Tochter angenommen werden. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen den Gesellschaften sind somit gegeben und die Muttergesellschaft haftet gesamtschuldnerisch für die Geldbuße.⁷⁰

Die in der Entscheidung *Akzo Nobel* aufgestellte Vermutung des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit bei einer Kapitalbeteiligung von 100 % gilt sowohl für eine Beteiligung, die knapp unter 100 % ausmacht, als auch in mehrstufigen Konzernen, sowohl bei unmittelbarer als auch mittelbarer Beteiligung. Seit dieser Entscheidung bedarf es seitens der Kommission

⁶⁶ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 45.

⁶⁷ EuGH, 14.7.1972, Rs 48/69 – *ICI/Kommission* Rz 132/135.

⁶⁸ EuGH 19.7.2012, C-628/10 P und C-14/11 P - *Alliance One u.a./Kommission* Rz 45.

⁶⁹ EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 60.

⁷⁰ EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a./Kommission* Rz 61.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

auch keiner darüber hinausgehenden Begründung für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit.⁷¹ In einer vorausgehenden Entscheidung hat der EuGH noch neben der 100%igen Kapitalbeteiligung noch Umstände erwähnt, um die Gesamtheit der Gesichtspunkte aufzuführen, auf die er seine Argumentation hinsichtlich des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit gestützt hat, was jedoch neben der 100 % Beteiligung nicht notwendig ist.⁷² Die aufgestellte Vermutungsregel, die in stRsp der Kommission als auch des EuGH anerkannt wird, ist gerechtfertigt, da sie sowohl Rechtssicherheit schafft, als auch in der Praxis einfach zu handhaben ist.⁷³

Diese 100 %-Vermutung kann von der Muttergesellschaft nur durch die Aufstellung eines Gegenbeweis widerlegt werden, der darauf hinaus läuft, dass die Tochtergesellschaft ihr Verhalten im Wettbewerb tatsächlich autonom bestimmt und nicht den Weisungen der Muttergesellschaft folgt bzw keinerlei Weisungen vorliegen. Ein solcher Gegenbeweis gelingt jedoch nur in Ausnahmefällen.⁷⁴ Da die Führung des Beweises gegen die Vermutung in der Praxis äußerst schwierig ist, wird von kartellbeteiligten Unternehmen angemerkt, dass es sich wohl eher um eine unwiderlegbare Vermutung handelt. Auf diese Behauptung antwortet der EuGH in stRsp lediglich, dass die erhöhte Schwierigkeit einer Widerlegung nicht bedeutet, dass die Vermutung tatsächlich unwiderlegbar ist und bleibt dabei, dass es sich um eine widerlegbare Vermutung handelt.⁷⁵ Auch in der Entscheidung *Cholinchlorid* merkt die Kommission an, dass aufgrund der 100%igen Kapitalbeteiligungen der Muttergesellschaft an den direkten und indirekten Tochtergesellschaften von Akzo Nobel N.V eine wirtschaftliche Einheit besteht, was nur ausgeschlossen hätte werden können, wenn diese Tochtergesellschaften im fraglichen Zeitraum eine eigenständige Geschäftspolitik hätten verfolgen können und tatsächlich verfolgt hätten, was vor allem nicht der Fall ist, da Akzo Nobel N.V. (die Muttergesellschaft) kein reiner Finanzinvestor ist, der nur Kapital in Unternehmen investiert, diesen jedoch die Geschäftspolitik überlässt.⁷⁶

⁷¹ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 48.

⁷² EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u. a./Kommission* Rz 62.

⁷³ SA von GA Kokott, 23.4.2009 zu C-97/08 P - *Akzo Nobel u. a./Kommission* Rz 71.

⁷⁴ *Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 48; *Hengst in Langen/Bunte, Kartellrecht*¹² II Art 101 AEUV Rn 46.

⁷⁵ *Kersting, Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW* 2014, 1156 (1163).

⁷⁶ Kommission, 9.12.2004, COMP IV / E-2 / 37.533 – *Cholinchlorid* Rz 172.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Bei einer sehr hohen Kapitalbeteiligung (nahezu 100 %) muss, wie eben dargestellt, kein weiterer Nachweis zur tatsächlichen Ausübung des bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft durch die Kommission erbracht werden. Im Falle einer geringeren kapitalmäßigen Verflechtung muss jedoch für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit die tatsächliche Ausübung des bestimmenden Einflusses anhand weiterer Kriterien dargelegt werden. Hierfür können laut *Emmerich* zahlreiche wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Faktoren in Betracht kommen, worunter zB personelle Verflechtungen aber auch das Vorliegen von Unternehmensverträgen fallen können.⁷⁷ Nicht notwendig ist jedoch, dass eine direkte und konkrete Einflussnahme der Muttergesellschaft auf das Verhalten der Tochtergesellschaft auf dem Tätigkeitsfeld nachgewiesen wird, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten stattgefunden hat. Die Ausübung des bestimmenden Einflusses muss auch nicht durch konkrete Weisungen, Leitlinien oder Mitspracherechte im Hinblick auf die Preisgestaltung, Vertriebstätigkeit oder ähnlichem ergeben. Feststellungen solcher Art liefern lediglich ein starkes Indiz für das Bestehen eines bestimmenden Einflusses.⁷⁸

Kriterien, um den bestimmenden Einfluss der Mutter- auf die Tochtergesellschaft nachzuweisen, sind zB, ob die Muttergesellschaft die Preispolitik, die Herstellungs- und Vertriebsaktivitäten, die Verkaufsziele, die Bruttomargen, die Verkaufskosten, den Cash Flow, die Lagerbestände oder das Marketing beeinflusst. Innerhalb eines beweglichen Systems muss dies im Einzelfall geprüft werden.⁷⁹ Personelle Verflechtungen können ebenfalls auf einen starken Einfluss der Muttergesellschaft hinweisen.⁸⁰

2.2.3 Exkurs: Konzernprivileg

Die Feststellung, dass ein Konzern eine wirtschaftliche Einheit bildet, ist weiters bedeutsam für die Anwendbarkeit des sogenannten Konzernprivilegs. Wettbewerbswidriges Verhalten innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit verstößt nicht gegen Art 101 AEUV. Diese Ausnahme wurde bereits in der Rechtsache *ICI* für Absprachen zwischen Tochter- und Muttergesellschaft, die eine wirtschaftliche Einheit darstellten, festgestellt.⁸¹

⁷⁷ *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/1 Art 101 Abs 1 Rn 48; *Hengst* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 48.

⁷⁸ *Hengst* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 44.

⁷⁹ *Jeneral*, Wer haftet für die kartellrechtlichen Geldbußen, ÖZK 2014, 216 (218).

⁸⁰ *Sander*, Das Konzernprivileg im Europäischen und Österreichischen Wettbewerbsrecht, ÖZK 2008, 20 (21).

⁸¹ EuGH, 14.7.1972, Rs 48/69 – *ICI/Kommission* Rz 132/135.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Die Abgrenzung scheint einfach zu sein. Wenn ein zu einem Konzern gehörendes Unternehmen eine wettbewerbswidrige Vereinbarung mit einem außerhalb dieses Konzerns stehenden Unternehmens trifft, liegt ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht vor. In der Praxis kommt es jedoch häufig vor, dass eine Gesellschaft an der Spitze eines Konzerns, die die anderen Gesellschaften beherrscht, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen mit Konzerngesellschaften trifft, die von diesem abhängig sind. Also Muttergesellschaften mit Tochtergesellschaften. Eine solche Konstellation sollte normalerweise von der Privilegierung betroffen sein.⁸²

Begründet wird das Konzernprivileg damit, dass zwischen Gesellschaften, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, grundsätzlich kein Wettbewerbsverhältnis besteht und daher kein Schutzbedürfnis gegeben ist.⁸³ Dies ist ganz klar, denn wenn mehrere rechtlich selbstständige Gesellschaften ohnehin als einheitliches Unternehmen handeln, können deren Absprachen keinen Wettbewerb unter ihnen beschränken, da keine Absprachen zwischen Unternehmen sondern innerhalb eines Unternehmens vorliegen.⁸⁴ Auch ohne (wettbewerbswidrige) Vereinbarungen würde die Muttergesellschaft das Verhalten der Tochtergesellschaft steuern können. Ohne Wettbewerbsverhältnis zwischen den zur wirtschaftlichen Einheit gehörenden Gesellschaften können Vereinbarungen zwischen diesen auch nicht die Wettbewerbsposition Dritter beeinträchtigen.⁸⁵

Da eine wirtschaftliche Einheit von mehreren selbständigen Rechtsträgern gegeben ist, wenn, wie oben festgestellt, „die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt“⁸⁶, kann zwischen solchen Gesellschaften Wettbewerb nur vorliegen, wenn die Tochtergesellschaft eine von der Muttergesellschaft unabhängige Maßnahme auf wirtschaftlicher Ebene setzen kann.⁸⁷ In diesem Fall liegt keine wirtschaftliche Einheit mehr vor und auch Konzerngesellschaften können im Wettbewerb zueinander stehen und das Konzernprivileg kommt den Gesellschaften nicht mehr zu Gute.

⁸² Steiner, Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, ÖZK 2013, 83 (84).

⁸³ EuGH 24.10.1996, C-73/95 P – *Viho/Kommission*.

⁸⁴ Kersting, Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW 2014, 1156 (1158).

⁸⁵ Steiner, Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, ÖZK 2013, 83 (85 f).

⁸⁶ EuGH, 14.7.1972, Rs 48/69 – *ICI/Kommission* Rz 132/135.

⁸⁷ Steiner, Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, ÖZK 2013, 83 (85).

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Die fehlende Autonomie im Handeln von Konzerngesellschaften gegenüber der Konzernspitze ist das zentrale Tatbestandselement für die Begründung des Konzernprivilegs. Um den Grad der vorhandenen Autonomie zu beurteilen, greifen Kommission und die europäischen Gerichte auf eine Gesamtbetrachtung zurück. Kriterien wie das Beteiligungsverhältnis, Personalverflechtungen sowie Beherrschungs- und Organschaftsverträge, um nur einige zu nennen, werden berücksichtigt.⁸⁸

2.2.4 Umstrukturierung, Rechtsträgerwechsel

Das Thema der Haftungszurechnung innerhalb eines Konzerns umfasst neben der Zurechnung zwischen Tochter- und Muttergesellschaft auch noch die Frage, was bei einer Umstrukturierung von Unternehmen hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Haftung geschieht. Zwischen dem Zeitpunkt der Begehung des wettbewerbswidrigen Verstoßes und seiner Entdeckung und der möglicherweise darauf folgenden Bebußung können Jahre vergehen, in denen hinsichtlich der Konzernstruktur die unterschiedlichsten Änderungen vorgenommen werden können. Änderungen können sowohl die Veräußerungen von Unternehmensteilen, Verschmelzung, Abspaltung, Asset Deals aber auch die vollständige Liquidierung von Rechtsträgern betreffen. Überlegungen werden hier zur möglichen Haftung von Rechtsnachfolgern getroffen. Zu beantworten ist weiters, ob das veräußernde und/oder erwerbende Unternehmen für Wettbewerbsverstöße gesamtschuldnerisch zur Haftung gezogen werden können, also beide parallel haftbar gemacht werden können. Ob die Fälle unterschiedlich zu behandeln sind, wenn der ursprünglich verstoßende Rechtsträger untergeht oder weiter besteht aber auch, ob vertragliche Vereinbarungen über die Haftung getroffen werden können, sind ebenfalls zu untersuchende Punkte.

Auch bei der Beantwortung der Haftung nach Umstrukturierungen im Konzern wird das Konzept der wirtschaftlichen Einheit herangezogen. In diesem Zusammenhang gilt natürlich nachwievordas Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit. Zusätzlich wird das Kriterium der **„wirtschaftlichen und funktionellen Kontinuität“** - also ob eine wirtschaftliche Identität besteht - zur Klärung der Haftungszurechnung eingesetzt. Grundsätzlich soll ein Konzern (nicht die Möglichkeit haben, durch eine Umstrukturierung oder sonstige Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art der Haftung für eine wettbewerbsrechtliche Geldbuße zu entgehen.⁸⁹ Eine solche Möglichkeit würde das Ziel, gegen die Wettbewerbsregelung des Vertrags verstoßende

⁸⁸ Steiner, Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV, ÖZK 2013, 83 (86).

⁸⁹ Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁵ I/2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn 108 f; Hengst in Langen/Bunte, Kartellrecht¹² II Art 101 AEUV Rn 63 f; Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 44.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Verhaltensweisen zu ahnden und durch abschreckende Sanktionen einer Wiederholung vorzubeugen, stark beeinträchtigen.⁹⁰ Auch wenn eine Umstrukturierung nicht vom Unternehmen selbst, sondern vom Gesetzgeber zB auf Grund von Privatisierungen, beschlossen wird, soll eine wettbewerbsrechtliche Sanktion nicht umgangen werden können. Ebenso dürfen von Behörden eines Mitgliedstaates erlassene Umstrukturierungsmaßnahmen keine Beeinträchtigung der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts bewirken.⁹¹

Eine Änderung der Rechtsform, genauso wie eine Namensänderung des Unternehmens, das die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung begangen hat, soll bei wirtschaftlicher Identität des alten und des neuen Unternehmens nicht zu einer Entlassung aus der Haftung des unmittelbaren Täters führen. Nur wenn die wirtschaftliche Identität zwischen beiden Unternehmen (dem alten und dem neuem) fehlt, ist eine Haftungsbefreiung möglich.⁹² Die Rechtsprechung des EuGH in der Entscheidung *Suiker Unie* hat diese Auffassung geprägt.⁹³

Der erste Fall, der hier besprochen wird, ist die Veräußerung einer wirtschaftlich tätigen Einheit, bspw einer Tochtergesellschaft oder lediglich eines Betriebsteils, die die wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung begangen hat, während das veräußernde Unternehmen fortbesteht. In dieser Konstellation bleibt das veräußernde Unternehmen weiterhin Adressat einer bußgeldrechtlichen Entscheidung. Dies auch dann, wenn das veräußernde Unternehmen nicht mehr am von der Zuwiderhandlung betroffenen Markt tätig ist, sondern lediglich in anderen Bereichen oder Sektoren.⁹⁴ Überträgt also eine Muttergesellschaft ihre Tochter (mit der sie eine wirtschaftliche Einheit gebildet hat), die unmittelbar einen Verstoß begangen hat, an eine neue Muttergesellschaft, geht die Haftung für die Zeit bis zur Übertragung nicht auf den Erwerber über, sondern verbleibt beim veräußernden Unternehmen. Die Muttergesellschaft haftet nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Einheit natürlich nur, wenn sie selbst an der Zuwiderhandlung (mittelbar) beteiligt war und auch ohne Veräußerung gesamtschuldnerisch zur Verantwortung gezogen hätte werden können.⁹⁵ Die nachträgliche Bildung einer wirtschaftlichen Einheit zwi-

⁹⁰ EuGH 11.12.2007, C-280/06 – *ETI* Rz 41.

⁹¹ EuGH 12.5.2005, C-415/03 – *Kommission/Griechenland* Rz 33 f.

⁹² *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (515).

⁹³ EuGH, 28.3.1984, C-40/73 – *Suiker Unie*.

⁹⁴ *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn 111.

⁹⁵ *Kommission* 13.7.1994, IV/C/33.833 – *Karton* Rz 145.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt
schen der neuen Muttergesellschaft und der übertragenen Tochter ist hinsichtlich eines Verstoßes vor der Übertragung zu verneinen.⁹⁶ Im Fall der Wiederholungstäterschaft kann dies jedoch sehr wohl der Fall sein.

Grundsätzlich haftet jener Rechtsträger, der das fragliche Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung leitet. Dies ändert sich nicht, wenn zum Zeitpunkt der Bußgeldentscheidung bereits ein anderer Rechtsträger für die verstoßende Einheit verantwortlich ist.⁹⁷ Auch die Kenntnis über den in der Vergangenheit liegenden Verstoß durch den Erwerber ändert daran nichts.⁹⁸ *Kling* stimmt dem zu, da „die bloße Kenntnis von einem vor dem Erwerb begangenen Verstoß [...] eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der neuen Mutter nicht begründen [kann].“⁹⁹ In der Entscheidung *SCA Holding* stellte der EuGH außerdem fest, dass wenn ein rechtlich unselbstständiger Betriebsteil veräußert wird und dieser infolge eigene Rechtspersönlichkeit erlangt, trotzdem die Haftung des veräußernden Unternehmens weiter bestehen bleibt.¹⁰⁰

Der Erwerber haftet erst dann für das Verhalten einer neu erworbenen Gesellschaft, wenn diese die Zuwiderhandlung fortsetzt und die Verantwortlichkeit der neuen Muttergesellschaft nach den Regeln der Konzernhaftung nachgewiesen werden kann.¹⁰¹ Die Kommission hat jedoch in einem Fall, in dem kurz nach dem Erwerb eine kartellrechtliche Untersuchung eingeleitet wurde, ausnahmsweise entschieden, dass die erwerbende Muttergesellschaft nicht zur Verantwortung gezogen wird, da diese aufgrund der kurzen Zeitspanne nicht in der Lage sein konnte, die Unternehmenspolitik der übernommenen Tochtergesellschaft zu kontrollieren.¹⁰² *Hummer* merkt hierzu an, dass es fraglich erscheint, ob die Kommission heute auch noch so entscheiden würde.¹⁰³

Anders sind jene Fälle zu beurteilen, in denen die Einheit, die die Zuwiderhandlung unmittelbar begangen hat, rechtlich oder wirtschaftlich nicht mehr existiert. In diesem Fall kommt es für die Zurechnung der Haftung auf die wirtschaftliche und funktionelle Identität an, sodass

⁹⁶ *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (516).

⁹⁷ *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn 111.

⁹⁸ EuGH 16.11.2000, C-286/98 P – *Stora/Kommission* Rz39.

⁹⁹ *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (516).

¹⁰⁰ EuGH 16.11.2000, C-297/98 P – *SCA Holding* Rz 27.

¹⁰¹ EuGH 16.11.2000, C-286/98 P – *Stora/Kommission* Rz 37 f.

¹⁰² Kommission 8.8.1984, IV/30.988 – *Flachglassektor Benelux* Rz 54.

¹⁰³ *Hummer*, *ecolx* 2010, FN 31.

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

das übernehmende Unternehmen uU haftbar gemacht werden kann.¹⁰⁴ Wenn die Tochtergesellschaft infolge einer Verschmelzung ihre Rechtssubjektivität verliert, kann die neu entstandene wirtschaftliche Einheit haftbar gemacht werden, da zwischen dem Erwerber und dem auf ihn verschmolzenen Unternehmen wirtschaftliche und funktionelle Kontinuität besteht. Die Haftung des ursprünglichen, die Zuwiderhandlung unmittelbar vornehmenden Unternehmens scheidet aus, da aufgrund mangelnder Rechtspersönlichkeit kein Sanktionsadressat mehr vorhanden ist.¹⁰⁵ Ob das erwerbende Unternehmen die Zuwiderhandlung gebilligt, übernommen oder sogar fortgesetzt hat, ist dabei nicht von Bedeutung, sondern ausschließlich das Bestehen einer wirtschaftlichen und funktionalen Kontinuität. Der Übernehmer muss wirtschaftlich vollständig an die Stelle des Rechtsvorgängers treten, damit die kartellrechtliche Verantwortlichkeit auf ihn übergehen kann.¹⁰⁶

Bereits im Urteil *ETI* hat der EuGH festgestellt, dass die Verhängung einer Sanktion gegen ein Unternehmen, das zwar rechtlich fortbesteht, aber keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübt, unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung kaum wirksam wäre. Daher soll aufgrund besonderer Umstände auch eine andere Lösung gerechtfertigt sein.¹⁰⁷ Laut *Kling* steht in einem solchen Fall lediglich die Ermittlung eines solventen Schuldners für eine abschreckende Geldbuße im Vordergrund, was, trotz gegenteiliger Meinung der Gerichte, wohl eher einen Verstoß gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* darstellt, wenn die Geldbuße einem erwerbenden Unternehmen auferlegt wird.¹⁰⁸

Jedoch hat der EuGH in einer anderen Konstellation entschieden, dass, wenn zwei Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bilden, der Umstand, dass die Gesellschaft, die den Verstoß begangen hat, noch besteht, kein Hinderungsgrund dafür ist, der Einrichtung, auf die sie ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten übertragen hat, eine Sanktion aufzuerlegen. Jedoch müssen für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens beide Einrichtungen der Kontrolle derselben Person unterstanden haben. Dieser Umstand weist dann darauf hin, dass zwischen ihnen auf wirtschaftlicher und organisatorischer Ebene enge Bindungen bestanden und daher im Wesentlichen dieselben geschäftlichen Leitlinien von ihnen angewandt wurden. Gestützt wurde diese

¹⁰⁴ *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn 113.

¹⁰⁵ *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (515 f).

¹⁰⁶ *Lehner*, Haftung für europarechtliche Kartell- und Wettbewerbsverstöße nach Umstrukturierung oder Unternehmensübertragung, ÖZK 2011, 163 (169 f).

¹⁰⁷ EuGH 11.12.2007, C-280/06 – *ETI* Rz 40.

¹⁰⁸ *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (517).

2 Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Beurteilung darauf, dass die beiden Gesellschaften in der zu Grunde liegenden Entscheidung während ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens in der Hand derselben öffentlichen Einrichtung waren.¹⁰⁹ Ebenso besteht kein Zweifel an einer Zurechenbarkeit, wenn die Kontrolle durch eine privatrechtliche Gesellschaft ausgeübt wird.¹¹⁰

Eine weitere Möglichkeit stellt die Disposition durch den Erwerber dar, der gegenüber der Kommission die Haftung für das wettbewerbswidrige Verhalten des Veräußerers übernehmen kann. Dies hat jedoch zur Folge, dass der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln (*effet utile*) gegenüber dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit Vorrang erhält.¹¹¹

Ihre Grenze findet die Verhängung von Geldbußen aufgrund von Umstrukturierungen dann, wenn sowohl die juristische Person untergeht, als auch die wirtschaftliche Handlungseinheit insgesamt stillgelegt wird. In diesem Fall kann kein anderer Entscheidungsadressat herangezogen werden und somit keine Geldbuße verhängt werden.¹¹²

¹⁰⁹ EuGH 11.12.2007, C-280/06 – *ETI* Rz 47 f.

¹¹⁰ EuGH 13.6.2013, C-511/11 P – *Versalis* Rz 57.

¹¹¹ *Kling*, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506 (517).

¹¹² *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ I/2, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn 116.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

3.1 Art 23 VO 1/2003

Art 103 AEUV ermächtigt und verpflichtet den Rat auf Vorschlag der Kommission „zweckdienliche[n] Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätze“ zu erlassen. Gemäß Abs 2 lit a dieser Bestimmung ist „die Beachtung der in Artikel 101 Absatz 1 und Artikel 102 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten.“

Am 6. Februar 1962 wurde mit der Verordnung Nr. 17¹¹³ des Rates die erste Durchführungsverordnung auf dieser Grundlage erlassen. Diese sollte für eine wirksame und einheitliche Anwendung der Artikel 81 und 82 (nunmehr Art 101 und 102 AEUV) des Vertrages in der Gemeinschaft sorgen und ein System schaffen, welches gewährleistet, dass der Wettbewerb im gemeinsamen Markt nicht verfälscht wird.¹¹⁴

Die VO 17/62/EWG, die ursprünglich für eine nur aus sechs Mitgliedstaaten ohne ausgeprägte einheitliche Wettbewerbspolitik bestehende Gemeinschaft geschaffen wurde und durch ein zentral gehandhabtes Anmelde- und Genehmigungssystem geprägt war, wurde durch die VO 1/2003/EG¹¹⁵ abgelöst. Durch die neue VO 1/2003 wurde das Kartellverfahrensrecht grundlegend reformiert. Die Umsetzung folgender Ziele stand hierbei im Vordergrund: konsequente Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln, dezentrale und dennoch kohärente Rechtsanwendung, Verfahrensvereinfachung und Rechtssicherheit.¹¹⁶ Das mit der VO 17/62 eingeführte zentralisierte Anmeldesystem wurde gegen ein Legalausnahmesystem getauscht. Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind unter diesem System ohne Anmeldung oder vorausgehender Entscheidung freigestellt, insofern die Freistellungsvoraussetzungen des Art 101 Abs 3 erfüllt sind. Dem Betroffenen (Unternehmen) obliegt es, selbst zu prüfen, ob seine Handlungen dem Kartellverbot widersprechen oder diese unter eine Freistellungsvoraussetzung des Art 101 Abs 3 fallen – dies natürlich unter der

¹¹³ Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags (nunmehr Artikel 101 und 102 AEUV) ABI. 013 vom 21.2.1962.

¹¹⁴ ErwGr 1 VO 1/2003/EG.

¹¹⁵ Die VO 1/2003 wurde noch nicht an die neue Rechtslage nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags angepasst und verweist deshalb weiterhin auf ex-Art 81 und 82 EGV. Auf der Grundlage der Übereinstimmungstabelle nach Art 5 Abs 3 des Vertrags von Lissabon soll diese Verweisung seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags als Verweis auf die lediglich unnummerierten Art 101 und 102 AEUV zu verstehen sein (*Kindhäuser/Meyer* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg 77 Okt 2012 Art 23 VO 1/2003 Rn 1).

¹¹⁶ *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 1.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Nachprüfungsbefugnis sowohl von nationalen Behörden als auch der Kommission (System paralleler Zuständigkeiten). Die neue Verfahrensverordnung enthält Regelungen über Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten. Weiters hat die Kommission die Aufgabe, Zuwiderhandlungen gegen Art 101 und 102 AEUV aufzudecken und für deren Abstellung zu sorgen. Zur Aufdeckung stehen der Kommission umfassende Ermittlungsbefugnisse (Nachprüfungs- und Auskunftsbefugnisse) zu. Sowohl für die Abstellung als auch für die Durchsetzung erforderlicher Ermittlungshandlungen stellt die VO 1/2003 vielseitige Entscheidungs- und Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Darunter fallen Abstellverfügungen, einstweilige Maßnahmen, Verpflichtungszusagen, Zwangsstrafen und schließlich auch die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen.¹¹⁷

Die Rechtsgrundlage für die Verhängung von Geldbußen als Sanktionsmöglichkeit liefert Art 23 VO 1/2003. Geahndet werden sowohl verfahrensrechtliche (Abs 1) als auch materiellrechtliche (Abs 2) Verstöße; dies mit unterschiedlichem Bußgeldrahmen. Gemäß Abs 1 kann die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen für verfahrensrechtliche Verstöße durch Entscheidung Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 1 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes festsetzen. Nach der VO 17/62 war für solche Verstöße lediglich ein Höchstbetrag von EUR 5.000 anzusetzen. Den Erwägungsgründen zufolge (ErwGr 29) sind auch für „Verstöße gegen Verfahrensvorschriften Geldbußen in angemessener Höhe vorzusehen“, um die Beachtung der Art 101 und 102 AEUV und die Erfüllung der durch die VO 1/2003 den Unternehmen auferlegten Pflichten durch Bußgelder sicherstellen zu können. Sanktioniert werden hier Verstöße gegen Verfahrensvorschriften zum Auskunftsverlangen (Art 18), Nachprüfungen (Art 20) und die Untersuchung von Wirtschaftszweigen (Art 17). Dies bspw für die Erteilung unrichtiger oder irreführender Angaben auf Auskunftsverlangen (Abs 1 lit a) oder wenn bei einer Nachprüfung nach Art 20 angeforderte Bücher oder sonstige Geschäftsunterlagen nicht vollständig vorgelegt werden (Abs 1 lit c). Bei Verstößen gegen materielles Recht, also bspw gegen Art 101 und 102 AEUV, kann die Kommission Geldbußen für jedes an der Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen in Höhe von maximal 10 % des jeweiligen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatz verhängen (Abs 2).

¹¹⁷ *Traxlmayr in Burgstaller/Lettner, EU-Kartellrecht, Die Gruppenfreistellungsverordnung (2014) 533 f.*

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Erst mit Vollendung einer Zuwiderhandlung sind die Tatbestände des Art 23 erfüllt. Ein bloßer Versuch ist für die Verhängung einer Geldbuße nicht ausreichend.¹¹⁸ Bei den Wettbewerbsdelikten handelt es sich um abstrakte Gefährdungsdelikte, die den Abschluss der wettbewerbswidrigen Vereinbarung und nicht erst deren Durchführung als tatbestandsmäßig erachten. Aus diesem Grund ist es nicht notwendig die Ahnung des Versuchsbereichs miteinzubeziehen.¹¹⁹ Auch die Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) an einer Zuwiderhandlung ist sanktionsfrei (zu beachten ist jedoch, dass im Fall des Art 101 Abs 1 AEUV der Verstoß keine Umsetzung oder Durchführung voraussetzt).¹²⁰

Als weitere Sanktionsmöglichkeit sieht die VO 1/2003 die Verhängung von Zwangsgeldern nach Art 24 vor. Diese können auch neben Geldbußen verhängt werden. Während die Geldbuße an ein Verhalten in der Vergangenheit angeknüpft und dieses sanktioniert, ist das Zwangsgeld zukunftsgerichtet und zielt auf die Erzwingung eines Handelns oder Unterlassens ab.¹²¹ Das Zwangsgeld ermöglicht der Kommission die Zwangsvollstreckung ihrer Entscheidungen, die ein Handeln oder Unterlassen anordnen.¹²² Außerdem erfordert die Erlassung eines Zwangsgeldes im Gegensatz zur Geldbuße kein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Adressaten.¹²³ In den Fällen, in denen sowohl Art 23 als auch Art 24 anwendbar ist, hat die Kommission unter Beachtung von Verhältnismäßigkeits- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ein Wahlrecht, kann die Maßnahmen jedoch auch kumulieren (keine Gesetzeskonkurrenz).¹²⁴

3.2 Natur und Zweck der Geldbuße im Wettbewerbsrecht

Nach Art 23 Abs 5 VO 1/2003 haben Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter. Diese rein formale Selbstqualifikation durch die Kommission ist nicht abschließend maßgeblich. Der objektiv materielle Gehalt muss davon abgesehen zur Qualifikation der Geldbuße herangezogen werden. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass das Bußgeld nicht kriminalstrafrechtlicher

¹¹⁸ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 4.

¹¹⁹ *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht⁵, Vorbemerkungen zu Art 23 f Rn 142.

¹²⁰ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 4.

¹²¹ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 3.

¹²² *DeBronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 4.

¹²³ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 3.

¹²⁴ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 22.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Natur ist.¹²⁵ Die europäischen Gerichte qualifizieren das Bußgeldverfahren, trotz der Verhängung immens hoher Beträge, als besonderes Verwaltungsverfahren.¹²⁶ Dem gegenüber steht die Ansicht der Lehre, die dem Bußgeld überwiegend einen zumindest strafrechtähnlichen Charakter nachsagt.¹²⁷

Ein Grund für den Ausschluss des strafrechtlichen Charakters liegt darin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nach geltendem Primärrecht aus Kompetenzgründen keine Befugnis zum Erlass strafrechtlicher Normen hat.¹²⁸ Ein weiterer Grund für die Zuordnung zum Bereich Verwaltungsrecht ist, dass die Wettbewerbsvorschriften der EU eher als Vorschriften technischer Art zu sehen sind, die den ungestörten Ablauf der Wirtschaftsvorgänge auf der Grundlage der europäischen Wirtschaftsverfassung gewährleisten sollen. Demgegenüber steht das Kriminalrecht, das vor allem auf die ethisch verwerfliche Verletzung wesentlicher Gemeinschaftsbelange abstellt.¹²⁹

Aufgrund des spezial- und generalpräventiven Charakters der Sanktionen nach Art 23 könne dieser aus allgemein rechtssystematischen Aspekten aber auch im Bereich des Strafrechts eingeordnet werden. Aus den Schlussanträgen der GA Kokott zur Rechtssache *Akzo Nobel*¹³⁰ geht ebenfalls hervor, dass „[a]us dem Sanktionscharakter der von Wettbewerbsbehörden zur Ahndung von Kartellvergehen verhängten Maßnahmen – insbesondere Geldbußen – folgt, dass es sich um einen dem Strafrecht zumindest verwandten Bereich handelt.“ Die Rechtsnatur der Geldbuße ist also nach wie vor sehr umstritten.¹³¹ In der Praxis wird diesem Streit jedoch keine große Beachtung geschenkt. Hier gilt „solange Einigkeit über die Anwendung eines Instruments und über die diesbezüglichen (Verfahrens-)Regeln besteht, interessieren sich die Organe der Gemeinschaft – bedauerlicherweise inklusive der Rechtsprechung – zumeist wenig für ein systematisch-dogmatisches Verständnis als vielmehr für ‚richtige‘ oder erwünschte Ergebnisse.“¹³²

¹²⁵ *Maritzen/Bednarczyk*, Bußgeldfestsetzung im Lichte des Rückwirkungsverbots, OZK 2009, 219 (222).

¹²⁶ EuGH 11.6.2002, C-201/00 – *Käserei Champignon*, Rn 39, 41.

¹²⁷ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 12.

¹²⁸ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 12.

¹²⁹ *DeBronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 6.

¹³⁰ Schlussanträge des GA Kokott vom 23.4.2009 Rn 39 zu EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel*.

¹³¹ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 13, 14.

¹³² *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 14.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Trotz der Einordnung als Mittel des Verwaltungszwangs durch die Gerichte muss das Verfahren doch in einigen Punkten den Anforderungen strafverfahrensrechtlicher Grundsätze entsprechen.¹³³ Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass die Geldbuße der Kommission als Sanktionsinstrument sui generis eingeordnet wird, das aus einer Mischung sowohl verwaltungsverfahrensrechtlicher als auch strafverfahrensrechtlicher Elemente und Grundsätze geformt wird.¹³⁴ Strafverfahrensrechtliche Grundsätze, die zur Anwendung gelangen sind zB das Analogieverbot, das Rückwirkungsverbot, der Bestimmtheitsgrundsatz. Die Anwendung dieser Grundsätze ist möglich, da ErwGr 37 der VO 1/2003 klarstellt, dass die Verordnung die Grundrechte wahrt und im Einklang mit den Prinzipien steht, die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind. Aus diesem Grund ist die VO auch im Einklang mit den dort in Art 47 ff festgeschriebenen justiziellen Rechten auszulegen und anzuwenden.¹³⁵

Neben dem abschreckenden Zweck der Geldbuße kommt dieser zusätzlich die Aufgabe der Neutralisierung von wettbewerbswidrig erwirtschafteten Gewinnen zu.¹³⁶ Dem Bußgeld kommen also einerseits der Zweck der Ahndung des durch die Zuwiderhandlungen begangenen Unrechts zu (Repressivwirkung), sowie andererseits eine Präventivwirkung. Zusätzlich sollen nicht nur künftige Zuwiderhandlungen des jeweilig bebußten Unternehmens (Spezialprävention) hintan gehalten werden; auch der Zuwiderhandlungen aller Wirtschaftsteilnehmer soll vorgebeugt werden (Generalprävention).¹³⁷

3.3 Bußgeldrahmen, Bußgeldbemessung – Grundsätze

3.3.1 Art 23 VO 1/2003 und die Leitlinien 1998 und 2006

In Art 23 VO 1/2003 werden lediglich die Höchstgrenzen (1 % bzw 10 % vom Gesamtumsatz) festgelegt. Zusätzlich bestimmt Abs 3, dass bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen sind. Darüber hinausgehende Ausführungen zur Bemessung sind in Art 23 nicht festgehalten, was den weiten Ermessensspielraum der Kommission unterstreicht.¹³⁸ Die Kommission unterliegt bei der Festsetzung von Geldbußen dem Opportunitätsprinzip, also einem Entschließungs- und

¹³³ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 6.

¹³⁴ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 15.

¹³⁵ Sura in *Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 6.

¹³⁶ *DeBronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 3.

¹³⁷ ErwGr 4 der LL 2006; vgl auch *DeBronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 7.

¹³⁸ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 78.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Auswahlermessen. Dies bedeutet, sie unterliegt nicht der Verpflichtung einem schuldhaft gegen Art 101 oder 102 AEUV handelnden Unternehmen oder einer Unternehmensvereinigung eine Geldbuße aufzuerlegen.¹³⁹ Auch das Diskriminierungsverbot schränkt das Ermessen der Kommission nicht ein. Es steht der Kommission zu, jederzeit eine Geldbuße zu verhängen, auch wenn gegen ein anderes Unternehmen „in einer ähnlichen Lage“ keine Geldbuße verhängt wurde.¹⁴⁰

Die Kommission hat 1998 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung der Geldbußen veröffentlicht (kurz „Leitlinien 1998“). Diese sollen dazu beitragen, die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Kommission sowohl gegenüber den Unternehmen als auch gegenüber den Gerichten zu erhöhen, sowie den Ermessensspielraum zu bekräftigen, der vom Gesetzgeber der Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen innerhalb der Obergrenze von 10 % des Gesamtumsatzes der Unternehmen eingeräumt wurde.¹⁴¹ Durch den Erlass der Leitlinien 1998 hat die Kommission ihr Ermessen bei der Festsetzung der Höhe selbst gebunden.¹⁴² Auch wenn die europäischen Gerichte die Leitlinien als Normen mit generellem und abstraktem Regelungsgehalt, welche keinen Rechtsnormgehalt aufweisen, qualifizieren, hat die Kommission durch ihre Veröffentlichung angekündigt die LL anzuwenden. Ein Abweichen durch die Kommission könne somit als ein Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze geahndet werden.¹⁴³

2006 wurden von der Kommission aufgrund ihrer bisher gesammelten Erfahrungen neue Leitlinien¹⁴⁴ (kurz „Leitlinien 2006“) erlassen, um die Geldbußpolitik weiterzuentwickeln und zu verfeinern.¹⁴⁵ Durch die Novelle soll sowohl die Transparenz der Bußgeldfestsetzung als

¹³⁹ *Sharaf*, Die neue Bußgeld-Leitlinie im EG-Kartellrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung, wbl 2007, 1 (2).

¹⁴⁰ *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 2.

¹⁴¹ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABI C 009 vom 14/01/1998, 3.

¹⁴² *Sura in Langen/Bunte*, Kartellrecht¹² II Art 1 VO1/2003 Rn 42.

¹⁴³ *Sharaf*, wbl 2007, 1 (3).

¹⁴⁴ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) 1/2003, ABI C 2006/210, 2.

¹⁴⁵ ErwGr 3 der LL 2006.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

auch die Abschreckwirkung erhöht werden. Neben der Kodifizierung der bisherigen Entscheidungspraxis und der darauf ergangenen Rechtsprechung wurde durch die Leitlinien 2006 eine erhebliche Verschärfung hinsichtlich der Bußgeldhöhe ermöglicht.¹⁴⁶

Die Entscheidungen der Kommission unterliegen, abgesehen vom Entschließungsersessen, der gerichtlichen Kontrolle bzw Nachprüfbarkeit. Die Gerichte haben die Möglichkeit, die Geldbuße herabzusetzen, zu erhöhen oder gänzlich aufzuheben (Art 31 VO 1/2003). Das Gericht hat die Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung und ist hierbei auch nicht an die von der Kommission herangezogenen Methoden zur Berechnung der Geldbuße gebunden.¹⁴⁷ Weiters ist die Kommission in ihrer Entscheidung dadurch gebunden, dass die Unternehmen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidungen haben. Außerdem hat die Kommission, abgesehen von den unten beschriebenen generellen Anpassungsmöglichkeiten, dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung zu tragen.¹⁴⁸ Die unbeschränkte richterliche Nachprüfungsbefugnis legitimiert das Verfahrensmodell des EU-Kartellrechts außerdem iSd Art 6 EMRK.¹⁴⁹

Die Kommission setzt die Geldbußen jedoch nicht durch einen auf mathematische Formeln gestützten Rechenvorgang fest.¹⁵⁰ Die Leitlinien stellen Bemessungsgrundsätze zur Verfügung, die recht allgemein gehalten sind und eher den Gang oder das Schema der Bemessung angeben, also die Methode und nicht tatsächliche mathematische Formeln. Die Geldbuße wird aufbauend auf einem Grundbetrag (siehe Abschnitt 1 der Leitlinien 2006), der in weiterer Folge wegen erschwerender oder mildernder Umstände erhöht oder gesenkt wird (siehe Abschnitt 2 der Leitlinien 2006), ermittelt. Ein zusätzlicher Aufschlag ist möglich, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen.¹⁵¹

3.3.2 Ermittlung des Grundbetrages nach den LL 2006

Der Grundbetrag richtet sich nach dem Wert der verkauften Waren oder Dienstleistungen. Zur Festsetzung verwendet die Kommission den Wert, der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. In der

¹⁴⁶ *Sharaf*, wbl 2007, 1 (2).

¹⁴⁷ *Kindhäuser/Meyer* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Lfg 77 Okt 2012 Art 23 VO 1/2003 Rn 64.

¹⁴⁸ *Sünner*, *Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art 23 II lit a) der Kartellverfahrensordnung (VerfVO)*, EuZW 2007, 8 (10).

¹⁴⁹ *Kindhäuser/Meyer* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Lfg 77 Okt 2012 Art 23 VO 1/2003 Rn 64.

¹⁵⁰ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, *Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 78*.

¹⁵¹ *Schütz* in *Kölner Kommentar zum Kartellrecht (2013) IV Art 23 VO 1/2003 Rn 32*.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Regel ist der Umsatz aus dem letzten vollständigen Geschäftsjahr, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, zugrunde zu legen (Z 13). Wenn die Zuwiderhandlung einer Unternehmensvereinigung die Tätigkeit ihrer Mitglieder betrifft, entspricht der Umsatz im Allgemeinen der Summe der Umsätze ihrer Mitglieder (Z 14).

Zur Bestimmung des Grundbetrages wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der sich nach der Schwere des Verstoßes richtet, mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert (Z 19). Somit wird auch in den Leitlinien 2006 den in Art 23 Abs 3 normierten Grundsätzen zur Berücksichtigungswürdigkeit von Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung Rechnung getragen.

Die Schwere der Zuwiderhandlung wird in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt (Z 20). Die Leitlinien 2006 geben zur Ermittlung der Schwere des Verstoßes jedoch lediglich Hinweise in verbaler und allgemeiner Form.¹⁵² Unter die von der Kommission zu berücksichtigenden Umstände bei der Bestimmung der Höhe fallen ua die Art der Zuwiderhandlung, der kumulierte Marktanteil sämtlicher beteiligter Unternehmen, der Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes sowie die Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis (Z 22). Horizontale, üblicherweise geheime Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung der Märkte oder Einschränkungen der Erzeugung (sogenannte Hardcore-Kartelle) gehören zu den schwerwiegendsten Verstößen und sollen daher am oberen Rand der Bandbreite bebußt werden, wobei die Bandbreite bis zu 30 % des relevanten Umsatzes beträgt (Z 21 und 23). Die Abschottung nationaler Märkte wurde von der Kommission in den vergangenen Jahren ebenfalls als besonders schwerwiegender Verstoß eingeordnet.¹⁵³

Der Dauer wird bei der Ermittlung der Geldbuße insofern Rechnung getragen, als dass der nach dem Umsatz ermittelte Wert mit der Anzahl der Jahre, die das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, multipliziert wird (Z 24).

Bei Hardcore-Kartellen kann die Kommission - zusätzlich und unabhängig von der Dauer der Beteiligung eines Unternehmens an der Zuwiderhandlung - einen Betrag zwischen 15 % und 25 % des Umsatzes zum Grundbetrag hinzufügen (sogenannte „Eintrittsgebühr“, „entry

¹⁵² Schütz in Kölner Kommentar zum Kartellrecht (2013) IV Art 23 VO 1/2003 Rn 33.

¹⁵³ Schütz in Kölner Kommentar zum Kartellrecht (2013) IV Art 23 VO 1/2003 Rn 33.

fee“). Dieser allgemeine Zuschlag soll der Abschreckung dienen und ist auch in anderen Fällen der Zuwiderhandlung anrechenbar (Z 25).

3.3.3 Anpassung des Grundbetrages nach den Leitlinien 2006

Abschnitt 2 der Leitlinien 2006 regelt die Anpassung des Grundbetrages (nach oben oder unten) aufgrund erschwerender oder mildernder Umstände.

Der Grundbetrag kann, wenn erschwerende Umstände (Z 28) vorliegen, erhöht werden. Als mögliche erschwerende Umstände nennen die Leitlinien 2006 folgende:

- Die Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung (Wiederholungstat);
- die Verweigerung der Zusammenarbeit mit oder die Behinderung der Untersuchung durch die Kommission;
- die Beteiligung am Verstoß als Anführer oder Anstifter.

Als mildernde Umstände (Z 29), die zu einer Herabsetzung des Grundbetrages führen, werden folgende aufgezählt:

- Vom Unternehmen nachgewiesene Beendigung des Verstoßes nach dem ersten Eingreifen der Kommission außer im Falle geheimer Vereinbarungen oder Verhaltensweisen (insb von Kartellen);
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die Zuwiderhandlung aus Fahrlässigkeit begangen wurde;
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die eigene Beteiligung sehr geringfügig war und sich das Unternehmen der Durchführung der gegen die Wettbewerbsregeln verstoßenden Vereinbarungen in dem Zeitraum, in dem sie ihnen beigetreten war, in Wirklichkeit durch eigenes Wettbewerbsverhalten auf dem Markt entzogen hat;
- aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der Kommission außerhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelung und über seine rechtliche Verpflichtung zur Zusammenarbeit hinaus;
- die Genehmigung oder Ermutigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Behörden oder geltende Vorschriften.

Die erschwerenden und mildernden Umstände werden ausdrücklich nur beispielhaft genannt.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Der Grundbetrag kann in einem weiteren Schritt durch einen weiteren Aufschlag erhöht werden um eine ausreichend abschreckenden Wirkung (Z 30 und Z 31) zu erzielen. Die Kommission wird dazu angehalten, darauf zu achten, dass die Geldbuße eine ausreichend abschreckende Wirkung in jenen Fällen entfaltet, in denen Unternehmen besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen, die nicht mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, erzielt haben. Dadurch haften andere Unternehmenssparten bspw für die Zuwiderhandlung eines Schwesterunternehmens mit.¹⁵⁴ Außerdem kann die Geldbuße erhöht werden, damit ihr Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten widerrechtlichen Gewinne übersteigt, sofern diese geschätzt werden können (Z 31).

Wie oben unter Punkt 3.3.1 bereits ausgeführt, unterliegt die Kommission gemäß Art 23 Abs 2 VO 1/2003 einer Haftungshöchstgrenze bei der Bemessung der Geldbuße. Der letztendlich auferlegte Betrag darf nicht höher sein als 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes. Diese Obergrenze soll sicherstellen, dass die Geldbuße nicht außer Verhältnis zur Größe des Unternehmens ist bzw diese von den Unternehmen nicht mehr beglichen werden kann. Anzumerken ist hier noch, dass es sich um 10 % des weltweiten Umsatzes des Unternehmens handelt.¹⁵⁵ Auch die Leitlinien 2006 verweisen nochmals darauf, dass die Kommission sich an diese vorgegebene rechtliche Obergrenze zu halten hat (Z 32).

Auch die Kronzeugenregelung¹⁵⁶ wird durch die Leitlinien 2006 in Z 34 beachtet. Nach der Berechnung des Grundbetrages und der Berücksichtigung der möglichen Zu- bzw Abschläge ist in einem weiteren Schritt die Kronzeugenregelung zu beachten, aufgrund welcher eine Herabsetzung bis hin zu einem gänzlichen Erlass der Geldbuße möglich ist.¹⁵⁷

Schlussendlich sehen die Leitlinien 2006 in Z 36 die Möglichkeit vor, dass eine rein symbolische Geldbuße verhängt wird. Demgegenüber sieht Z 37 noch eine sogenannte „escape-Klausel“ vor, hinsichtlich der in den Leitlinien 2006 festgelegten Methode. Nach dieser „können die besonderen Umstände eines Falles oder die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Abschreckungswirkung ein Abweichen von dieser Methode oder der in Z 21 festgelegten Obergrenze rechtfertigen.“

¹⁵⁴ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 155.

¹⁵⁵ *Kindhäuser/Meyer* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Lfg 77 Okt 2012 Art 23 VO 1/2003 Rn 134.

¹⁵⁶ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABI C 2006/298, 11.

¹⁵⁷ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 157.

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

Als letzter Faktor in der Bußgeldberechnung wird von der Kommission noch die tatsächliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen berücksichtigt. Gemäß Z 35 ist eine Ermäßigung auf Antrag nur möglich, „wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung der Geldbuße gemäß den Leitlinien die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde.“

3.3.4 Vergleich der Leitlinien 1998 und der Leitlinien 2006

Während die Leitlinien 2006 für die Ermittlung des Grundbetrags aufgrund der Schwere des Verstoßes lediglich verbale Hinweise in sehr allgemeiner Form angeben, wurde in den Leitlinien 1998 zwischen minderschweren, schweren und besonders schweren Verstößen unterschieden. Diesen Kategorien wurde jeweils ein Betragsrahmen zugeordnet, aus dem die Kommission den ersten Teil des Grundbetrags ermitteln konnte. Als besonders schwere Verstöße wurden horizontale Beschränkungen wie zB Preiskartelle, Marktaufteilungsquoten und sonstige Beschränkungen der Funktionsweise des Binnenmarktes (die Abschottung der nationalen Märkte oder der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen von Unternehmen in Quasi-Monopolstellung) angeführt. Innerhalb des Betragsrahmens hatte die Kommission bei der Festsetzung einen weiten Ermessensspielraum. Dies galt insbesondere bei besonders schweren Verstößen, wo der Betragsrahmen bei 20 Mio ECU¹⁵⁸ anfang und nach oben offen war.¹⁵⁹

Ein sich aus der Dauer des Verstoßes ergebender zweiter Teilbetrag wurde in einem zweiten Schritt dem Grundbetrag zugerechnet. Auch für die Ermittlung des Betrages für das Kriterium der Dauer sahen die Leitlinien 1998 im Unterschied zu den Leitlinien 2006 eine Kategorisierung in drei Abschnitte vor. Verstöße konnten von der Kommission als von kurzer (unter 1 Jahr), mittlerer (ein bis fünf Jahre) oder langer Dauer (mehr als fünf Jahre) eingestuft werden. Wobei bei kurzer Dauer kein Aufschlag zu berücksichtigen war, bei mittlerer Dauer bis zu 50 % des zuvor ermittelten Betrages hinzuzurechnen waren und Verstöße von langer Dauer für jedes Jahr des Verstoßes mit bis zu 10 % des für die Schwere des Verstoßes ermittelten Betrages beaufschlagt werden konnte. Die Leitlinien 1998 gaben hierfür eine Formel an, die in den Leitlinien 2006 nicht mehr zu finden ist.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Die Europäische Währungseinheit (abgekürzt EWE; auch ECU von englisch European currency unit; Aussprache meist /e'ky:/) war von 1979 bis 1998 die Rechnungseinheit der Europäischen Gemeinschaften (EG), später Europäischen Union (EU) und Vorläufer des Euro.

¹⁵⁹ *Sünner*, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art 23 II lit a) der Kartellverfahrensordnung (VerfVO), EuZW (2007) 8 (8).

¹⁶⁰ *Sünner*, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art 23 II lit a) der Kartellverfahrensordnung (VerfVO), EuZW (2007) 8 (8).

X Schwere + Y Dauer = Grundbetrag der Geldbuße

Auch nach den Leitlinien 1998 wurden dem Grundbetrag bereits aufgrund erschwerender und mildernder Umstände Beträge hinzugerechnet bzw. abgezogen. Umstände, aufgrund derer dies möglich war, wurden auch hier lediglich beispielhaft aufgezählt.

Die Spannweite der Festsetzung der Grundbeträge in den drei Kategorien und die Multiplikationsfaktoren der Kommission lieferten der Kommission einen sehr weiten Ermessensspielraum. Dieser weite Ermessensspielraum führte dazu, dass die Höhe der Geldbußen für Unternehmen, aufgrund der in den Leitlinien 1998 festgelegten Grundsätze, kaum vorhersehbar war, was zu starker Kritik aufgrund der fehlenden Transparenz führte.¹⁶¹ Bei der Gestaltung der neuen Leitlinien 2006 wurde versucht die Kritik aufzunehmen und abzufedern. Durch den Bezug auf den tatbezogenen Umsatz für die Dauer der Zuwiderhandlung sind sie jetzt um einiges transparenter und berechenbarer für die Unternehmen. Jedoch beinhalten auch die neuen Leitlinien Regelungen, vor allem im Zusammenhang mit den möglichen Aufschlägen, die zu nicht vorhersehbaren Beträgen führen können.¹⁶²

Die mit den Leitlinien 2006 eingeführten Neuerungen betreffen zusammengefasst die folgenden Punkte: Der Grundbetrag nach der Schwere des Verstoßes wird nicht mehr durch die Einordnung in Kategorien, sondern prozentual (bis zu 30 %) aufgrund der relevanten tatbezogenen Umsätze ermittelt. Nur auf Hardcore-Kartelle wird ausdrücklich hingewiesen und für diese ein Bußgeld im oberen Bereich der 30%-Grenze vorgesehen.¹⁶³ Was den Grundbetrag hinsichtlich der Dauer des Verstoßes betrifft, wird aus der in den Leitlinien 1998 noch vorgesehen Addition der beiden Teilbeträge (Schwere + Dauer), in den Leitlinien 2006 eine Multiplikation (Betrag Schwere * Anzahl der Jahre), was bei länger anhaltenden Verstößen zu einer Vervielfachung des Grundbetrages führt.¹⁶⁴ Ausdrücklich und neu wird die sogenannte „entry fee“ – Eintrittsgebühr eingeführt. Unabhängig von der Dauer des Verstoßes beträgt diese bei der Beteiligung an horizontalen Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung von Märkten oder Mengeneinschränkungen (Hardcore-Kartelle) 15 % – 25 % des durchschnittlichen tatbezogenen Umsatzes und soll somit Unternehmen abschrecken, an solchen Kartellen

¹⁶¹ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 98.

¹⁶² *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 99.

¹⁶³ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 101.

¹⁶⁴ *Sünner*, Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art. 23 II lit. A)VerfVO, *EuZW* (2007) 8 (9).

3 Die Geldbuße als Sanktion im Wettbewerbsrecht

teilzunehmen bzw mitzuwirken.¹⁶⁵ Durch das Einbeziehen der jüngsten Rsp und der aktuellen Kommissionspraxis kommt es auch zu unterschiedlich stark ausgeprägten Änderungen in den Erschwerungs- und Milderungsgründen. In diesem Zusammenhang wurde vor allem der Erschwerungsgrund der Wiederholungstäterschaft stark verschärft (näheres gleich unter Punkt 4).¹⁶⁶

¹⁶⁵ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 122.

¹⁶⁶ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 101.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

4.1 Erschwerender Umstand – Wiederholungstat

Bereits die Leitlinien 1998 sahen die Wiederholungstat als erschwerenden Umstand bei der Festlegung von Geldbußen vor. Unter Punkt 2. regelten diese, dass der Grundbetrag bei gewissen erschwerenden Umständen erhöht werden solle, dies bspw wenn ein „erneuter, gleichartiger Verstoß des/derselben Unternehmen(s)“ vorliegt.

Z 28 der Leitlinien 006 sieht ebenfalls erschwerende Umstände vor, die zu einer Erhöhung des Grundbetrages führen können. Auch der Fall des Wiederholungstäters wird wiederum dezidiert genannt. Gegenüber den Leitlinien 1998 wurde der Tatbestand jedoch wesentlich ausgeweitet, wodurch Wiederholungstäter, wie von Kommissarin Kroes gefordert,¹⁶⁷ noch härter als bisher bestraft werden können.

In Z 28 der Leitlinien 2006 heißt es, dass der Grundbetrag erhöht werden kann, wenn folgender Sachverhalt festgestellt wird:

„Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung, nachdem die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde festgestellt hat, dass das Unternehmen gegen Artikel 81 oder Artikel 82 verstoßen hatte; in diesem Fall wird der Grundbetrag für jeden festgestellten Verstoß um bis zu 100 % erhöht;“

Die Leitlinien 2006 verändern den Tatbestand des Wiederholungstäters in mehrfacher Hinsicht. Erstens berücksichtigt die Kommission, für die Feststellung ob ein Wiederholungsfall vorliegt, neben den eigenen vorherigen Entscheidungen ebenso vorherige Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden, die in Anwendung der Art 101 und 102 AEUV getroffen wurden. Vor den neuen Leitlinien war für das Vorliegen eines Wiederholungsfalls nach der Kommissionspraxis erforderlich, dass der frühere Verstoß selbst durch die Kommission festgestellt worden war.¹⁶⁸ Die neue Z 28 ermöglicht weiters eine Erhöhung um bis zu 100 %, wo-

¹⁶⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung, Wettbewerb: Die Kommission überarbeitet die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen bei Kartellverstößen, IP/06/857, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_de.htm?locale=FR (30.1.2016).

¹⁶⁸ Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 127.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

hingegen bislang durch die Kommission lediglich Aufschläge um bis zu 50 % angewandt wurden und ein Prozentsatz auch nicht in den Leitlinien explizit vorgegeben war.¹⁶⁹ Eine dritte Ausdehnung findet sich in der Einbeziehung von „ähnlichen“ Zuwiderhandlungen unter den Tatbestand neben dem bisher schon bebußten „gleichartigen“ Verstoß. Auch die „Fortsetzung“ der Zuwiderhandlung wurde in den neuen Leitlinien verschriftlicht, nachdem die Kommission in ihren bisherigen Entscheidungen darauf bereits Rücksicht genommen hat.¹⁷⁰

Eine Erhöhung kann also vorgenommen werden, wenn ein Unternehmen wiederholt einen Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht begeht. Die Formulierung des Tatbestands in den Leitlinien lässt der Kommission und den Gerichten einen weiten Spielraum bei der Beurteilung von Verstößen als Wiederholungstat und liefert folglich für Unternehmen mehr Fragen als Antworten, wann ein wiederholter Verstoß vorliegt. Die folgenden Ausführungen sollen aufgrund der bisherigen Rechtsprechung und Kommissionspraxis dabei helfen, den Tatbestand näher abzustecken und dessen Grenzen zu ermitteln.

4.2 Zweck der Erhöhung der Geldbuße im Wiederholungsfall

Die Möglichkeit einer weitaus größeren Erhöhung der Geldbußen aufgrund eines festgestellten Wiederholungsfalles gegenüber den Leitlinien 1998 ist eines der erklärten Ziele der neuen Leitlinien.¹⁷¹

Die Erhöhung des Grundbetrages aufgrund eines erneuten Verstoßes ist im Sinne der Abschreckungswirkung gerechtfertigt. Die Erhöhung ist notwendig, da der erneute Verstoß beweist, dass die zuvor verhängte Sanktion nicht abschreckend genug war.¹⁷² Die Wiederholung von Zuwiderhandlungen stellt einen wichtigen von der Kommission zu prüfenden Gesichtspunkt dar. Die Berücksichtigung des wiederholten Verstoßes in der Bemessung der Geldbuße verfolgt den Zweck, Unternehmen, die bereits eine Neigung zur Verletzung der Wettbewerbsregeln gezeigt haben, zur Änderung ihres Verhaltens zu veranlassen.¹⁷³ Als wesentlicher Normzweck wird der „fehlende Lerneffekt“ angeführt, da der Täter bereits aus der Ahndung des vorhergehenden Verstoßes die notwendige Lehre hätte ziehen können.¹⁷⁴

¹⁶⁹ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 126.

¹⁷⁰ *Engelsing/Schneider* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 129.

¹⁷¹ *Kienapfel*, Wiederholungstaten im Kartellrecht - zum gegenwärtigen Stand der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, ÖZK 2009, 8 (8).

¹⁷² EuG 30.09.2003, T-203/01, *Michelin/Kommission* Rz 293.

¹⁷³ EuGH 8.2.2007, C-3/06 P – *Group Danone/Kommission* Rz 39.

¹⁷⁴ *Soyez*, Die Bußgeldleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, 596 (600).

4.3 Rechtsgrundlage – Grundrechte, *nulla poena sine lege*

Wie bereits unter Punkt 3.1 dargestellt, ist Art 23 VO 1/2003 iVm Art 103 AEUV die Rechtsgrundlage, auf deren Basis die Kommission die Bußgelder bemisst und verhängt. Als Maßstab für die Bemessung sind demnach die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung heranzuziehen, wobei in Summe die Obergrenze von 10 % des von dem Unternehmen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtzusatzes nicht überschritten werden darf. Die Tatwiederholung als Bemessungskriterium findet in Art 23 keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage. Trotzdem wird in einem Fall, in dem die Kommission eine Wiederholungstat feststellt, das Bußgeld erheblich – nämlich um bis zu 100 % des Grundbetrags – erhöht. Der Umstand, dass dies lediglich auf Grundlage der Leitlinien geschieht, wirft die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens auf. Es stellt sich die Frage aufgrund welcher Ermächtigungsgrundlage die Kommission befugt ist, eine solche Erhöhung vorzunehmen. Zu klären ist, ob dieser Vorgang mit den allgemeinen Rechtssatzprinzipien, vor allem aber mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit sowie dem Prinzip *nulla poena sine lege*, vereinbart werden kann. Bereits gemäß ErwGr 37 der VO 1/2003 werden die Grundrechte durch die VO gewahrt und soll diese im Einklang mit den Prinzipien, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind, stehen, sodass die Verordnung in Übereinstimmung mit den Grundrechten auszulegen und anzuwenden ist.¹⁷⁵

Nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit müssen Rechtsakte der Union die Gebote der Transparenz und Vorhersehbarkeit erfüllen. Unionsbürger (und auch Unions-Unternehmen) sollen erkennen können, welches Recht wann und wie für sie gilt und welche möglichen Konsequenzen ein etwaiger Verstoß nach sich ziehen kann. Der Bestimmtheitsgrundsatz lässt sich folglich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ableiten und verlangt, dass Sanktionen wie Bußgelder nur verhängt werden, wenn ihnen eine klare und unzweideutige Ermächtigung zugrunde liegt. Aufgrund dieser Grundsätze müssen Art und Höhe der Bußgelder zumindest dem Grunde nach vorhersehbar sein. Der Bestimmtheitsgrundsatz geht jedoch nicht soweit, als dass es den Unternehmen aus den Bestimmungen her möglich sein soll, die Höhe der Geldbuße genau zu errechnen. Die Kommission muss bei der Festlegung also keiner genauen mathematischen Formel folgen. Es besteht jedenfalls ein Interesse daran, den Unternehmen nicht zu ermöglichen aufgrund einer Kosten-Nutzen-Rechnung die finanziellen Vor- und Nachteile eines Kartells im Vorfeld zu errechnen.¹⁷⁶

¹⁷⁵ de *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 10.

¹⁷⁶ *Böni*, Wiederholungstäter im EU-Kartellsanktionsrecht, WuW 2011, 364 f.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Art 23 VO 1/2003 enthält für sich alleine keine klaren Kriterien hinsichtlich der Gewichtung von Schwere und Dauer, die die vom Bestimmtheitsgrundsatz geforderte Transparenz liefern würde.

Im Zusammenhang mit der Erhöhung von Bußgeldern aufgrund einer vorliegenden Tatwiederholung wird immer wieder das Argument der Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Strafen – *nulla poena sine lege* – als Verteidigungsmittel von bebußten Unternehmen herangezogen.¹⁷⁷ Die Gesetzmäßigkeit der Strafen ist ebenfalls Ausfluss aus dem Grundsatz der Rechtsicherheit und des Bestimmtheitsgrundsatzes und ist erfüllt, wenn aus einer Norm klar hervorgeht, welche Handlungen und Unterlassungen zu welchen Sanktionen führen. Es darf keine Strafe verhängt werden, ohne dass ihr ein bestimmtes Gesetz zugrunde liegt.¹⁷⁸

Nach stRsp der europäischen Gerichte gehört dieser Grundsatz zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, die den gemeinsamen Verfahrenstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegen. Auch in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen ist das Prinzip verankert, wie bspw in Art 7 Abs 1 EMRK, aber auch in Art 49 Abs 1 der Charta der Grundrechte der EU und führt so zu einer Anwendbarkeit im Bereich des Wettbewerbsrechts für Geldbußen.¹⁷⁹

Die Kommission bezieht sich bei der Bemessung der Geldbußen auf die von ihr erlassenen Leitlinien. Der EuGH¹⁸⁰ hat hierzu festgehalten, dass die Leitlinien nicht die Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße darstellen, sondern lediglich die Anwendung von Art 23 VO 1/2003 [Art 15 Abs 2 VO 17] erläutern und konkretisieren. Auch wenn die Leitlinien also nicht die Rechtsgrundlage für die Bemessung der Geldbuße darstellen, schaffen sie jedoch Rechtssicherheit für die Unternehmen, da sie eine Regelung des Verfahrens enthalten, das sich die Kommission zur Festsetzung der Geldbuße auferlegt hat.¹⁸¹

Das Vorliegen einer ausreichenden Rechtsgrundlage wurde jedoch vor allem für die in den Leitlinien genannten erschwerenden oder mildernden Umstände – insbesondere des Umstands

¹⁷⁷ Vgl EuG 25.10.2005, T-38/02 – Groupe Danone/Kommission.

¹⁷⁸ de *Bronett*, Europäisches Kartellverfahrensrecht² Art 23 Rn 12.

¹⁷⁹ *Kienapfel*, Wiederholungstaten im Kartellrecht, OZK (2009) 8 (9).

¹⁸⁰ EuGH 8.2.2007, C 3/06P – Groupe Danone/Kommission Rz 28;

¹⁸¹ EuGH 8.2.2007, C 3/06P – *Groupe Danone/Kommission* Rz 23.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

der Wiederholungstäterschaft – bereits mehrmals angezweifelt und in Klagen gegen die Kommissionsentscheidung kundgetan.¹⁸²

Das EuG hat in seinem *Danone*-Urteil¹⁸³ zu diesen Vorwürfen Stellung genommen und festgestellt, dass die Berücksichtigung der Tatwiederholung nicht gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* verstoße, was in Folge auch vom EuGH¹⁸⁴ bestätigt wurde.¹⁸⁵ Der EuGH hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

„Die Schwere einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, die bei der Festsetzung der Höhe der zu verhängenden Geldbußen zu berücksichtigen ist, ist unter Heranziehung zahlreicher Faktoren zu ermitteln, in Bezug auf die die Kommission über ein Ermessen verfügt. Die Berücksichtigung erschwerender Umstände bei der Festsetzung der Geldbuße steht im Einklang mit der Aufgabe der Kommission, die Übereinstimmung des Verhaltens der Unternehmen mit den Wettbewerbsregeln zu gewährleisten.

Ein etwaiger Wiederholungsfall zählt zu den Gesichtspunkten, die bei der Prüfung der Schwere der betreffenden Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind.

Die Auffassung, wonach es der Praxis der Kommission im fraglichen Bereich vor dem Inkrafttreten der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, an Klarheit und Vorhersehbarkeit gefehlt habe, verkennt daher den rechtlichen Zusammenhang zwischen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, der die Rechtsgrundlage der streitigen Entscheidung darstellt, und den Leitlinien.

Die Leitlinien stellen nämlich nicht die Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße dar, sondern erläutern nur die Anwendung von Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Unternehmen auch ohne Bestehen der Leitlinien stets in der Lage waren, die rechtlichen Konsequenzen ihrer Handlungen vorherzusehen.

¹⁸² EuG 25.10.2005, T-38/02 – *Groupe Danone/Kommission* Rz 321 f; EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05 – *BASF und UBC/Kommission* Rz 56.

¹⁸³ EuG 25.10.2005, T-38/02 – *Groupe Danone/Kommission* Rz 347-349, 362-363.

¹⁸⁴ EuGH 8.2.2007, C 3/06P – *Groupe Danone/Kommission* Rz 30.

¹⁸⁵ Anzumerken ist hier, dass zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung noch die LL 1998 und die VO 17 in Kraft waren. Die EuGH-Entscheidung ist jedoch gleichfalls für die derzeit in Geltung stehenden Regelungen gültig.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Die Kommission darf daher bei der Ausübung ihres Ermessens davon ausgehen, dass sich der Gesichtspunkt des Wiederholungsfalls auf die Schwere der begangenen Zuwiderhandlung bezieht, und kann diesen Wiederholungsfall als erschwerenden Umstand einstufen, ohne gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* zu verstoßen.¹⁸⁶

4.4 Definition/Abgrenzung Wiederholungstat – Rechtsprechungsanalyse

4.4.1 Voraussetzungen der Vortat

Die Z 28 der Leitlinien 2006 verlangt, dass für eine Tatwiederholung eine gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlung in der Vergangenheit bereits vorlag. In Frage steht hier die Art des Verstoßes, die Identität der Zuwiderhandlung. Welche Eigenschaften müssen vorliegen, dass es sich um eine gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlung handelt? Eine Analyse der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission und der Judikatur der Gerichte soll hierüber Aufschluss geben.

In der Entscheidung *Michelin* hat die Kommission festgestellt, dass, obwohl die Entscheidung hinsichtlich des ersten Verstoßes¹⁸⁷ einen anderen räumlichen Markt als der ihr vorliegende Sachverhalt betraf, nicht gegen das Vorliegen eines gleichartigen oder ähnlichen Verstoßes spreche. Nach Ansicht der Kommission ist ein wettbewerbsrechtlich verurteiltes Unternehmen „nicht nur verpflichtet [...], seine missbräuchlichen Praktiken in dem relevanten Markt einzustellen, sondern auch, seine Geschäftspolitik in der gesamten Gemeinschaft mit der ihm zugestellten Einzelentscheidung in Einklang zu bringen“. Die Kommission stellte daraufhin fest, dass der von Michelin verübte Verstoß eine Tatwiederholung darstelle und erhöhte den Grundbetrag der Geldbuße um 50 %.¹⁸⁸ Das EuG bestätigte das Vorliegen eines Rückfalls durch *Michelin*.¹⁸⁹

Das Vorliegen einer Tatwiederholung in der *Michelin*-Entscheidung wurde auch darauf gestützt, dass in beiden Entscheidungen von der Kommission beanstandet wurde, dass ein Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt für neue LKW/Bus-Nachrüstungsreifen ein Rabattsystem anwandte, das geeignet war den Wettbewerb zu behindern. Somit lag ein

¹⁸⁶ Leitsatz 1 zu EuGH 8.2.2007, C 3/06P – *Groupe Danone/Kommission*, Rz 25-30.

¹⁸⁷ Kommission 7.10.1981, IV/29.491 – *Michelin I*; EuGH 9.11.1983, 322/81.

¹⁸⁸ Kommission 20.6.2001, COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*, Rz 362 f.

¹⁸⁹ EuG 30.9.2003, T-203/01 - *Michelin/Kommission*.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

gleichartiger Verstoß vor.¹⁹⁰ Jedoch setzt die Kommission für das Vorliegen einer Wiederholungstat nicht das Vorliegen derselben wettbewerbswidrigen Praktik voraus. Der vorausgehende Verstoß und die neue (wiederholende) Zuwiderhandlung können unterschiedliche Praktiken betreffen (Preisabsprachen, vertikale Vereinbarungen, horizontale Vereinbarungen, Marktaufteilungen, etc) und trotzdem eine identische Zuwiderhandlung darstellen.

In der *Gipsplatten*-Entscheidung beispielsweise stellte die Kommission fest, „dass allein die Tatsache, dass gegen das untersuchte Unternehmen [BPB] bereits eine Zuwiderhandlung festgestellt wurde und dass es trotz dieser Feststellung und der auferlegten Geldbuße fortgefahren hatte, an einer von der gleichen Vertragsbestimmung erfassten Zuwiderhandlung mitzuwirken, Nachweis für einen Rückfall“ ist.¹⁹¹ Die Kommission erachtet es für das Vorliegen eines gleichartigen oder ähnliches Verstoßes als ausreichend, dass ein Verstoß gegen dieselbe Vertragsbestimmung, also ein Verstoß bspw gegen Art 101 AEUV, vorliegt.

Auch die Tatsache, dass mehrere begangene Verstöße in unterschiedlichen Sektoren stattgefunden haben, hindert nicht die Einordnung als Tatwiederholung. In der *Gipsplatten*-Entscheidung¹⁹² wurden Verstöße mehrerer Unternehmen in der Gipsplattenerzeugung geahndet. Zwei der untersuchten Unternehmen wurde ein Aufschlag von 50 % aufgrund eines Rückfalls auferlegt. Während das eine Unternehmen das erste Vergehen auf dem Kartonagen-Sektor begangen hatte, wurde für das andere Unternehmen ein früherer Verstoß auf dem Zement-Sektor festgestellt. In der verbundenen Rs *BASF und UBC* bestätigt das Gericht ebenfalls, dass eine Tatwiederholung nicht denselben Warenmarkt betreffen muss. Die Zuwiderhandlung muss lediglich unter dieselbe Vorschrift des Vertrags fallen.¹⁹³ Im *Hoechst*-Urteil ergänzt der EuG hierzu erklärend: „Die Sanktionen für Kartellverhalten bei einem Erzeugnis sollten von der Verletzung des einschlägigen Verbots allgemein, unabhängig von dem betroffenen Erzeugnis, abschrecken.“¹⁹⁴

¹⁹⁰ EuG 30.9.2003, T-203/01 - *Michelin/Kommission* Rz 286 f.

¹⁹¹ Kommission 27.11.2002, COMP/E-1/37.152 – *Gipsplatten* Rz 563.

¹⁹² Kommission 27.11.2002, COMP/E-1/37.152 – *Gipsplatten* Rz 560.

¹⁹³ EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05 - *BASF und UBC/Kommission* Rz 64.

¹⁹⁴ EuG 18.6.2008, T-410/03 - *Hoechst/Kommission* Rz 455.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Für die Bebußung eines Wiederholungsfalles ist es nicht notwendig, dass für den vorausgehenden Verstoß eine Geldbuße verhängt wurde. Die bloße Feststellung über eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ist hierfür vollkommen ausreichend.¹⁹⁵

Weiters hat der EuGH in seiner *Lafarge*-Entscheidung bestätigt, dass die Kommission einen Wiederholungsfall bereits berücksichtigen darf, wenn das fragliche Unternehmen zuvor wegen einer gleichartigen Zuwiderhandlung belangt wurde, selbst dann wenn diese Entscheidung noch nicht rechtskräftig war. Hieraus kann gefolgert werden, dass eine Entscheidung der Kommission, selbst wenn sie noch gerichtlicher Kontrolle unterliegt, uneingeschränkt wirksam ist. Dies zumindest solange bis das Gericht oder der Gerichtshof nichts anderes bestimmt.¹⁹⁶ Im Falle einer Nichtigkeitsklärung der früheren Entscheidung durch den EuGH, müsste die Kommission, sofern sie dieser ihrer Entscheidung hinsichtlich der Tatwiederholung zugrunde gelegt hat, ihre Entscheidung diesbezüglich gemäß Art 266 AEUV von sich aus abändern.

4.4.2 Fortgesetzte Zuwiderhandlung

In diesem Punkt geht es darum zu klären, ob ein Wiederholungsfall vorliegt, wenn ein Unternehmen nach Zustellung einer Verbotsentscheidung die wettbewerbswidrige Handlung, auf die sich die Verbotsentscheidung bezieht, zwar abstellt, jedoch wettbewerbswidrige Handlungen in anderen Märkten, Sektoren oder hinsichtlich anderer Produktgruppen fortsetzt.¹⁹⁷

Zwei Entscheidungen sind in Bezug auf die erste Frage richtungsweisend. Während im *Thyssen*-Urteil¹⁹⁸ das Gericht entschied, dass entgegen der Entscheidung der Kommission kein Wiederholungsfall hinsichtlich der neuerlichen wettbewerbswidrigen Handlung vorliegt, wurde in den *Lafarge*-¹⁹⁹ und *BPB*-²⁰⁰ Urteilen (zum Gipsplattenkartell) ein solcher bejaht. Die unterschiedlichen Entscheidungen beruhen auf der unterschiedlich langen Dauer der Fortsetzung nach der Feststellung des ersten Verstoßes. Die Negativfeststellung im *Thyssen*-Urteil wurde damit begründet, dass der größte Teil der zu beurteilenden Zuwiderhandlung zeitlich vor der ersten Entscheidung lag (Erstentscheidung vom 18.7.1990, zu beurteilender Verstoß: 30.6.1988

¹⁹⁵ EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission* Rz 387; EuG 25.10.2015, T-38/02 – *Group Danone/Kommission* Rz 363.

¹⁹⁶ EuGH 17.06.2010, C-413/08 P - *Lafarge / Kommission* Rz 82, 86.

¹⁹⁷ *Kienapfel*, OZK 2009, 8 (11).

¹⁹⁸ EuG 11.3.1999, T-141/94 - *Thyssen Stahl/Kommission*.

¹⁹⁹ EuG 8.7.2008, T-54/03 - *Lafarge / Kommission*.

²⁰⁰ EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission*.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

– Ende 1990).²⁰¹ Der relativ kurze Zeitraum (ca sechs Monate) zwischen der ersten Entscheidung und der nachfolgenden Zuwiderhandlung spricht gegen eine Einordnung als Tatwiederholung.²⁰² Laut EuG wird die Berücksichtigung des Wiederholungsfalls durch das zusätzliche Abschreckungsbedürfnis gerechtfertigt, da offensichtlich die Feststellung einer früheren Zuwiderhandlung nicht ausreichend war, um eine Tatwiederholung zu verhindern. „Der Wiederholungsfall erfolgt somit notwendigerweise nach der Feststellung und Ahndung der ersten Zuwiderhandlung, da er seine Ursache darin hat, dass die Sanktion nicht abschreckend genug war.“²⁰³ Ist jedoch zwischen Erstentscheidung und nachfolgender Zuwiderhandlung nur ein sehr geringer Zeitraum bzw werden die Handlungen Großteils zeitgleich ausgeübt, konnte die erste Entscheidung noch keine abschreckende Wirkung auf den neuerlichen Verstoß entfalten. Eine Einstufung als Wiederholungsfall aufgrund einer fortgesetzten Handlung wäre in einem solchen Fall ausufernd und würde nicht dem ihn innewohnenden Zweck entsprechen. Im Unterschied zum Sachverhalt aus dem Thyssen-Urteil beteiligte sich BPB nach der Erstentscheidung noch mehr als vier Jahre am untersuchten Kartell. Die Beurteilung, ob ein Wiederholungsfall vorliegt, hängt von der Bewertung der besonderen Merkmale des konkreten Falles ab, die von der Kommission im Rahmen ihres Ermessens vorgenommen wird. Aufgrund des wesentlich längeren Zeitraums, der zwischen der ersten Entscheidung und des späteren Verstoßes liegt, wurde in diesem Fall das Vorliegen eines Wiederholungsfalles bestätigt.²⁰⁴

In einer weiteren Entscheidung der Kommission, die sich auf die zuvor erwähnten stützt, wurde das Vorliegen eines Wiederholungsfalles aufgrund eines fortgesetzten Verhaltens nach einer vorausgehenden Entscheidung festgestellt. Auch in diesem Fall lief der neuerliche Verstoß mehrere Jahre parallel zu der mit der vorausgehenden Entscheidung geahndeten Zuwiderhandlung. Nach der im Juli 1994 erlassenen Entscheidung setzte das Unternehmen den als Rückfall eingestuften Verstoß noch bis Ende Oktober 1996, also über zwei Jahre, fort, was eindeutig zeigte, dass das Unternehmen durch die vorausgegangene Entscheidung nicht von der Teilnahme an einer vergleichbaren Zuwiderhandlung abgehalten wurde.²⁰⁵ Der bezweckte

²⁰¹ EuG 11.3.1999, T-141/94 - *Thyssen Stahl/Kommission* Rz 617 f.

²⁰² *Kienapfel*, OZK 2009, 8 (11).

²⁰³ EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission* Rz 392.

²⁰⁴ EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission* Rz 394.

²⁰⁵ Kommission 1.10.2003, COMP/E-1/ 37.370 – *Sorbate* Rz 361.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Lerneffekt konnte durch die erste Sanktionierung also nicht erreicht werden. Das EuG bestätigte dieses Ergebnis.²⁰⁶

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Unternehmen eine zumindest kurze Zeitspanne zuzubilligen ist, in der sie ihr Verhalten nach einer Entscheidung der Kommission anpassen können und nicht sogleich ein Wiederholungsfall festzustellen ist, aufgrund dessen eine erhöhte Geldbuße über sie verhängt wird.²⁰⁷

4.4.3 Einheitliche und fortdauernde Zuwiderhandlung

Im Gegensatz zur fortgesetzten Zuwiderhandlung behandelt dieser Abschnitt jene Fälle, in denen mehrere Handlungen oder Verhaltensweisen entweder als „einheitliche und fortdauernde Handlung“ oder als einzelne unterschiedliche Zuwiderhandlungen, also erneute Begehungen einzustufen sind. Die Einordnung als eine einheitliche Zuwiderhandlung oder als Vielzahl einzelner Verstöße ist Ausgangspunkt für mögliche Sanktionen. Werden die Handlungen als mehrere einzelne Verstöße eingestuft, können für jede dieser Handlungen getrennt Geldbußen verhängt werden. Und sich daraus in Folge auch Tatwiederholungen ergeben. Vorteilhaft kann die Feststellung einzelner Verstöße dann sein, wenn einzelne Zuwiderhandlungen bereits verjährt sind.²⁰⁸ Dies ist gemäß Art 25 VO 1/2003 nach fünf Jahren der Fall.

Hierzu wurde im Urteil *Aalborg Portland/Kommission* entschieden, dass eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV „aus einer Reihe von Handlungen sowie aus einem fortgesetzten Verhalten ergeben kann, die sich wegen ihres identischen Zwecks der Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts in einen „Gesamtplan“ einfügen.“ Beruhen einzelne Handlungen also aufgrund eines Gesamtplans, ist die Kommission berechtigt, auch wenn das betroffene Unternehmen nur an einem Teil des Verstoßes unmittelbar beteiligt bzw. mitgewirkt hat, alle Handlungen als einheitliche Zuwiderhandlung dem Unternehmen zuzurechnen.²⁰⁹

²⁰⁶ EuG 18.6.2008, T-410/03 - Hoechst/Kommission.

²⁰⁷ *Kienapfel*, OZK 2009, 8 (11).

²⁰⁸ Maritzen, Die einheitliche und fortdauernde Zuwiderhandlung, ÖZK 2010, 92; vgl. auch EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05 - *BASF und UBC/Kommission* Rz 158 f.

²⁰⁹ EuGH 7.1.2004, C-204/00 P - *Aalborg Portland u.a./Kommission*.Rz 258.

4.4.4 Unternehmensidentität

Z 28 der Leinlinien 2006 sieht die Möglichkeit einer Erhöhung des Grundbetrages um bis zu 100 % vor, „nachdem die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde festgestellt hat, dass das Unternehmen gegen Artikel 81 oder Artikel 82 verstoßen hatte;“. Für die Erhöhung des Bußgeldes muss das Unternehmen bereits einen Verstoß begangen haben. Wie weit der Begriff Unternehmen geht, wurde bereits oben unter Punkt 2.1 und 2.2 aber vor allem bei der Beschreibung der Konzernhaftung (2.2.2) und Haftung nach Umstrukturierungen (2.2.3) ausführlich dargestellt. Für die wiederholte Sanktionierung ist die Identität des Unternehmens, das die Zuwiderhandlung begeht bzw begangen hat, Voraussetzung. In der Rsp zur Wiederholungstäterschaft im Konzern, sieht man, wie weit die Kommission den Begriff der wirtschaftlichen Einheit tatsächlich auslegt, va wenn Muttergesellschaften für wiederholte höher sanktioniert werden, die unterschiedliche Tochtergesellschaften, zu unterschiedlichen Zeitpunkten, in unterschiedlichen Branchen begangen haben, höher sanktioniert werden. Auch die europäischen Gerichte beschränken das Ermessen der Kommission in dieser Hinsicht nicht streng. Erst vereinzelt wurden Entscheidungen der Kommission hinsichtlich einer Erhöhung wegen Wiederholungstätern aufgehoben bzw eingeschränkt.²¹⁰ Solche Entscheidungen zeigen, wo das Ermessen der Kommission seine endgültigen Grenzen findet.

Das EuG stellte in seinen Urteilen *ENI/Kommission*²¹¹ und *Polimeri/Kommission*²¹² klar, dass die Kommission „hinreichend substantiierte[] und genaue Anhaltspunkte“ anzuführen habe, „dass dasselbe ‚Unternehmen‘ im Sinne von Art 81 EG [(Art 101 AEUV)] erneut eine Zuwiderhandlung begangen hatte.“, um den Grundbetrag der Geldbuße zu erhöhen. Dieses Kriterium konnte die Kommission der angefochtenen Entscheidung *Butadienkautschuk*²¹³ nicht erfüllen. Das EuG hob die Entscheidung der Kommission über die Erhöhung aufgrund der Wiederholungstäterschaft in Bezug auf beide Adressaten – Eni und Polimeri - auf. Diese Entscheidungen wurden in Folge vom EuGH²¹⁴ bestätigt.

²¹⁰ EuG 13.7.2011, T-39/07 – *Eni/Kommission* Rz 171.

²¹¹ EuG 13.7.2011, T-39/07 – *Eni/Kommission* Rz 171.

²¹² EuG 13.7.2011, T-59/07 – *Polimeri/Kommission* Rz 303.

²¹³ Kommission 29.11.2006, COMP/F/38.638 – *Butadien-Kautschuk und Emulsionsstyrol-Butadienkautschuk*.

²¹⁴ EuGH 13.6.2013, C-511/11 P - *Versalis /Kommission* Rz 137; ebenso EuGH 13.6.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission*.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Doch wann und wie kann die Kommission „hinreichend substantiierte und genaue Anhaltspunkte“ in ihrer Entscheidung liefern und in welchen Fällen ist die Begründung nicht ausreichend, um ein Unternehmen für einen wiederholten Verstoß höher zu bebußen?

Die Entscheidung *Butadienkautschuk* adressierte unter anderem Eni S.p.A. als Muttergesellschaft und Polimeri Europa S.p.A. als Tochtergesellschaft und verhängte gegen diese gesamtschuldnerisch Geldbußen in Höhe von 272,25 Mio EUR. Aufgrund einer durch die Kommission festgestellten Wiederholung wurde die Geldbuße um 50 % erhöht. Die Kommission ging dabei davon aus, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits Entscheidungen wegen Kartelltätigkeiten von der Kommission an dieselben Unternehmen gerichtet wurden, was eine Erhöhung rechtfertige. Dabei stützte sich die Kommission auf die Rechtsprechung im Fall *Michelin*²¹⁵, wonach das Kriterium derselben „Person“ erfüllt sei, wenn dasselbe Unternehmen die betreffende Zuwiderhandlung begeht. Dabei müssen die Entscheidungen nicht dieselben juristischen Personen in einem Unternehmen, dieselben Produkte und Mitarbeiter zum Gegenstand haben. Ebenso dürfen interne Umstrukturierungen lt der Kommission keinesfalls Auswirkung darauf haben, ob diese Umstände vorliegen.²¹⁶

Die Kommission bezog sich hinsichtlich der früheren Verstöße desselben auf die Entscheidungen *Polypropylen*²¹⁷ und *PVC II*²¹⁸, die lt ihr bereits gegen dasselbe Unternehmen „Eni“ gerichtet waren. Der EuG hob die Entscheidung hinsichtlich des Erhöhungssatzes, wie bereits erwähnt, auf. Lt EuG legte die Kommission nicht hinreichend substantiiert dar, dass es sich in der angefochtenen Entscheidung um dasselbe Unternehmen wie in den Entscheidungen *Polypropylen* und *PVC II* handelte und deshalb ein Wiederholungsfall nicht begründet war. Polimeri brachte in seiner Klage gegen die Entscheidung der Kommission vor, dass es an der Unternehmensidentität für einen Wiederholungsfall fehlte. Das EuG bestätigte zwar nicht das Fehlen der Unternehmensidentität, jedoch machte es klar, dass die Kommission eine solchen nicht ausreichend nachgewiesen habe. Das EuG verweist in seiner Entscheidung darauf, dass im vorliegenden Fall die Entwicklung der Struktur und der Kontrolle der betroffenen Gesellschaften äußerst komplex ist. Genau aus diesem Grund oblag es der Kommission, „besonders genau vorzugehen

²¹⁵ EuG 30.9.2003, T-203/01 - *Michelin/Kommission*.

²¹⁶ Kommission 29.11.2006, COMP/F/38.638 – *Butadien-Kautschuk und Emulsionsstyrol-Butadienkautschuk* Rz 487 f.

²¹⁷ Kommission 23.4.1986, IV/31.149 – *Polypropylen*.

²¹⁸ Kommission 27.7.1994, IV/31.865 – *PVC II*.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

und sämtliche substantiierten Anhaltspunkte anzuführen, die für die Annahme erforderlich waren, dass die von der angefochtenen Entscheidung betroffenen Gesellschaften und die von den Entscheidungen *Polypropylen* und *PVC II* betroffene Gesellschaften dasselbe ‚Unternehmen‘ im Sinne von Art 81 EG bildeten.²¹⁹

In einer erneuten Entscheidung gegen *Eni SpA* und *Versalis SpA* (vormals *Polimeri Europa SpA*) verhängte die Kommission wieder gesamtschuldnerisch Geldbußen, die aufgrund der erneut festgestellten Wiederholung diesmal um 60 % erhöht wurden.²²⁰ Wiederum verwies die Kommission auf die bereits gegen das Unternehmen festgestellten Verstöße in den Entscheidungen *Polypropylen* und *PVC II*. In diesem Fall bestätigte das EuG die Entscheidung der Kommission im Punkt der festgestellten Wiederholungstäterschaft teilweise. Es war der Auffassung, dass der erschwerende Umstand des Wiederholungsfalls nicht bei *Eni* angenommen werden könne, jedoch aber bei *Versalis*. Damit begründete der EuG auch die Herabsetzung des Erhöhungssatzes von 60 auf 50 %.²²¹

Das EuG hat seine Entscheidung, dass die festgestellte Zuwiderhandlung nicht als Wiederholungstäterschaft von *Eni* (der Muttergesellschaft) angesehen werden könne, auf zwei einander ergänzende Erwägungen gestützt. Die erste Erwägung beruht darauf, dass die Kommission in den Entscheidungen *Polypropylen* und *PVC II* weder nachgewiesen noch behauptet hat, dass die Adressaten dieser Entscheidungen, nämlich die *Anic SpA* und *EniChem*, ihr Verhalten in den von den Zuwiderhandlungen betroffenen Zeiträumen nicht eigenständig bestimmt haben. Die Kommission hat nicht behauptet, dass diese beiden Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit zum fraglichen Zeitpunkt der Zuwiderhandlung mit *Eni* gebildet hätten. Gegen *Eni* war in diesen beiden Entscheidungen weder eine Geldbuße verhängt worden, noch war *Eni* Adressatin der Entscheidung, weshalb ihr auch keine Mitteilung der Beschwerdepunkte zugegangen war. Zweitens war es *Eni* als Muttergesellschaft in diesen Verfahren nicht möglich, zu widerlegen, dass sie mit den beiden Unternehmen keine wirtschaftliche Einheit gebildet habe, was die Verteidigungsrechte von *Eni* verletzt hat. Somit wurde *Eni* unter Verletzung der Verteidigungsrechte rechtswidrig für die frühere Zuwiderhandlung verantwortlich gemacht.²²² Aus diesen

²¹⁹ EuG 13.7.2011, T-59/07 – *Polimeri/Kommission* Rz 302; vgl auch EuG 13.7.2011, T-39/07 – *Eni/Kommission* Rz 170.

²²⁰ Kommission 5.12.2007, COMP/F/38.629 – *Chloropren-Kautschuk*.

²²¹ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 29.

²²² EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 36 f; unter Verweis auf EuG 13.12.2012, T-103/08 – *Versalis und Eni/Kommission* Rz 269 f.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

beiden Gründen kann Eni nicht für einen wiederholten Verstoß unmittelbar sanktioniert werden.²²³

Der EuGH bestätigte die Urteile des EuG und nutzte die Möglichkeit, um detailliert auf „den besonderen Fall der Feststellung eines Wiederholungsfalls im Kontext aufeinanderfolgender, von Konzerngesellschaften begangener Zuwiderhandlungen, und zwar konkret die besondere Situation, in der die Wiederholungstäterschaft einer Muttergesellschaft allein auf der Grundlage des vorherigen Verhaltens einer ihrer Tochtergesellschaften festgestellt wird“, einzugehen.²²⁴

Mehrere zu Fallvarianten können in diesem Zusammenhang vorliegen:²²⁵

- a. Die frühere Zuwiderhandlung einer Tochtergesellschaft eines Konzerns kann berücksichtigt werden, um die Wiederholungstäterschaft einer anderen Tochtergesellschaft dieses Konzerns festzustellen.
- b. Die frühere Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft eines Konzerns kann berücksichtigt werden, um die Wiederholungstäterschaft der Konzernmuttergesellschaft aufgrund eines Verhaltens dieser oder einer anderen Tochtergesellschaft des Konzerns festzustellen.
- c. Die frühere Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft eines Konzerns kann berücksichtigt werden, um die Wiederholungstäterschaft der Konzernmuttergesellschaft festzustellen, wobei diese aufgrund ihres eigenen Verhaltens mit einer Sanktion belegt wird.
- d. Auch die gegenteilige Situation, die frühere Zuwiderhandlung der Muttergesellschaft eines Konzerns kann berücksichtigt werden, um die Wiederholungstäterschaft der Tochtergesellschaft festzustellen.

Das zu diskutierende Kernproblem dieser Fallgruppen liegt darin, dass die Kommission durch die Anwendung des Begriffs des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit die Geldbuße gegenüber einer Muttergesellschaft erhöhen kann, aufgrund einer früheren Zuwiderhandlung, obwohl sie für diese erste Zuwiderhandlung nicht mit einer Sanktion belegt wurde und auch

²²³ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 39.

²²⁴ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 48.

²²⁵ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 60.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

nicht an dem Verfahren beteiligt war, dass zu der vorausgehenden Entscheidung geführt hat, auf die in Folge eine Erhöhung gestützt wird.²²⁶

Nachdem das EuG die Entscheidungspraxis der Kommission in diesem Zusammenhang eher strittig beurteilt hat - diese teilweise als zulässig erachtet und teilweise abgelehnt hat - und der EuGH bisher erst einmal in seinen Urteilen *Eni/Kommission* und *Versalis/Kommission* hierzu entschieden hat, wobei er die festgestellte Wiederholungstäterschaft für nichtig erklärt hat, will er diese Fragestellung hinsichtlich des Ermessens der Kommission nochmals genauer unter die Lupe nehmen.²²⁷ Vor allem im Zusammenhang mit den durch die Muttergesellschaft wahrzunehmenden Verteidigungsrechten hat sich der EuGH bisher noch nicht abschließend geäußert.

Nach den Entscheidungen *Eni/Kommission* und *Versalis/Kommission* ist die Feststellung eines Wiederholungsfalles einer Muttergesellschaft für den Erstverstoß ihrer Tochtergesellschaft nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sie von den erforderlichen Garantien begleitet wird. Dies betrifft insbesondere die Einhaltung einer genauen Begründungspflicht der Kommission, die in den genannten Entscheidungen nicht ausreichend vorlag. Für die Wahrung der Verteidigungsrechte der Muttergesellschaft ist auf den Zeitpunkt des Erlasses der zweiten Entscheidung über die Zuwiderhandlung abzustellen. In dieser Hinsicht hat das EuG einen Rechtsfehler begangen, als dass es seine Entscheidung damit begründet hat, dass Eni im Zuge der Entscheidungen *Polypropylen* und *PVC II* seine Verteidigungsrechte als Nichtadressat nicht wahren konnte.²²⁸

Neben den in den Urteilen *Eni/Kommission* und *Versalis/Kommission* festgestellten Begründungserfordernissen müssen im Zusammenhang mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Konzerne insbesondere die Verteidigungsrechte der Gesellschaft, deren Wiederholungstäterschaft behauptet wird, von der Kommission strikt gewahrt werden. Dies vor allem dann, wenn die Geldbuße gegenüber einer Gesellschaft wegen eines Wiederholungsfalles erhöht wird und sich die Kommission hierfür lediglich auf eine frühere Feststellung einer ähnlichen Zuwiderhandlung stützt, die dieser Gesellschaft eventuell zugerechnet hätte werden können, ohne dass dies in einer an sie gerichteten Entscheidung festgestellt worden wäre. Die Verteidigungsrechte können in einem solchen Fall lt. EuGH nur dann gewahrt werden und somit zu einer

²²⁶ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 61.

²²⁷ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 62 f.

²²⁸ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 73 f.

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

rechtmäßigen Entscheidung führen, wenn die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Muttergesellschaft richtet, in der sie gezielt die Absicht mitteilt, eine Sanktion gegen sie zu verhängen, die aufgrund eines Wiederholungsfalls verschärft wird und die Grundlage und Gründe dafür genau darlegt. Sofern die Erstentscheidung an eine andere Gesellschaft erging, muss die Kommission darüber hinaus mitteilen, dass sie beabsichtigt für die Feststellung des Wiederholungsfalls auf die Vermutung abzustellen, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf die damals mit einer Geldbuße belegten Tochtergesellschaft zum fraglichen Zeitpunkt des früheren Verstoßes hatte und auch die Gründe auf die sie sich hierfür stützt, angeben. Nur aufgrund einer solchen Mitteilung, kann die Gesellschaft ihre Verteidigungsrechte wahren.²²⁹ Ein einfacher Hinweis durch die Kommission, wie im vorliegenden Sachverhalt geschehen, reicht für die Begründung einer Wiederholungstäterschaft nicht aus.

Zusammengefasst muss die Kommission also beweisen, dass die an der zweiten Zuwiderhandlung beteiligte Muttergesellschaft bereits zum Zeitpunkt der ersten Zuwiderhandlung einen bestimmenden Einfluss, auf die an der ersten Zuwiderhandlung beteiligte Tochtergesellschaft, ausgeübt hat. Zusätzlich muss die Kommission, um die Verteidigungsrechte zu wahren, bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte das Vorliegen der Voraussetzung eines Wiederholungsfalls beweisen.²³⁰

4.5 Verjährung

Das Thema einer möglichen Verjährungsfrist wird in der Literatur äußerst kontrovers diskutiert. Hier stellt sich die Frage, wie lange ein vorausgehender Verstoß zurück liegen kann, sodass eine erneute Zuwiderhandlung als Wiederholungsfall eingestuft werden kann. Die Kommission selbst hat bisher keine zeitliche Grenze für die Berücksichtigung früherer Verstöße

²²⁹ EuGH 5.3.2015, C-93/13 P und C-123/13 P – *Kommission/Versalis ua* Rz 82 f.

²³⁰ Kartellrechtsblog, Wiederholungstäterschaft und Geldbußenbemessung – „Zum zehnten Mal wiederholt, wird es gefallen“, EuGH 05.03.2015, C-93/13P – „ENI & Versalis“, 9.3.2015 <http://www.kartellrechtsblog.at/2015/03/09/wiederholungstaeterschaft-und-geldbussenbemessung-zum-zehnten-mal-wiederholt-wird-es-gefallen/> (abgefragt am 20.11.2015).

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

gezogen. In der Entscheidung *Brasseries Kronenbourg*²³¹ lag die Vortat 20 Jahre zurück, während in der Entscheidung *Interbrew und Alken-Maes*²³² die Zeitspanne zwischen den Entscheidungen sogar 30 Jahre betrug. Kritisiert wird dieser lange Zeitraum vor allem mit der Begründung, dass dies aus rechtsstaatlichen Gründen zu weitgehend ist.²³³

Im Urteil *Danone* hat sich der EuGH erstmals zu einer möglichen Verjährungsfrist geäußert und der Kommission zugestimmt, wonach eine solche nicht gegeben ist. Er hat eine Zeitspanne von zehn Jahren zwischen zwei Zuwiderhandlungen als verhältnismäßig kurze Zeitspanne angesehen.²³⁴ Der EuGH bestätigte diesbezüglich die Ausführungen des EuG. Dieses hat ausgeführt, dass weder die Verordnung Nr. 17 (auch nicht die VO 1/2003), noch die Leitlinien eine Höchstfrist für die Feststellung eines Wiederholungsfalles vorsehen, weshalb auch der Grundsatz der Rechtssicherheit nicht verletzt sein kann. Dieser kann nur dann verletzt sein, wenn eine derartige Frist im Voraus klar und dezidiert ersichtlich ist.²³⁵ Die Berücksichtigung von auch weit zurück liegenden Zuwiderhandlungen liegt also völlig im Ermessen der Kommission, wenn sie die Schwere eines Verstoßes beurteilt, worunter auch die Beurteilung eines Wiederholungsfalles und dessen besonderen Merkmalen gehören. Begründet wird dieses Vorgehen auch damit, dass die Berücksichtigung eines Wiederholungsfalles in der Bemessung der Geldbuße äußerst wichtig ist, insofern der Zweck verfolgt wird, jene Unternehmen, die bereits eine Neigung zur Verletzung von Wettbewerbsregeln in der Vergangenheit gezeigt haben, durch die Erhöhung zu einer Veränderung ihres Verhaltens zu veranlassen.²³⁶

Eine Grenze soll da gezogen werden, wo lange zurück liegende Verstöße bei der Zuordnung als Wiederholungsfall zu keinem Lerneffekt mehr führen können. Dies unter dem Aspekt der möglichen Langlebigkeit von Unternehmen. Für einen möglichen Lerneffekt durch die höhere Sanktionierung müsste der ursprüngliche Verstoß nämlich zumindest noch im „Bewusstsein des Unternehmens präsent“ sein.²³⁷

²³¹ Kommission 29.9.2004, COMP/C.37750/B2 - *Brasseries Kronenbourg*.

²³² Kommission 5.12.2001, IV/37.614/F3 PO - *Interbrew und Alken-Maes*.

²³³ *Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (2007) I VO 1/2003 Art 23 Rn 128.

²³⁴ EuGH 8.2.2007, C-3/06 P – *Group Danone/Kommission*, Rz 40.

²³⁵ EuG 25.10.2015, T-38/02 – *Group Danone/Kommission*, Rz 352 f.

²³⁶ EuGH 8.2.2007, C-3/06 P – *Group Danone/Kommission*, Rz 37 f; vgl auch *Böni*, WuW 2001, 360 (363).

²³⁷ *Böni*, WuW 2001, 360 (363).

4 Die Bußgeldbemessung bei Wiederholungstätern

Auch wenn der EuGH in weiteren Entscheidungen seither das Bestehen einer Verjährungsfrist verneint hat, gibt es bereits Andeutungen dahingehend, dass eine zeitlich unbegrenzte Berücksichtigung früherer Zuwiderhandlung wohl nicht akzeptabel ist. Dies unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²³⁸

4.6 Höhe des Zuschlags

Nach den Leitlinien 2006 kann die Geldbuße im Falle einer wiederholten Zuwiderhandlung um bis zu 100 % erhöht werden. Nach den Leitlinien 1998 war auch bereits eine Erhöhung vorgesehen, jedoch war kein expliziter Erhöhungssatz angegeben.

Auch bei der Festlegung dieses Erhöhungssatzes verfügt die Kommission über einen weiten Ermessensspielraum. Eine mathematische Formel zur Berechnung muss nicht herangezogen werden. Auch frühere Entscheidungen bilden keinen rechtlichen Rahmen für die Festsetzung des Erhöhungsbetrags der Geldbuße.²³⁹ Ebenso wenig muss die Kommission dem Grundbetrag der Geldbuße bei der Festsetzung der Erhöhung Beachtung schenken. Lediglich die Verhältnismäßigkeit des Prozentsatzes der Erhöhung selbst ist ein zu beachtendes Kriterium.²⁴⁰

Während eine Analyse mehrerer Kommissionsentscheidungen zeigt, dass nach den Leitlinien 1998 die Erhöhung zumeist mit 50 % angesetzt wurde und die Kommission dies als angemessen begründete, hat die Kommission den neuen Rahmen der Leitlinien 2006 auch bereits voll ausgeschöpft und Aufschläge bis zu 100 % verhängt. Vor allem in jenen Entscheidungen, in welchen mehrere Adressaten der erschwerende Umstand der Wiederholungstäterschaft angelastet wird, ist erkennbar, dass die Anzahl der früheren Verstöße für die Kommission zur Bemessung der Höhe des Aufschlags ausschlaggebend zu sein scheint. Weitere Begründungen werden jedenfalls nicht angeführt.²⁴¹

²³⁸ EuGH 17.06.2010, C-413/08 P - *Lafarge / Kommission*, Rz 69 f.

²³⁹ EuG 30.9.2003, T-203/01 - *Michelin / Kommission*, Rz 292.

²⁴⁰ EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission*, Rz 401 f.

²⁴¹ Entscheidungen nach LL 2006: Kommission 5.12.2007, COMP/38.629 - *Chloropren-Kautschuk* (60 %, 2 frühere Verstöße, 50 %, 1 früherer Verstoß); Kommission 12.11.2008, COMP/39.125 – *Automobilglas* (60 %, 2 frühere Verstöße); Kommission 22.7.2009, COMP/39.396, *Caliumcarbid*, (100 %, 4 frühere Verstöße und 50 %, 1 früherer Verstoß); Kommission 11.11.2009, COMP/38589 – *Wärmestabilisatoren* (90 %, 3 frühere Verstöße).

5 Geldbußensystem in Österreich

Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot des Art 101 AEUV wurde in Österreich fast wortgleich im § 1 KartG 2005²⁴² umgesetzt. Lediglich Abs 4 weicht von der europäischen Regelung ab und behält die Regelung über Empfehlungskartelle bei, wonach einem verbotenen Kartell gemäß Abs 1 Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleichzustellen sind, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird. Hingegen sind Empfehlungen, die ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hinweisen, vom Kartellverbot wiederum ausgenommen. Den Erläuterungen des Gesetzgebers kann entnommen werden, dass eine nahezu wortgleiche Bestimmung ins österreichische Kartellrecht in der Absicht übernommen wurde, abweichende Behandlungen innerstaatlicher Kartelle zu vermeiden. Aus diesem Grund sind die Regelungen des KartG 2005 auch an die zur Durchführung der materiellen Regelungen erlassene VO 1/2003 so weit als möglich angepasst.²⁴³

Aufgrund dieser Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht können die Entscheidungen sowohl der Kommission als auch die Urteile der europäischen Gerichte als Hilfsmittel zur Interpretation der Bestimmungen des KartG 2005 herangezogen werden.²⁴⁴ Grundsätzlich sind diese jedoch für die österreichischen Wettbewerbsbehörden nicht verbindlich, solange kein Zwischenstaatlichkeitsbezug gemäß Art 101 AEUV besteht.²⁴⁵ Sobald aber ein von der nationalen Wettbewerbsbehörde zu beurteilender Sachverhalt der von Art 1 KartG 2005 erfasst wird, auch einen Zwischenstaatlichkeitsbezug aufweist, kommt zusätzlich Art 101 AEUV zur Anwendung. Das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels dient der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des gemeinschaftsrechtlichen vom nationalen Kartellrecht.²⁴⁶

Liegt ein Sachverhalt vor, der die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bewirkt oder bezweckt, genießt die Anwendung von Art 101 AEUV durch die nationalen Behörden Vorrang. Dies da die Anwendung von nationalem Recht gemäß Art 3 Abs 2 VO 1/2003 nicht zu einem Verbot von Vereinbarung, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und

²⁴² Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 61/2005 idF I 13/2013.

²⁴³ Erläuterungen 2005, BlgNr 926 der XXII. GP, Allgemeiner Teil Punkt 1.3 zu § 1.

²⁴⁴ *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht² (2013), 13.

²⁴⁵ Vgl Art 3 VO 1/2003.

²⁴⁶ OGH 26.6.2006, 16 Ok 51/05 – *Alphaltnischanlage II*.

abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, die den Wettbewerb iSd Art 101 AEUV nicht einschränken, die Bedingungen des Art 101 Abs 3 erfüllen oder durch eine GVO gemäß Art 101 Abs 3 AEUV freigestellt sind. Aufgrund dieser materiellrechtlichen Beschränkung ist es möglich, dass die Kommission und die nationale Wettbewerbsbehörde parallel tätig werden, wenn beide gleichzeitig ein Verfahren einleiten.²⁴⁷ In einem solchen Fall muss jedoch die nationale Behörde das Verfahren (dies betrifft das Kartellgericht) aus Gründen der Rechtssicherheit bis zur Entscheidung der Kommission unterbrechen. Gemäß Art 11 Abs 6 VO 1/2003 können die Kommission und die nationale Wettbewerbsbehörde nicht zeitgleich in einem Verfahren, das aufgrund einer Zuwiderhandlung gemäß Art 101 AEUV eingeleitet wurde, tätig sein.

Neben den genannten europäischen Wettbewerbsregeln hat die Kommission bereits zahlreiche Leitlinien und Bekanntmachungen verlautbart, die dabei helfen sollen, die Wettbewerbsregeln zu konkretisieren. Auch die oben unter Punkt 3.3.1 besprochenen Leitlinien 1998 und 2006 zur Bußgeldbemessung fallen darunter. Diese betreffen die Wirtschaftsteilnehmer zwar direkt, sind aber aufgrund mangelnder Rechtsnormqualität nicht unmittelbar bindend. Wie oben ausführlich erläutert, betrachtet die Kommission die Leitlinien als ein Instrument zur Selbstbindung.

Die Bindungswirkung der Bußgeldleitlinien für die innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden hängt davon ab, ob ein Sachverhalt rein aufgrund nationalen Kartellrechts beurteilt wird oder die europäischen Wettbewerbsregeln aufgrund des Zwischenstaatlichkeitskriteriums heranzuziehen sind. Im Fall rein nationaler Untersuchungen sind die Leitlinien nicht bindend, wobei aufgrund der oben dargestellten Parallelität der österreichischen Bestimmungen zu den europarechtlichen diese in der Entscheidungspraxis ebenso als Auslegungshilfe herangezogen werden, was auch vom österreichischen Gesetzgeber so vorgesehen war.²⁴⁸

5.1 Der österreichische Unternehmerbegriff im Kartellrecht

Auch im KartG 2005 ist der Begriff des „Unternehmers“ nicht definiert.²⁴⁹ Dass das österreichische KartG 2005 den Begriff „Unternehmer“ in Abweichung zum gemeinschaftsrechtlich verwendeten Begriffs „Unternehmen“ eingeführt hat, ist ohne weitere Bedeutung und führt zu

²⁴⁷ Hoffer, Kartellgesetz Kommentar (2007), 15.

²⁴⁸ Hoffer, Kartellgesetz Kommentar (2007), 16.

²⁴⁹ OGH 14.6.2014, 16 Ok 5/04 – *Gebietskrankenkasse II*.

5 Geldbußensystem in Österreich

keiner unterschiedlichen Auslegung oder Anwendung.²⁵⁰ Laut *Hoffer* ist „der Begriff des Unternehmers im KartG entsprechend der europäischen Entscheidungspraxis zu "Unternehmen" zu verstehen.“²⁵¹

Die Ausführungen unter Punkt 2 zum gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff, werden auch in der österreichischen Verfahrenspraxis herangezogen. Auch nach Ansicht des OGH als KOG handelt es sich beim Unternehmerbegriff um einen funktionalen Begriff, der weit auszulegen ist.²⁵² Ebenso wird vom OGH als KOG das Konzept „der wirtschaftlichen Tätigkeit ausübenden Einheit“ herangezogen, als auch die Kriterien, das unabhängig von der Art der Finanzierung sowie der Rechtsform eine solche bestehen kann. Die wirtschaftliche Tätigkeit als entscheidendes Abgrenzungskriterium wird hervorgehoben, wobei es wie nach der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung ebenso nicht auf deren Dauerhaftigkeit ankommt.²⁵³ Neben juristischen Personen können auch natürliche Personen, wie etwa freiberuflich Tätige, Normadressaten des KartG 2005 sein.²⁵⁴

Das österreichische GmbHG²⁵⁵ als auch das AktG²⁵⁶ definieren jeweils in einer Bestimmung den „Konzern“. Nach § 115 Abs 1 GmbHG bilden rechtlich selbstständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind, einen Konzern, wobei die einzelnen Unternehmen Konzerngesellschaften darstellen. Nach Abs 2 gelten ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen zusammen als Konzern, wenn ein rechtlich selbstständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem herrschenden Einfluss eines anderen Unternehmen steht.²⁵⁷ Lehre als auch Rsp fassen davon ausgehend den Konzern als wirtschaftliche Einheit auf.²⁵⁸ Der Konzernbegriff und die damit verbunden Regelungen zur Bußgeldbemessung im Konzern sowie die damit zusam-

²⁵⁰ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz (2007) § 1 Rn 5.

²⁵¹ *Hoffer*, Kartellgesetz (2007), 18.

²⁵² Vgl OGH 4.10.2010, 16 Ok 6/10 – *Holzhandel I*; OGH 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity-Ausnahme*.

²⁵³ *Gruber*, Kartellrecht² § 1 KartG 2005, E30-E32.

²⁵⁴ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz (2007) § 1 Rn 6.

²⁵⁵ Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz - GmbHG) StF: RGBl. Nr. 58/1906 idF 112/2015.

²⁵⁶ Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktengesetz – AktG), BGBl 1965/98 idF BGBl I 2015/112.

²⁵⁷ Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz - GmbHG) StF: RGBl. Nr. 58/1906 idF BGBl. I Nr. 112/2015.

²⁵⁸ *Gruber*, Kartellrecht² § 1 KartG 2005, E 58.

menhängenden Zurechnungsregeln der wirtschaftlichen Einheit, werden auch von der österreichischen Rechtsprechung angewandt. Dies bestätigte der OGH als KOG auch in jüngster Rechtsprechung.²⁵⁹

Ferner sind auch in der österreichischen Verfahrenspraxis wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen innerhalb eines Konzerns privilegiert, sodass Vereinbarungen zwischen beherrschendem und beherrschtem Unternehmen nicht am Kartellverbot gemessen werden. Die oben unter Punkt 2.2.3 dargelegte Rechtsprechung zum Konzernprivileg wird herangezogen, wonach unter der Voraussetzung, dass Mutter- und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden, das Konzernprivileg Anwendung findet.²⁶⁰ Die österreichische Judikatur und Literatur verweisen auf die Rsp des EuGH nach der Entscheidung *Viho*²⁶¹, wonach entscheidend ist, ob zwischen den betreffenden Gesellschaften beschränkbarer Wettbewerb bestehen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn eine Tochtergesellschaft ihr Verhalten am Markt nicht autonom bestimmen kann, da sie die Weisungen der sie kontrollierenden Muttergesellschaft zu befolgen hat.²⁶²

Auch Unternehmensvereinigungen sind mittlerweile neben Unternehmern im österreichischen Kartellrecht explizit als Normadressaten des Kartellverbots genannt. Wie für Unternehmer wird ebenfalls die Rechtsprechung zu Art 101 AEUV als Interpretationshilfe herangezogen. Bei Unternehmensvereinigungen handelt es sich demnach um Vereinigungen von Unternehmen, wobei die Unternehmereigenschaft der Mitglieder der Vereinigung entscheidend ist. Ist die Vereinigung jedoch selbst wirtschaftlich tätig, ist sie als Unternehmer und nicht als Unternehmensvereinigung gemäß § 1 KartG 2005 einzuordnen.²⁶³

5.2 Bußgeldbemessung

§ 29 und § 30 KartG 2005 regeln die Verhängung und Bemessung von Geldbußen im Kartellverfahren. Das nun vorherrschende, an das Gemeinschaftsrecht angepasste System wurde

²⁵⁹ OGH 8.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k – *Spar* Rz 5.11.

²⁶⁰ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlenberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz (2007) § 1 Rn 7.

²⁶¹ EuGH 24.10.1996, C-73/95 P – *Viho*.

²⁶² *Hoffer*, Kartellgesetz (2007), 21.

²⁶³ *Hoffer*, Kartellgesetz (2007), 24.

5 Geldbußensystem in Österreich

erst mit der Kart-Nov 2002²⁶⁴ eingeführt und löste das bis dahin geltende System gerichtlicher Straftatbestände für Verstöße gegen das KartG 1988²⁶⁵ ab.²⁶⁶

Nach der Konzeption des KartG ist die Geldbuße vom Zwangsgeld, das als Beugemittel zur Erzwingung gebotener Handlungen dient, wie im europäischen Wettbewerbsrecht auch, zu unterscheiden. Zweck der Geldbußen ist es, begangenes Unrecht zu ahnden. Weiters dient sie als Präventionsmittel, also der Vorbeugung vor der Begehung erneuter Zuwiderhandlungen. Somit weist die Geldbuße typische Merkmale einer Strafe auf. Trotzdem ist ihre Rechtsnatur nachwievor umstritten.²⁶⁷ Aufgrund der Vollzugskompetenz des Kartellgerichts soll die Geldbuße eine „zivilrechtliche Strafe“ darstellen und keine Kriminal- oder Verwaltungsstrafe.²⁶⁸ Die Lehre ordnet die Geldbuße überwiegend als strafrechtsähnlich ein, dies schon alleine aufgrund der mittlerweile immens hohen Beträge, die verhängt werden.²⁶⁹ Nähere Ausführungen zu Natur und Zweck der Geldbuße siehe unter Punkt 3.2.

§ 29 KartG 2005 sieht die Verhängung von Geldbußen unter anderem für vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG), das Missbruchsverbot (§ 5 KartG) als auch gegen Art 101 und 102 AEUV bis zu einem Höchstbetrag von 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes vor. Die Sätze der Geldbußen sind laut den Erläuterungen zur RV der Verordnung Nr. 1/2003 mit 10 % respektive 1 % angepasst worden.²⁷⁰

Unter dem zur Bemessung heranzuziehenden im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatz ist der weltweite Umsatz des jeweils am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmers zu verstehen. Bei der Berechnung des Gesamtumsatzes ist § 22 KartG heranzuziehen, auch wenn dort von Umsatzerlösen die Rede ist. Es sind somit nicht nur jene Umsätze des unmittelbar an einem Verstoß beteiligten Unternehmers heranzuziehen, sondern auch jene

²⁶⁴ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG) erlassen und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesfinanzgesetz 2002 geändert werden, BGBl I 2002/62.

²⁶⁵ Bundesgesetz vom 19. Oktober 1988 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 1988 – KartG 1988), BGBl 224/1988.

²⁶⁶ Gruber, Kartellrecht² § 29 KartG 2005, E 2.

²⁶⁷ Hoffer, Kartellgesetz (2007), 246.

²⁶⁸ Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz (2007) § 29 Rn 7.

²⁶⁹ Maritzen/Bednarczyk, Bussgeldfestsetzung im Lichte des Rückwirkungsverbots, ÖZK 2009, 219 (222).

²⁷⁰ ErläutRV 926 BlgNr 22. GP 9.

5 Geldbußensystem in Österreich

der Unternehmer, an welchen der unmittelbar beteiligte Unternehmer eine Beteiligung innehat.²⁷¹ Eine Beschränkung auf jene Umsätze, die durch den betroffenen Geschäftszweig generiert werden, ist nicht vorgesehen.²⁷²

Während § 29 KartG die Höchstgrenze der zu verhängenden Geldbuße festschreibt, sind in § 30 KartG anzuwendende Bemessungsgrundsätze zu finden.

Die in § 30 KartG aufgezählten qualitativen Bestimmungen betreffen die Schwere und Dauer der Rechtsverletzung, die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Auch wenn diese Kriterien durch das KaWeRÄG 2012²⁷³ um einzelne Erschwerungs- und Milderungsgründe (angelehnt an die Bußgeldleitlinien der Kommission) ergänzt wurden, eröffnen die gesetzlich vorgegebenen Kriterien einen sehr weiten Ermessensspielraum ohne genau definierte Grenzen, was auf zahlreiche Bedenken trifft.²⁷⁴ Die Bemessungskriterien in § 30 KartG 2005 sind nicht abschließend aufgezählt. Es bedarf einer rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände zur Bemessung einer Geldbuße.²⁷⁵

In Österreich wurden bisher - im Gegensatz zu vielen anderen Mitgliedstaaten - von der BWB noch keine auf § 30 KartG 2005 aufbauenden Leitlinien zur Bußgeldbemessung herausgegeben.²⁷⁶ Mit der Gesetzesnovelle 2012 hatte der Gesetzgeber im Sinn, die Bestimmungen der Leitlinien 2006 ins österreichische Gesetz zu übernehmen. Dieses Vorhaben wurde jedoch lediglich im Ansatz tatsächlich ausgeführt, da das KartG 2005 nur um einige wenige Elemente aus den Bußgeldleitlinien ergänzt wurde. Auch wenn die Bußgeldleitlinien nicht vollständig in das Gesetz aufgenommen wurden, kann die BWB schon aufgrund der in den Gesetzesmaterialien erwähnten Zielsetzung die Grundsätze und Berechnungsmethoden der Bußgeldleitlinie und der darauf aufbauenden Praxis der gemeinschaftsrechtlichen Organe zur Bußgeldberechnung

²⁷¹ *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz (2007) § 29 Rn 13.

²⁷² *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht² (2013) 69.

²⁷³ Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KaWeRÄG 2012) BGBl I 2012/51.

²⁷⁴ *Brugger*, Neue Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, ÖZK 2013, 3 (3).

²⁷⁵ OGH als KOG 12.9.2007, 16 Ok 4/07 – *Europay-Bankomatvertrag*, Pkt 16.1.

²⁷⁶ *Maritzen/Bednarczyk*, Bussgeldfestsetzung im Lichte des Rückwirkungsverbots, ÖZK 2009, 219.

heranziehen. Schon vor dem KaWeRÄG 2012 hat die BWB die Bußgeldleitlinien der Kommission zur Bußgeldbemessung angewandt.²⁷⁷ Die BWB selbst hat hierzu verlautbart: „Die BWB zieht für die Bestimmung der Höhe der Geldbußen in ihrem Antrag an das Kartellgericht in der Regel die in den Leitlinien der Kommission zur Festsetzung von Geldbußen enthaltene Methodik heran. Danach berechnet die BWB zunächst einen Grundbetrag, der einen bestimmten Prozentsatz des Umsatzes entspricht auf den sich das kartellrechtswidrige Verhalten bezieht, multipliziert mit der Zahl der Jahre der Zuwiderhandlung. Der Grundbetrag kann sich für das einzelne beteiligte Unternehmen aufgrund mildernder und erschwerender Umstände erhöhen oder verringern. Das Kartellgericht darf gemäß § 36 KartG keine höhere Geldbuße verhängen, als von der BWB beantragt wurde.“²⁷⁸ Diese von der BWB angestrebte Anwendung der Leitlinien findet in Österreich jedoch keine Rechtsgrundlage. Der Ankündigung ist wohl kein normativer Charakter zuzuordnen. Trotzdem kann die BWB die Leitlinien für die Bezifferung des Geldbußenantrages gegenüber dem Kartellgericht heranziehen, da eine solche an sich nicht erforderlich wäre.²⁷⁹

Der OGH als KOG spricht hingegen hierzu in seiner Rechtsprechung regelmäßig aus, dass das gemeinschaftliche Geldbußensystem mit dem innerstaatlichen Recht nicht deckungsgleich ist. Die Bußgeldleitlinien der Kommission können daher im Verfahren über die Verhängung eines Bußgeldes nach österreichischem Recht nur insofern angewendet werden, als dass die ihnen entsprechenden Normen und die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen vergleichbar sind.²⁸⁰ Die Leitlinien der Kommission können unbedenklich sinngemäß angewendet werden, wenn das eigenständige inländische Sanktionssystem nicht umgangen und eigene Überlegungen hierzu nicht missachtet werden.²⁸¹ Somit können die Leitlinien der Kommission zumindest hinsichtlich der Kriterien der Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung, die sowohl in Art 23 VO 1/2003 als auch in § 30 KartG niedergelegt sind, herangezogen werden.²⁸²

5.3 Wiederholungstäterschaft

Wie bereits erwähnt, wurden mit dem KaWeRÄG 2012 auch Erschwerungs- und Milderungsgründe in § 30 Abs 2 und 3 KartG eingeführt. § 30 Abs 2 Z 1 KartG sieht vor, dass ein

²⁷⁷ Brugger, Neue Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, ÖZK 2013, 3 (3).

²⁷⁸ <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/hardcore.htm>

²⁷⁹ Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005 (Teil I), ÖZK 2009, 172 (173 f).

²⁸⁰ OGH 8.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k – Spar, Rz 6.5.1.

²⁸¹ OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – Aufzugskartell.

²⁸² Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005 (Teil I), ÖZK 2009, 172 (175 f).

5 Geldbußensystem in Österreich

Erschwerungsgrund insbesondere dann gegeben ist, wenn „das Kartellgericht gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung schon wegen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung eine Geldbuße verhängt oder eine solche Zuwiderhandlung festgestellt hat“. Es wurde somit der Erschwerungsgrund der Wiederholungstäterschaft, wie er auch unter Z 28 der Bußgeldleitlinien vorgesehen ist, im nationalen Recht eingeführt.

Bereits vor Einführung dieser Bestimmung, wurden diese neu eingeführten Kriterien teilweise im Rahmen des § 30 Abs 1 KartG als Verschuldenskriterium berücksichtigt.²⁸³ In der Entscheidung *TikTak-Tarife*²⁸⁴ hat der OGH als KOG die Wiederholung einer Zuwiderhandlung bei der Bemessung der Geldbuße miteinbezogen. Die Berücksichtigung eines Rückfalls bei der Bemessung der Geldbuße obwohl nicht ausdrücklich normiert, war wie das KG klargestellt hat, durch den Wortlaut aufgrund des dem kartellrechtlichen Sanktionssystem der Geldbuße innewohnenden Präventionsgedankens gedeckt.²⁸⁵ Um wieviel die Geldbuße aufgrund des wiederholten Verstoßes erhöht wurde, kann der Entscheidung *TikTak-Tarife* nicht entnommen werden, sondern nur dass dieser Umstand bei der Bemessung berücksichtigt wurde. Bisher gab es in Österreich jedoch nur diese eine Entscheidung zum Erschwerungsgrund Wiederholungstäterschaft. Es bleibt daher abzuwarten, wie der OGH als KOG hier in Zukunft bei der Bemessung vorgehen wird. Im Gegensatz zu den Bußgeldleitlinien der Kommission, sieht § 30 keinen explizit genannten Erhöhungssatz vor.²⁸⁶

²⁸³ *Brugger*, Neue Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, ÖZK 2013, 3 (3).

²⁸⁴ OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 12/04 – *TikTak-Tarif*.

²⁸⁵ OGH als KOG, 16 Ok 12/04 – *TikTak-Tarif*, *Tremmel*, *ecolex* 2005, 302.

²⁸⁶ Dies war in den Leitlinien 1998 ebenfalls nicht der Fall. Die Leitlinien 2006 sehen eine Erhöhung bis 100 % des Grundbetrages vor.

6 Zusammenfassung, Resümee

Bei der Feststellung eines wiederholten Verstoßes durch ein Unternehmen hat die Kommission einen äußerst weiten Ermessensspielraum und wird auch durch die europäischen Gerichte nicht stark eingeschränkt. Dies zeigt sich vor allem bei der Zurechnung innerhalb eines Konzerns, wenn lange zurück liegende Verstöße von Tochterunternehmen, die auf anderen geographischen Märkten, in anderen Sektoren und auf andere Art und Weise begangen wurden, einer neuen Muttergesellschaft nach mehrmaligen Umstrukturierungen eine aufgrund eines wiederholten Verstoßes um bis zu 100 % erhöhte Geldbuße angelastet wird.

Begründet wird dieses weitgehende Ermessen damit, dass Unternehmen durch die Verhängung der Geldbuße zur Einstellung ihrer missbräuchlichen Praktiken nicht nur auf dem relevanten Markt, gebracht werden sollen, sondern auch ihre Geschäftspolitik in der gesamten Gemeinschaft mit der zugestellten Sanktionsentscheidung in Einklang zu bringen ist.

Die Verhängung einer nochmals erhöhten Geldbuße im Wiederholungsfall wird auch vor allem damit begründet, dass jene Unternehmen, die bereits eine Neigung zur Verletzung von Wettbewerbsregeln in der Vergangenheit gezeigt haben, durch die Erhöhung zu einer Veränderung ihres Verhaltens veranlasst werden sollen.

Vor allem die Natur der Geldbußen und die Tatsache, dass auch weit in der Vergangenheit begangene Verstöße keiner Verjährung unterliegen, sind nachwievor äußerst strittige Themen, die der EuGH in Zukunft besonders kritisch beurteilen sollte. Die zukünftigen Entscheidungen der Kommission und die darauf basierende Rechtsprechung werden zeigen, in welche Richtung sich das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft hier entwickelt und ob der Trend der immer höher werdenden Geldbußen weitergeht.

7 Quellenverzeichnis

7.1 Literaturverzeichnis

7.1.1 Kommentare/Lehrbücher/Sammelbände

Barfuss/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht (1996).

Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG Kartellrecht (2007).

Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht (2014).

De Bronett, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht VO 1/2003 (2005).

Engelsing/Schneider in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (2007)

Gruber, Kartellrecht² (2013).

Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht 1 (2007).

Hoffer, Kartellgesetz Kommentar (2007).

Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht² (2013).

Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (2012).

Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schröder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattsammlung (2011).

Kindhäuser/Meyer in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg 77 Okt 2012 Art 23 VO 1/2003.

Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und österreichischen Kartellrecht (2014).

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht (2007).

Mayer/Stöger, EUV/AEUV2 (2011).

Mayer, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2006).

Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz 2005 (2007).

Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht, Ein Handbuch für Praktiker³ (2014).

Schütz in Kölner Kommentar zum Kartellrecht (2013).

Traxlmayr in *Burgstaller/Lettner*, EU-Kartellrecht, Die Gruppenfreistellungsverordnung (2014).

7.1.2 Zeitschriften

Abbot, Calcium carbide: Errors Made by the Commission in the Calculation of Fines, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, 542.

Barbier de La Serre/Winckler, A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010), *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, 356.

Barenes/Wolf, Cartel Recidivism in the Mirror of EU Case Law, *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, 423.

Bauer/Anweiler, EuG: Verneinung der Haftung einer Muttergesellschaft für Kartellrechtsverletzungen ihrer 100%igen Tochtergesellschaft, *ÖZK* 2011, 71.

Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Effizienz - Rechtsstaatlichkeit - Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht, *Wettbewerbspolitische Herausforderungen für 25. Gesetzgebungsperiode (2013 - 2018)* 87/2014.

Böni, Wiederholungstäter im EU-Kartellsanktionsrecht, *WuW* 2011, 364.

Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005 (Teil I), *ÖZK* 2009, 172.

Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005 (Teil II), *ÖZK* 2009, 207.

Brugger, Neue Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005, *ÖZK* 2013, 3.

Europäische Kommission, Pressemitteilung, Wettbewerb: Die Kommission überarbeitet die Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen bei Kartellverstößen, IP/06/857, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_de.htm?locale=FR (30.1.2016).

Fischer, Gesamtschuldnerische Haftung von Unternehmen für die Zahlung von Geldbußen bei Kartellverstößen: Bedeutung der GIS-Rechtsprechung, *ÖZK* 2011, 99 (99).

Hinlopen/Onderstal, Going once, going twice, reported! Cartel activity and the effectiveness of antitrust policies in experimental auctions, *European Economic Review* 70 (2014) 317.

Hummer, Kartellrechtliche Haftung von Muttergesellschaften, *ecolex* 2010, 64.

Kienapfel, Wiederholungstaten im Kartellrecht - zum gegenwärtigen Stand der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, *ÖZK* 2009, 8.

Kling, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, *WRP* 2010, 506.

Lehner, Haftung für europarechtliche Kartell- und Wettbewerbsverstöße nach Umstrukturierung und Unternehmensübertragung, *ÖZK* 2011, 163.

Maritzen/Bednarczyk, Bussgeldfestsetzung im Lichte des Rückwirkungsverbots, *ÖZK* 2009, 219.

Mayer, Kartellrecht: Haftung von Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens, *ecolex* 2011, 835.

7 Quellenverzeichnis

Meyring, Uferlose Haftung im Bußgeldverfahren? Neueste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstößen, WUW 2010, 157.

Sharaf, Die neuen Bußgeld-Leitlinien im EG-Kartellrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung, wbl 2007, 1.

Soyez, Die Bußgelderleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, 596.

Sünner, Das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen nach Art 23 II lit a) der Kartellverfahrensordnung (VerfVO), EuZW 2007, 8

Tremmel, OGH als KOG, 16 Ok 12/04 – *TikTak-Tarif*, ecolex 2005, 302.

Wilhelm, Durchgriffs-Haftung der Mutter aus Kartellverstoß der Tochter? Ecolex 2012, 365.

Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477.

Winner/Appl, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern, Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch "Settlement" unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung, Studie im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien 2013

7.2 Entscheidungsverzeichnis

7.2.1 OGH

OGH 20.12.2004, 16 Ok 12/04 – *TikTak*.

OGH 26.6.2006, 16 Ok 51/05 – *Alphalmischanlage II*

OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07 – *Europay-Bankomatvertrag*.

OGH 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*.

OGH 17.12.2008, 16 Ok 12/08 – *Private Equity-Ausnahme*.

OGH 4.10.2010, 16 Ok 6/10 – *Holzhandel I*.

OGH 11.10.2012, 16 Ok 1/12.

OGH 14.6.2014, 16 Ok 5/04 – *Gebietskrankenkasse II*.

OGH 8.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k – *Spar*.

7.2.2 OLG

OLG Wien (KG) 7.6.2005, 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell*.

7.2.3 EuGH

EuGH 9.11.1983, C-322/81 - *Michelin/Kommission*.

EuGH, 28.3.1984, C-40/73 – *Suiker Unie*.

EuGH 19.1.1994, C-364/92 – *SAT Fluggesellschaft*.

7 Quellenverzeichnis

EuGH 24.10.1996, C-73/95 P – *Viho*.

EuGH 16.11.2000, C-286/98 P – *Stora/Kommission*.

EuGH 16.11.2000, C-297/98 P – *SCA Holding*.

EuGH 11.6.2002, C-201/00 – *Käserei Champignon*.

EuGH 2.10.2003, C-194/99 P - *Thyssen Stahl/Kommission*.

EuGH 7.1.2004, C-204/00 P - *Aalborg Portland u.a./Kommission*.

EuGH 12.5.2005, C-415/03 – *Kommission/Griechenland*.

EuGH 8.2.2007, C-3/06 P – *Group Danone/Kommission*.

EuGH 11.12.2007, C-280/06 – *ETI*.

EuGH 10.9.2009, C-97/08 P - *Akzo Nobel u.a /Kommission*.

EuGH 17.06.2010, C-413/08 P - *Lafarge/Kommission*.

EuGH 19.7.2012, verbundenen Rs C-628/10 P und C-14/11 P – *Alliance One ua/Kommission*

EuGH 8.5.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission*.

EuGH 13.6.2013, C-508/11 P - *Eni/Kommission*.

EuGH 13.6.2013, C-511/11 P - *Versalis/Kommission*.

EuGH 5.3.2015, Verbundene Rechtssachen C-93/13 P und C-123/13 P - *Kommission u.a./Versalis und Eni*.

7.2.4 EuG

EuG 11.3.1999, T-141/94 - *Thyssen Stahl/Kommission*.

EuG 30.9.2003, T-203/01 - *Michelin/Kommission*.

EuG 25.10.2005, T-38/02 – *Groupe Danone/Kommission*.

EuG 12.12.2007, T-112/05 - *Akzo Nobel u.a./Kommission*.

EuG 12.12.2007, T-101/05 und T-111/05 - *BASF und UBC/Kommission*.

EuG 18.6.2008, T-410/03 - *Hoechst/Kommission*.

EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission*.

EuG 8.7.2008, T-54/03 - *Lafarge/Kommission*.

EuG 6.5.2009, T-122/04 – *Outokumpu ua/Kommission*.

EuG 30.9.2009, T-161/05 – *Hoechst/Kommission*.

EuG 27.10.2010, T-24/05 – *Alliance One ua/Kommission*.

EuG 25.10.2015, T-38/02 – *Group Danone/Kommission*.

7.2.5 Kommission

Kommission 8.8.1984, IV/30.988 – *Flachglassektor Benelux*.

Kommission 30.11.1994, IV/33.126 und 33.322 – *Zement*.

Kommission 20.6.2001, COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*.

Kommission 5.12.2001, IV/37.614/F3 PO - *Interbrew und Alken-Maes*.

Kommission 27.11.2002, COMP/E-1/37.152 – *Gipsplatten*.

Kommission 1.10.2003, COMP/E-1/ 37.370 – *Sorbate*.

Kommission 29.9.2004, COMP/C.37750/B2 - *Brasseries Kronenbourg*.

Kommission 20.10.2004, COMP/C.38.238/B.2 – *Rohtabak Spanien*.

Kommission 9.12.2004, COMP IV / E-2 / 37.533 – *Cholinchlorid*.

Kommission 29.11.2006, COMP/F/38.638 – *Butadien-Kautschuk und Emulsionsstyrol-Butadienkautschuk*.

Kommission 21.2.2007, COMP/E-1/38.823 - *Aufzüge und Fahrtreppen*.

Kommission 5.12.2007, COMP/38.629 - *Chloropren-Kautschuk*.

Kommission 12.11.2008, COMP/39.125 – *Automobilglas*.

Kommission 22.7.2009, COMP/39.396, *Caliumcarbid*.

Kommission 11.11.2009, COMP/38589 – *Wärmestabilisatoren*.

7.3 Rechtliche Materialien

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 61/2005 idF I 13/2013.

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG) erlassen und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesfinanzgesetz 2002 geändert werden, BGBl I 62/2002.

Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KaWeRÄG 2012) BGBl I 2012/51.

Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG), BGBl 1965/98 idF BGBl I 112/2015.

Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz - WettbG), BGBl I 62/2002 idF I 129/2013.

Bundesgesetz vom 19. Oktober 1988 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 1988 – KartG 1988), BGBl 224/1988.

7 Quellenverzeichnis

Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz - GmbHG) StF: RGBL. Nr. 58/1906 idF BGBl. I Nr. 112/2015.

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

Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl C 1998/009, 3.

Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl C 2006/298, 11.

Verordnung (EG) 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.

8 Abstract

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Frage der Haftungszurechnung von Wiederholungstätern im Konzern auseinander und analysiert diese anhand österreichischer und europäischer Judikatur und Literatur. Das Thema ist, insbesondere aufgrund der jüngsten Praxis der Europäischen Kommission für Kartellverstöße immense Geldbußen zu verhängen, äußerst interessant.

Als Grundlage der Arbeit wird der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff und dem damit im Zusammenhang stehenden Konzernbegriff, der zentral für die Zurechnungsfrage von Kartellverstößen ist, beleuchtet. Die Europäische Kommission zieht infolge unterschiedliche Faktoren bei der Berechnung der Geldbußbeträge heran, darunter der Erschwerungsgrund der Wiederholungstäterschaft, der vor allem innerhalb von Konzernstrukturen Relevanz erlangt, da der Konzern als wirtschaftliche Einheit betrachtet wird und ein Verstoß auch als Wiederholung angesehen werden kann, wenn er von unterschiedlichen Teilen dieser Einheit begangen wurde und so eine Erhöhung der Geldbuße rechtfertigt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei der Feststellung eines wiederholten Verstoßes durch ein Unternehmen die Europäische Kommission einen äußerst weiten Ermessensspielraum hat und auch durch die europäischen Gerichte nicht stark eingeschränkt wird. Trotz weitreichender Judikatur zum Zurechnungsthema im Konzern sind jedoch nachwievor viele Fragen im Zusammenhang mit der Wiederholungstäterschaft, va hinsichtlich der Natur der Geldbuße, der möglichen Erhöhung als auch zur Verjährungsthematik vorausgehender Verstöße offen.