

TE OGH 2013/6/27 16Ok2/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, Wien 2, Praterstraße 31, gegen die Antragsgegnerin D* AG, *, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie der weiteren Amtspartei Bundeskartellanwalt, Wien 1, Schmerlingplatz 11, wegen Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 KartG, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 18. Dezember 2012, GZ 24 Kt 35/10-24, denDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, Wien 2, Praterstraße 31, gegen die Antragsgegnerin D* AG, *, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie der weiteren Amtspartei Bundeskartellanwalt, Wien 1, Schmerlingplatz 11, wegen Verhängung einer Geldbuße gemäß Paragraph 29, Ziffer eins, Litera a, KartG in Verbindung mit Paragraph 17, KartG, über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 18. Dezember 2012, GZ 24 Kt 35/10-24, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahingehend abgeändert, dass sie zu lauten hat:

„Über die Antragsgegnerin wird gemäß § 29 Z 1 lit a KartG iVm§ 17 Abs 1 KartG eine Geldbuße in Höhe von 100.000 Euro verhängt.“ „Über die Antragsgegnerin wird gemäß Paragraph 29, Ziffer eins, Litera a, KartG in Verbindung mit Paragraph 17, Absatz eins, KartG eine Geldbuße in Höhe von 100.000 Euro verhängt.“

Text

Begründung:

Die D* AG (in der Folge Antragsgegnerin), ein Unternehmen im Konzern der D* AG, hält sämtliche Anteile an der S* AG, *, die ihrerseits sämtliche Anteile an der S* AG in Wien (in der Folge: mittelbares Tochterunternehmen) hält.

Im Jahr 2000 wurde die M* Kft. („M*-S*“), 2004 die M* („M*-R*“), beides Gesellschaften nach ungarischem Recht, gegründet (beide in der Folge: Zielunternehmen). Die Geschäftsanteile an den Zielunternehmen hielten ursprünglich eine ungarische Gesellschaft (74,9 %) und das mittelbare Tochterunternehmen (25,1 %).

2007 wurden die Geschäftsanteile des mittelbaren Tochterunternehmens an den Zielunternehmen von jeweils

25,1 % auf 50 % erhöht. Dieses Zusammenschlussvorhaben wurde damals (nur) bei der ungarischen Wettbewerbsbehörde angemeldet, die die Zusammenschlüsse mit Beschluss vom 20. 3. 2007 (M*-S*) und 26. 7. 2007 (M*-R*) freigab. Die beteiligten Unternehmen erzielten 2006 folgende Umsätze (in EUR):

Unternehmen

weltweit

Österreich

Antragsgegnerin

30.053 Mio

583 Mio

M*-S*

20,7 Mio

6744

M*-R*

46,1 Mio

944065

In Österreich wurde dieses Zusammenschlussvorhaben trotz gesetzlicher Anmeldepflicht (§ 9 Abs 1 Z 3 KartG) nicht angemeldet, obwohl sich S* in diesem Zusammenhang anwaltlich beraten ließ; die Zielunternehmen haben 2006 - gemessen an ihren weltweiten Gesamtumsätzen - nur sehr geringe Umsätze außerhalb Ungarns erwirtschaftet, in Österreich etwa 0,03 % bzw 2 %. In Österreich wurde dieses Zusammenschlussvorhaben trotz gesetzlicher Anmeldepflicht (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, KartG) nicht angemeldet, obwohl sich S* in diesem Zusammenhang anwaltlich beraten ließ; die Zielunternehmen haben 2006 - gemessen an ihren weltweiten Gesamtumsätzen - nur sehr geringe Umsätze außerhalb Ungarns erwirtschaftet, in Österreich etwa 0,03 % bzw 2 %.

Die Antragsgegnerin zeigte am 8. 6. 2010 bei der Bundeswettbewerbsbehörde als Zusammenschlussvorhaben an, dass sie beabsichtige, durch indirekten weiteren Anteilserwerb jeweils sämtliche Anteile an den Zielunternehmen zu erwerben. Die Amtsparteien haben in diesem Zusammenschlussvorhaben keinen Prüfungsantrag gestellt. Das Vollzugsverbot ist mit Wirkung vom 7. 7. 2010 weggefallen. Im Konzern der Antragsgegnerinnen und in ihrem mittelbaren Tochterunternehmen gibt es ein kartellrechtliches Compliance-Programm.

Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte am 1. 10. 2010 beim Kartellgericht den - ursprünglich nicht auf ihrer Homepage veröffentlichten - Antrag, über die Antragsgegnerin wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses eine angemessene Geldbuße gemäß § 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 KartG zu verhängen. Das mittelbare Tochterunternehmen habe mit der Anteilserhöhung auf jeweils 50 % im Jahr 2007 gemeinsame Kontrolle an den Zielunternehmen erworben. Die Anteilsaufstockungen seien trotz inländischer Anmeldepflicht ohne Anmeldung durchgeführt worden. Es handle sich jeweils um einen Anteils- und Kontrollerwerb im Sinne des § 7 Abs 1 Z 3 und Z 5 KartG, bei dem die Umsatzschwellen des § 9 KartG erreicht worden seien. Die Inlandsumsätze der Zielunternehmen hätten sowohl 2006 als auch in den Folgejahren zu Inlandsauswirkungen der Erwerbsvorgänge geführt. Das Bestehen eines Compliance-Programms in einem Unternehmen rechtfertige noch nicht, von der Verhängung einer Geldbuße mangels spezialpräventiver Gründe abzusehen. Dass der verfahrenseinleitende Antrag von der Antragsgegnerin nicht im Internet veröffentlicht worden sei, schließe das Vorliegen generalpräventiver Gründe nicht aus. Bei der Bemessung des Bußgeldes sei zu berücksichtigen, dass die nachfolgenden Transaktionen 2010 angemeldet worden seien und die Amtsparteien keine Prüfungsanträge gestellt hätten; auch habe die Antragsgegnerin zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts beigetragen. Die Bundeswettbewerbsbehörde stellte am 1. 10. 2010 beim Kartellgericht den - ursprünglich nicht auf ihrer Homepage veröffentlichten - Antrag, über die Antragsgegnerin wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses eine angemessene Geldbuße gemäß Paragraph 29, Ziffer eins, Litera a, KartG in Verbindung mit Paragraph 17, KartG zu verhängen. Das mittelbare Tochterunternehmen habe mit der Anteilserhöhung auf jeweils 50 % im Jahr 2007 gemeinsame Kontrolle an den Zielunternehmen erworben. Die Anteilsaufstockungen seien trotz inländischer Anmeldepflicht ohne Anmeldung durchgeführt worden. Es handle sich jeweils um einen Anteils- und

Kontrollerwerb im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 5, KartG, bei dem die Umsatzschwellen des Paragraph 9, KartG erreicht worden seien. Die Inlandsumsätze der Zielunternehmen hätten sowohl 2006 als auch in den Folgejahren zu Inlandsauswirkungen der Erwerbsvorgänge geführt. Das Bestehen eines Compliance-Programms in einem Unternehmen rechtfertige noch nicht, von der Verhängung einer Geldbuße mangels spezialpräventiver Gründe abzusehen. Dass der verfahrenseinleitende Antrag von der Antragsgegnerin nicht im Internet veröffentlicht worden sei, schließe das Vorliegen generalpräventiver Gründe nicht aus. Bei der Bemessung des Bußgeldes sei zu berücksichtigen, dass die nachfolgenden Transaktionen 2010 angemeldet worden seien und die Amtsparteien keine Prüfungsanträge gestellt hätten; auch habe die Antragsgegnerin zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts beigetragen.

Die Antragsgegnerin beantragte, aufgrund der besonderen Umstände des Falls von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen, hilfsweise, nur eine symbolische Geldbuße zu verhängen. Eine Überprüfung der Archive habe ergeben, dass 2007 eine Anwaltskanzlei mit der kartellrechtlichen Beurteilung des Anteilserwerbs beauftragt worden sei und diesen Vorgang in Ungarn angemeldet habe. Es habe nicht gänzlich geklärt werden können, warum nicht auch eine Anmeldung in Österreich erwogen worden sei. Weder die Antragsgegnerin noch ihre Tochterunternehmen hätten die Anmeldepflicht umgehen wollen. Die Zielunternehmen seien damals noch verhältnismäßig jung gewesen und hätten ihre Geschäftstätigkeiten überwiegend in Ungarn entfaltet. Gemessen an den weltweiten Gesamtumsätzen der Zielunternehmen hätten sie nur marginale „Nebenumsätze“ außerhalb von Ungarn erwirtschaftet. Vor diesen Hintergrund seien auch die Inlandsauswirkungen des Anteilserwerbs 2007 äußerst gering gewesen. Das Verschulden der Antragsgegnerinnen sei gering. Die Unterlassung der Meldepflicht habe auch keine nachteiligen Folgen für die Wettbewerbsstruktur in Österreich gehabt.

Im ersten Rechtsgang verhängte das Kartellgericht eine Geldbuße von 4.500 EUR. Im Rekurs gegen diese Entscheidung bezifferte die Antragstellerin die ihrer Auffassung nach angemessene Geldbuße mit 4.996.300 EUR, dies sei 0,17 % des Höchstbetrags.

Der Oberste Gerichtshof hob die Entscheidung des Kartellgerichts auf (16 Ok 2/11) und trug dem Kartellgericht im Zusammenhang mit der Frage des Vorliegens eines Rechtsirrtums die Aufklärung auf, welches Unternehmen beim Zusammenschlussvorhaben 2007 welche Anwaltskanzlei eingeschaltet habe und welche Informationen dieser Kanzlei zur Verfügung gestellt wurden bzw welcher konkrete Auftrag erteilt wurde und welches Vorwissen das auftraggebende Unternehmen selbst besaß oder aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit besitzen habe müssen.

Das Kartellgericht verhängte auch im fortgesetzten Verfahren eine Geldbuße von 4.500 EUR. Es stellte ua ergänzend fest, dass das mittelbare Tochterunternehmen im Jahr 2007 die auf grenzüberschreitende Sachverhalte und Kartellrecht spezialisierte Großkanzlei B* & M* beigezogen und ihr ein umfassendes, insbesondere auch kartellrechtliches, Beratungsmandat erteilt hat. Konkret ist das ungarische Büro von B* & M* beauftragt worden, weil sowohl die Verkäuferin der Anteile als auch die Zielunternehmen ungarischer Unternehmen waren und der Schwerpunkt der Transaktion erkennbar in Ungarn lag. B* & M* ist eine der renommiertesten und größten Anwaltskanzleien mit weltweit mehr als 3.000 Juristen. Das ungarische Büro war im Zeitraum 2006/2007 mit rund 40 Juristen nicht nur eine der größten Anwaltskanzleien Ungarns, sondern im Bereich des Kartellrechts auch die führende Kanzlei. Sie wurde zur umfassenden Rechtsberatung beim Erwerb der Anteile beigezogen und der Mandatsbrief entsprechend umfassend formuliert. Der Auftrag des mittelbaren Tochterunternehmens an die Kanzlei umfasste sowohl die kartellrechtliche als auch andere Rechtsberatung im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb. Eine Einschränkung des Tätigkeitsumfangs auf bestimmte Jurisdiktionen (zB Ungarn) wurde nicht vereinbart; solches war bei einem Auftrag an eine weltweit tätige Anwaltskanzlei mit Büros in zahlreichen Ländern, die regelmäßig grenzüberschreitende Transaktionen durchführt, auch nicht zu erwarten. Es wurden zahlreiche Informationen und Daten gesammelt und den Rechtsanwälten übermittelt, ohne dass im Einzelnen festgestellt werden konnte, welche Daten und Informationen dies waren. Jedenfalls wurden der Anwaltskanzlei die von ihr nachgefragten Daten und Informationen übermittelt. Eine umfassende Übersicht über die vom mittelbaren Tochterunternehmen und ihre Obergesellschaften auf weltweiter Ebene erzielten Umsätze und/oder der Umsätze in allen Ländern, wo Geschäftstätigkeiten entfaltet wurden, wurde nicht abgefragt. Das Kartellgericht verhängte auch im fortgesetzten Verfahren eine Geldbuße von 4.500 EUR. Es stellte ua ergänzend fest, dass das mittelbare Tochterunternehmen im Jahr 2007 die auf grenzüberschreitende Sachverhalte und Kartellrecht spezialisierte Großkanzlei B* & M* beigezogen und ihr ein umfassendes, insbesondere auch kartellrechtliches, Beratungsmandat erteilt hat. Konkret ist das

ungarische Büro von B* & M* beauftragt worden, weil sowohl die Verkäuferin der Anteile als auch die Zielunternehmen ungarischer Unternehmen waren und der Schwerpunkt der Transaktion erkennbar in Ungarn lag. B* & M* ist eine der renommiertesten und größten Anwaltskanzleien mit weltweit mehr als 3.000 Juristen. Das ungarische Büro war im Zeitraum 2006 bis 2007, mit rund 40 Juristen nicht nur eine der größten Anwaltskanzleien Ungarns, sondern im Bereich des Kartellrechts auch die führende Kanzlei. Sie wurde zur umfassenden Rechtsberatung beim Erwerb der Anteile beigezogen und der Mandatsbrief entsprechend umfassend formuliert. Der Auftrag des mittelbaren Tochterunternehmens an die Kanzlei umfasste sowohl die kartellrechtliche als auch andere Rechtsberatung im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb. Eine Einschränkung des Tätigkeitsumfangs auf bestimmte Jurisdiktionen (zB Ungarn) wurde nicht vereinbart; solches war bei einem Auftrag an eine weltweit tätige Anwaltskanzlei mit Büros in zahlreichen Ländern, die regelmäßig grenzüberschreitende Transaktionen durchführt, auch nicht zu erwarten. Es wurden zahlreiche Informationen und Daten gesammelt und den Rechtsanwältinnen übermittelt, ohne dass im Einzelnen festgestellt werden konnte, welche Daten und Informationen dies waren. Jedenfalls wurden der Anwaltskanzlei die von ihr nachgefragten Daten und Informationen übermittelt. Eine umfassende Übersicht über die vom mittelbaren Tochterunternehmen und ihre Obergesellschaften auf weltweiter Ebene erzielten Umsätze und/oder der Umsätze in allen Ländern, wo Geschäftstätigkeiten entfaltet wurden, wurde nicht abgefragt.

Ausgehend von diesem erweiterten Sachverhalt erachtete das Kartellgericht eine Geldbuße in Höhe von 4.500 EUR für angemessen. Die Nichtanmeldung des Zusammenschlussvorhabens in Österreich habe auf einem Versehen beruht. Aufgrund der geringen Umsätze der beiden ungarischen Unternehmen in Österreich, die die Anmeldepflicht nur schwer erkennbar gemacht habe, sei von einem geringen Verschulden der Antragsgegnerin auszugehen. Angesichts des Auftrags an eine renommierte und einschlägig tätige internationale Anwaltskanzlei hieße es die Sorgfaltsanforderungen zu überspannen, würde man der Mandatgeberin eine nochmalige Prüfpflicht der Zusammenschlüsse aufbürden. Die Dauer des Verstoßes trete bei Berücksichtigung der mangelnden Auswirkungen auf den Markt und das geringe Verschulden der Antragsgegnerin in den Hintergrund. Eine Bereicherung sei nicht eingetreten. Zwar dürfe aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht gänzlich von der Verhängung einer Geldbuße abgesehen werden, doch könne mit einer solchen das Auslangen gefunden werden, die sich an der dreifachen Anmeldegebühr orientiere. Die von der Antragstellerin verlangte Geldbuße von nahezu fünf Mio EUR erscheine unangemessen hoch.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Antragstellerin mit dem Abänderungsantrag, eine Geldbuße von 4.996.300 EUR zu verhängen, hilfsweise, den Beschluss aufzuheben und die Sache an das Kartellgericht zurückzuverweisen. Unter Hinweis auf die Bemessungsgrundsätze des Kartellgesetzes, „vorhandenes softlaw“ in Form der einschlägigen Leitlinien der Europäischen Kommission und der Bußgeldleitlinien des deutschen Bundeskartellamts sowie eines tabellarischen Überblicks über die vorhandene Rechtsprechung vertritt die Rechtsmittelwerberin die Auffassung, es sei eine Geldbuße von zumindest 0,17 % der Höchststrafe zu verhängen. Die Zuwiderhandlung gegen das Durchführungsverbot des § 17 KartG sei grundsätzlich als schwerer Verstoß zu werten: Der betroffene Markt umfasse das gesamte Inland, die Marktposition der betroffenen Unternehmen auf den relevanten Märkten sei „in der Anmeldung“ mit 12 bis 16 % angegeben worden und daher nicht unerheblich, und die betroffenen Unternehmen hätten 2009 im Inland knapp 300 Mio EUR Umsatz erwirtschaftet. Auch die Dauer der Rechtsverletzung sei beträchtlich. Der Antragsgegnerin sei Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weil sie ein international tätiges Großunternehmen sei, dem bewusst sein müsse, dass Erwerbsvorgänge fusionskontrollrechtlichen Vorschriften in verschiedenen Jurisdiktionen unterliegen können; auch sei sie mit den Vorschriften der österreichischen Fusionskontrolle vertraut gewesen, wie frühere Zusammenschlussvorgänge 2008 und 2007 zeigten. Letztlich hätte die Antragsgegnerin auch beträchtliche Mittel zur Prüfung der maßgeblichen Rechtsfragen zur Verfügung gehabt. Ein Blick in das Kartellgesetz sowie auf die Konzernstruktur der Antragsgegnerin und ihre Umsätze hätte ausgereicht, um ohne besondere Expertise die Anmeldepflicht in Österreich zu erkennen. Die Antragsgegnerin sei auch zumindest um die Pauschalgebühr für die Zusammenschlussanmeldung und die Beraterhonorare bereichert. Die vom Kartellgericht verhängte Geldbuße sei nicht geeignet, generalpräventiven Zwecken zu dienen und zu verhindern, dass Zusammenschlüsse erst nach ihrer Durchführung angemeldet würden. Sie sei auch in spezialpräventiver Hinsicht nicht geeignet, Wirkung zu erzeugen. Zwar habe die Antragsgegnerin an der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt, sie sei aber nicht aus Eigenem an die Antragstellerin herantreten, sondern habe erst kooperiert, nachdem sie von der Antragstellerin auf den Verstoß hingewiesen worden sei. Die ausreichende Finanzkraft der Antragsgegnerin stehe außer Zweifel. Im Vergleich zu den vom Kartellgericht und vom Obersten Gerichtshof, aber auch von der Europäischen Kommission und den

Europäischen Gerichten verhängten Geldbußen sei eine Geldbuße im geforderten Ausmaß sachgerecht. Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Antragstellerin mit dem Abänderungsantrag, eine Geldbuße von 4.996.300 EUR zu verhängen, hilfsweise, den Beschluss aufzuheben und die Sache an das Kartellgericht zurückzuverweisen. Unter Hinweis auf die Bemessungsgrundsätze des Kartellgesetzes, „vorhandenes softlaw“ in Form der einschlägigen Leitlinien der Europäischen Kommission und der Bußgeldleitlinien des deutschen Bundeskartellamts sowie eines tabellarischen Überblicks über die vorhandene Rechtsprechung vertritt die Rechtsmittelwerberin die Auffassung, es sei eine Geldbuße von zumindest 0,17 % der Höchststrafe zu verhängen. Die Zuwiderhandlung gegen das Durchführungsverbot des Paragraph 17, KartG sei grundsätzlich als schwerer Verstoß zu werten: Der betroffene Markt umfasse das gesamte Inland, die Marktposition der betroffenen Unternehmen auf den relevanten Märkten sei „in der Anmeldung“ mit 12 bis 16 % angegeben worden und daher nicht unerheblich, und die betroffenen Unternehmen hätten 2009 im Inland knapp 300 Mio EUR Umsatz erwirtschaftet. Auch die Dauer der Rechtsverletzung sei beträchtlich. Der Antragsgegnerin sei Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weil sie ein international tätiges Großunternehmen sei, dem bewusst sein müsse, dass Erwerbsvorgänge fusionskontrollrechtlichen Vorschriften in verschiedenen Jurisdiktionen unterliegen können; auch sei sie mit den Vorschriften der österreichischen Fusionskontrolle vertraut gewesen, wie frühere Zusammenschlussvorgänge 2008 und 2007 zeigten. Letztlich hätte die Antragsgegnerin auch beträchtliche Mittel zur Prüfung der maßgeblichen Rechtsfragen zur Verfügung gehabt. Ein Blick in das Kartellgesetz sowie auf die Konzernstruktur der Antragsgegnerin und ihre Umsätze hätte ausgereicht, um ohne besondere Expertise die Anmeldepflicht in Österreich zu erkennen. Die Antragsgegnerin sei auch zumindest um die Pauschalgebühr für die Zusammenschlussanmeldung und die Beraterhonorare bereichert. Die vom Kartellgericht verhängte Geldbuße sei nicht geeignet, generalpräventiven Zwecken zu dienen und zu verhindern, dass Zusammenschlüsse erst nach ihrer Durchführung angemeldet würden. Sie sei auch in spezialpräventiver Hinsicht nicht geeignet, Wirkung zu erzeugen. Zwar habe die Antragsgegnerin an der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt, sie sei aber nicht aus Eigenem an die Antragstellerin herantreten, sondern habe erst kooperiert, nachdem sie von der Antragstellerin auf den Verstoß hingewiesen worden sei. Die ausreichende Finanzkraft der Antragsgegnerin stehe außer Zweifel. Im Vergleich zu den vom Kartellgericht und vom Obersten Gerichtshof, aber auch von der Europäischen Kommission und den Europäischen Gerichten verhängten Geldbußen sei eine Geldbuße im geforderten Ausmaß sachgerecht.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Rekurs zurück-, hilfsweise abzuweisen bzw aufgrund der besonderen Umstände des Falls von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen, allenfalls nur eine angemessen geringe, symbolische Geldbuße zu verhängen.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

1. Der Senat hat schon in seiner im ersten Rechtsgang gefällten Entscheidung¹⁶ Ok 2/11 ausgesprochen, dass die grundsätzliche Anmeldebedürftigkeit der 2007 durchgeführten Aufstockung der Gesellschaftsanteile des mittelbaren Tochterunternehmens an den Zielunternehmen auf 50 % im Hinblick auf § 9 Abs 1 KartG außer Zweifel steht, weshalb die - mangels Anmeldung - verbotene Durchführung der Zusammenschlüsse durch die Antragsgegnerin den Geldbußentatbestand des § 29 Z 1 lit a KartG iVm § 17 Abs 1 KartG verwirklicht hat. Offen blieb dort das Ausmaß des Verschuldens und das Vorliegen eines Irrtums über das verbotene Verhalten insbesondere nach Einholung des Rats einschlägiger Experten.¹ Der Senat hat schon in seiner im ersten Rechtsgang gefällten Entscheidung¹⁶ Ok 2/11 ausgesprochen, dass die grundsätzliche Anmeldebedürftigkeit der 2007 durchgeführten Aufstockung der Gesellschaftsanteile des mittelbaren Tochterunternehmens an den Zielunternehmen auf 50 % im Hinblick auf Paragraph 9, Absatz eins, KartG außer Zweifel steht, weshalb die - mangels Anmeldung - verbotene Durchführung der Zusammenschlüsse durch die Antragsgegnerin den Geldbußentatbestand des Paragraph 29, Ziffer eins, Litera a, KartG in Verbindung mit Paragraph 17, Absatz eins, KartG verwirklicht hat. Offen blieb dort das Ausmaß des Verschuldens und das Vorliegen eines Irrtums über das verbotene Verhalten insbesondere nach Einholung des Rats einschlägiger Experten.

2. In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof jüngst in einem Vorabentscheidungsersuchen in Zusammenhang mit Preisabsprachen ausgesprochen, dass der Rechtsrat eines Anwalts auf keinen Fall ein berechtigtes Vertrauen darauf begründen kann, dass das Verhalten eines Unternehmens nicht gegen Art 101 AEUV verstoße oder nicht zur Verhängung einer Geldbuße führe. Ein Unternehmen, das Art 101 AEUV zuwider gehandelt

habe, könne nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen, wenn der Zuwiderhandlung ein Irrtum des Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zugrunde liege, der auf den Inhalt eines Rechtsrats eines Anwalts oder einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruhe (EuGH 18. 6. 2013, C-681/11 - Speditionskartell).² In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof jüngst in einem Vorabentscheidungsersuchen in Zusammenhang mit Preisabsprachen ausgesprochen, dass der Rechtsrat eines Anwalts auf keinen Fall ein berechtigtes Vertrauen darauf begründen kann, dass das Verhalten eines Unternehmens nicht gegen Artikel 101, AEUV verstoße oder nicht zur Verhängung einer Geldbuße führe. Ein Unternehmen, das Artikel 101, AEUV zuwider gehandelt habe, könne nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen, wenn der Zuwiderhandlung ein Irrtum des Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zugrunde liege, der auf den Inhalt eines Rechtsrats eines Anwalts oder einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde beruhe (EuGH 18. 6. 2013, C-681/11 - Speditionskartell).

Diese Entscheidung ist allerdings nicht einschlägig, weil hier keine Preisabsprache oder ein sonstiger Verstoß gegen eine Kernbeschränkung des Wettbewerbsrechts vorliegt, sondern die Wettbewerbswidrigkeit die Nichteinhaltung von Meldevorschriften im Bereich der Fusionskontrolle betrifft.

3. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass Ansatzpunkt jeglicher Prüfung der Anmeldebedürftigkeit von Zusammenschlussvorhaben sowohl in Österreich als auch im EU-Bereich die erzielten Umsätze der beteiligten Unternehmen sind. Umsatzkriterien sind gleichermaßen entscheidend bei der Beurteilung der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses (vgl. Art 1 FKVO) wie von Zusammenschlüssen nach dem österreichischen Kartellgesetz (§ 9 KartG).³ In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass Ansatzpunkt jeglicher Prüfung der Anmeldebedürftigkeit von Zusammenschlussvorhaben sowohl in Österreich als auch im EU-Bereich die erzielten Umsätze der beteiligten Unternehmen sind. Umsatzkriterien sind gleichermaßen entscheidend bei der Beurteilung der gemeinschaftsweiten Bedeutung eines Zusammenschlusses (vergleiche Artikel eins, FKVO) wie von Zusammenschlüssen nach dem österreichischen Kartellgesetz (Paragraph 9, KartG).

Auch die Abgrenzung zwischen nationaler und europäischer Fusionskontrolle erfolgt nach den erzielten Umsätzen (vgl. Art 21 FKVO). Wenn die in Art 1 FKVO normierten Umsatzschwellen überschritten werden und der Zusammenschluss deshalb gemeinschaftsweite Bedeutung hat, soll die Europäische Kommission die FKVO anwenden. Erreicht dagegen das Zusammenschlussvorhaben die Umsatzschwellen nicht, so sollen grundsätzlich die Mitgliedstaaten ihr nationales Fusionskontrollrecht anwenden (Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 24 Art 21 FKVO Rz 7; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz, Vor§ 7 KartG Rz 35 f). Liegt kein Zusammenschluss im Sinne von Art 3 FKVO vor oder sind die Umsatzschwellen des Art 1 FKVO nicht erreicht, können die nationalen Fusionskontrollregime Anwendung finden. Zusammenschlüsse im Sinne von § 7 KartG, die die Umsatzschwellen von § 9 KartG erreichen, bedürfen daher einer Genehmigung der österreichischen Wettbewerbsbehörden (Urlesberger aaO Rz 36). Auch die Abgrenzung zwischen nationaler und europäischer Fusionskontrolle erfolgt nach den erzielten Umsätzen (vergleiche Artikel 21, FKVO). Wenn die in Artikel eins, FKVO normierten Umsatzschwellen überschritten werden und der Zusammenschluss deshalb gemeinschaftsweite Bedeutung hat, soll die Europäische Kommission die FKVO anwenden. Erreicht dagegen das Zusammenschlussvorhaben die Umsatzschwellen nicht, so sollen grundsätzlich die Mitgliedstaaten ihr nationales Fusionskontrollrecht anwenden (Immenga/Körber in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 24 Artikel 21, FKVO Rz 7; Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz, Vor Paragraph 7, KartG Rz 35 f). Liegt kein Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3, FKVO vor oder sind die Umsatzschwellen des Artikel eins, FKVO nicht erreicht, können die nationalen Fusionskontrollregime Anwendung finden. Zusammenschlüsse im Sinne von Paragraph 7, KartG, die die Umsatzschwellen von Paragraph 9, KartG erreichen, bedürfen daher einer Genehmigung der österreichischen Wettbewerbsbehörden (Urlesberger aaO Rz 36).

Liegt ein Zusammenschlussvorhaben daher unter den Schwellen der gemeinschaftsrechtlichen Bedeutsamkeit nach Art 1 FKVO, relativiert sich das sonst grundsätzlich in der Fusionskontrolle herrschende „One-Stop-Shop-Prinzip“ dahin, dass der Vorgang in mehreren betroffenen Staaten jeweils separat anzumelden sein kann. Liegt ein Zusammenschlussvorhaben daher unter den Schwellen der gemeinschaftsrechtlichen Bedeutsamkeit nach Artikel eins, FKVO, relativiert sich das sonst grundsätzlich in der Fusionskontrolle herrschende „One-Stop-Shop-Prinzip“ dahin, dass der Vorgang in mehreren betroffenen Staaten jeweils separat anzumelden sein kann.

4. Die aufgezeigten Grundsätze sind fusionsrechtliches Basiswissen, das jedem Unternehmen bekannt ist oder bekannt sein muss, das mit grenzüberschreitenden und solchen Zusammenschlüssen konfrontiert wird, bei denen die

beteiligten Unternehmen Umsätze in verschiedenen Ländern erwirtschaften. Umso mehr gilt das für jeden mit derartigen Fragen beschäftigten und darauf spezialisierten Rechtsberater. Nur ein Blick in das österreichische Kartellgesetz hätte angesichts der dort explizit angeführten Umsatzschwellen im Anlassfall auch ohne weiterer rechtlicher Kenntnisse oder Interpretation leicht erkennen lassen, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben auch in Österreich anmeldepflichtig ist.

5. Der erkennende Senat vermag sich daher unter diesen Umständen der Rechtsansicht des Kartellgerichts, die Anmeldebedürftigkeit in Österreich sei schwer zu erkennen gewesen, nicht anzuschließen. Nach den Feststellungen hat die rechtsberatende ungarische Kanzlei weder weltweite noch nach Ländern getrennt angeführte Umsätze aller beteiligten Unternehmen abgefragt. Das Unterlassen dieser Überprüfung ist sowohl den - nach den Feststellungen renommierten und international tätigen - Rechtsberatern als auch dem mittelbaren Tochterunternehmen als Mandatsgeberin vorzuwerfen, dem die unterbliebene Nachfrage und damit die Tatsache bekannt sein musste, dass in für die Beurteilung der Anmeldebedürftigkeit wesentlicher Hinsicht Informationen nicht bekannt gegeben worden sind.

6. Kriterien für die Bemessung der Geldbuße sind nach § 30 KartG insbesondere die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, die daraus erzielte Bereicherung, der Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens. 6. Kriterien für die Bemessung der Geldbuße sind nach Paragraph 30, KartG insbesondere die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, die daraus erzielte Bereicherung, der Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens.

6.1. Nach den Feststellungen war die erzielte Bereicherung nicht nennenswert.

6.2. Die Dauer der Rechtsverletzung (Durchführung ohne Anmeldung) betrug drei Jahre; allerdings hatte die Unterlassung der Anmeldungen keinerlei negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in Österreich, sodass diesem Kriterium hier ebenfalls wenig Gewicht zukommt.

6.3. Die hohe Finanzkraft der Antragsgegnerin ist unstrittig.

6.4. Zwar ist die Zuwiderhandlung gegen das Durchführungsverbot in aller Regel als schwerer Verstoß zu beurteilen, weil die Wirksamkeit der Bestimmungen über die Anmeldung von Zusammenschlüssen auch dann untergraben wird, wenn der Zusammenschluss nach wettbewerblichen Kriterien grundsätzlich unbedenklich wäre. Unzutreffend ist aber das Argument der Rechtsmittelwerberin, die Rechtsverletzung sei auch deshalb schwerwiegend, weil die Marktposition der betroffenen Unternehmen „in der Anmeldung“ mit 12 bis 16 % angegeben wurde und 2009 ein Umsatz von knapp 300 Mio EUR erwirtschaftet wurde, beziehen sich doch diese Zahlen auf einen Zeitpunkt zwei Jahre nach dem zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben und entsprechen damit nicht den Umsatzzahlen von 2007.

6.5. Zum Grad des Verschuldens hat der Senat bereits in der Vorentscheidung¹⁶ Ok 2/11 darauf verwiesen, dass grundsätzlich von einem fahrlässigen Verstoß auszugehen ist. Größere, insbesondere grenzüberschreitend tätig werdende Unternehmen sind wegen der großen wettbewerblichen Relevanz ihres Verhaltens strenger zu beurteilen. Der Grad des Verschuldens hängt bei ihnen auch davon ab, inwieweit sie über juristischen und wirtschaftlichen Sachverstand verfügen und ein Fehlverhalten leicht erkennen können. Kriterien für den Umfang der Sorgfaltspflicht sind neben der Unternehmensgröße auch die Schwierigkeit des zu beurteilenden Sachverhalts und die Frage, ob ein Fehler bei der Rechtsberatung offensichtlich gewesen ist.

Nach den nunmehr verbreiteten Feststellungen haben die Zusammenschlusswerberinnen zwar ein auf Kartellrecht spezialisiertes ungarisches Büro einer international tätigen Rechtsberatungskanzlei beigezogen und diesem einen - auch wettbewerbsrechtlich - umfassenden Beratungsauftrag erteilt. Wenn das Kartellgericht auch nicht feststellen konnte, welche konkreten Informationen und Daten diesem Beratungsunternehmen zur Verfügung gestellt wurden, ergab sich doch, dass eine umfassende Übersicht über die vom mittelbaren Tochterunternehmen und ihren Obergesellschaften auf weltweiter Ebene erzielten Umsätze und/oder der Umsätze in allen Ländern, wo die Geschäftstätigkeiten entfaltet wurden, nicht abgefragt und daher auch nicht übermittelt worden ist.

Von einem international tätigen Unternehmen wie der Antragsgegnerin und ihrem mittelbaren Tochterunternehmen sind Kenntnisse der Grundzüge des europäischen Fusionsrechts zu erwarten; dazu zählt auch das Wissen, dass es für die Frage der Anmeldebedürftigkeit eines Zusammenschlussvorhabens im Bereich der Europäischen Union insbesondere auf die weltweit und in den einzelnen Mitgliedstaaten erzielten Umsätze ankommt. Unter diesen

Umständen musste daher der Antragsgegnerin bewusst sein, dass eine solche Prüfung durch die Rechtsberater mangels Abfrage und Übermittlung der dafür entscheidenden Umsatzdaten nicht ernsthaft erfolgt sein konnte. Es kann daher weder davon die Rede sein, dass das mittelbare Tochterunternehmen keinen Anlass gehabt hätte, den Zusammenschluss „nochmal“ zu überprüfen, noch, dass mit einer solchen Prüfung die an sie zu stellenden Sorgfaltsanforderungen überspannt worden wären.

7. Im Ergebnis kann daher nicht mit der Verhängung einer „quasi symbolischen“ Geldbuße das Auslangen gefunden werden, sondern die Geldbuße muss eine solchen Höhe erreichen, dass sie spürbar ist und zum Ausdruck bringt, dass die Unterlassung von Zusammenschlussanmeldungen in Österreich kein „Kavaliersdelikt“ ist.

Andererseits ist aber im Hinblick auf die von der Antragstellerin beantragte Geldbuße (deren Höhe sich in erster Linie aus dem weltweiten Gesamtumsatz des Gesamtkonzerns errechnet) zu bedenken, dass die unterbliebene Anmeldung in Österreich nicht gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) oder das Missbrauchsverbot (§ 5 KartG) verstoßen hat, sondern im Anlassfall - mangels Untersagungstatbestands - als „untersagungsfernes“ Zuwider-handeln gegen eine bloße Formvorschrift im Ergebnis milder zu beurteilen ist. Andererseits ist aber im Hinblick auf die von der Antragstellerin beantragte Geldbuße (deren Höhe sich in erster Linie aus dem weltweiten Gesamtumsatz des Gesamtkonzerns errechnet) zu bedenken, dass die unterbliebene Anmeldung in Österreich nicht gegen das Kartellverbot (Paragraph eins, KartG) oder das Missbrauchsverbot (Paragraph 5, KartG) verstoßen hat, sondern im Anlassfall - mangels Untersagungstatbestands - als „untersagungsfernes“ Zuwider-handeln gegen eine bloße Formvorschrift im Ergebnis milder zu beurteilen ist.

Die Bemessung einer Geldbuße hat nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu erfolgen und ist nicht Ergebnis eines bloßen auf den Gesamtumsatz abstellenden Rechenvorgangs, weil damit das Gebot der Berücksichtigung aller Faktoren nicht beachtet würde (vgl. EuGH 28. 6. 2005, Dansk Rorindustri ua/Kommission). Auf die - nicht bindenden - Bußgeldleitlinien anderer Wettbewerbsbehörden und auf von der Antragstellerin akribisch aufgelistete Rechtsprechung zur Höhe von Geldbußen, die jedoch durchwegs nicht vom Senat stammt, muss deshalb nicht näher eingegangen werden (in diesem Sinne schon 16 Ok 3/06). Die Bemessung einer Geldbuße hat nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu erfolgen und ist nicht Ergebnis eines bloßen auf den Gesamtumsatz abstellenden Rechenvorgangs, weil damit das Gebot der Berücksichtigung aller Faktoren nicht beachtet würde vergleiche EuGH 28. 6. 2005, Dansk Rorindustri ua/Kommission). Auf die - nicht bindenden - Bußgeldleitlinien anderer Wettbewerbsbehörden und auf von der Antragstellerin akribisch aufgelistete Rechtsprechung zur Höhe von Geldbußen, die jedoch durchwegs nicht vom Senat stammt, muss deshalb nicht näher eingegangen werden (in diesem Sinne schon 16 Ok 3/06).

Im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ist die Geldbuße unter Berücksichtigung sowohl des generalpräventiven als auch des spezialpräventiven Aspekts der Sicherstellung der Einhaltung der Anmeldungspflichten auch in Fällen, in denen die Unterlassung keine tatsächlichen wettbewerblichen Auswirkungen auf den Markt nach sich zieht, mit 100.000 EUR auszumessen.

Schlagworte

25 Kartellobergericht, Unterlassene Zusammenschlussanmeldung

Textnummer

E104692

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:E104692

Im RIS seit

15.08.2013

Zuletzt aktualisiert am

15.05.2023

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at