

## II. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen

Zunächst werden die mit einem Wettbewerbsverstoß verbundenen Konsequenzen für das Unternehmen kursorisch dargestellt. Den Hauptgegenstand der hermeneutischen Bemühungen bilden sodann Fragen der Geschäftsleiterhaftung für Kartellrechtsverstöße. Freilich handelt es sich dabei zum Teil um nicht genuin kartellrechtliche Problemkreise, sondern um solche der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung. Dies schadet indes nicht, da spezifisch kartellrechtliche Gesichtspunkte mit gesellschaftsrechtlichen in Einklang gebracht werden müssen, oder sollte dies nicht möglich sein, kartellrechtliche Besonderheiten mitunter eine differenzierte Bewertung erfordern.

Den Ausgangspunkt der Überlegungen zu den wettbewerbsrechtlichen Spezifika der Geschäftsleiterhaftung bildet dem allgemeinen Prüfungsaufbau folgend das pflichtwidrige Handeln des Geschäftsleiters. Es ist allgemein anerkannt, dass sich ein Geschäftsleiter an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten hat (sog Legalitätspflicht). Diese Legalitätspflicht wurde in jüngerer Vergangenheit in Zweifel gezogen. Die Studie setzt sich zunächst mit diesen Bedenken auseinander und versucht, die rechtliche Grundlage der Legalitätspflicht zu ergründen.

Mit der Etablierung der Business Judgment Rule<sup>7</sup> sollte ein „sicherer Hafen“ für unternehmerische Entscheidungen von Geschäftsleitern geschaffen werden.<sup>8</sup> Im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang interessiert hier vor allem die Frage, ob auch bei unter Unsicherheiten getroffenen, rechtlich gebundenen Entscheidungen ein Ermessensspielraum besteht.<sup>9</sup>

Damit eng verwandt ist das Problem der „nützlichen“ Gesetzesverletzung. Im Unterschied zum vorstehenden Themenbereich ist die Rechtslage nicht unklar, sondern ein Rechtsverstoß wird idR bewusst in Kauf genommen, der zu wirtschaftlichen Vorteilen für das Unternehmen führen soll. Auch hier bietet das Kartellrecht anschauliche Anwendungsbeispiele. Typischerweise werden Kartellabsprachen in der besten Absicht getroffen, die Ertragslage des Unternehmens zu verbessern. Es ist zu überlegen, ob die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiterhandelns entfällt, wenn aus Ex-ante-Sicht die Entscheidung für das Unternehmen vorteilhaft erschien – maW sich diese für das Unternehmen „rechnete“.

Für den Fall, dass ein Kartellverdacht an die Geschäftsleitung herangetragen wird, ist der Frage nachzugehen, ob dem Geschäftsleiter bei der Berufung auf die kartellrechtliche Kronzeugenregelung ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Relevanz

7 Im Folgenden BJR.

8 Winner in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand (2017) Rz 41/2; Schopper in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand Rz 42/25.

9 Näher dazu etwa Nowotny, Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung, in FS Koppensteiner (2016) 193 ff.

dieses Themas lässt sich anhand eines Beispiels verdeutlichen.<sup>10</sup> Geschäftsführer A erfährt, dass Mitarbeiter der XY-GmbH aktiv an Kartellabsprachen mitgewirkt haben. Bei Bekanntwerden des Kartells drohen der Gesellschaft neben einer empfindlichen Kartellgeldbuße auch Schadenersatzforderungen Dritter. Es ist darüber nachzudenken, ob dem Geschäftsleiter ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Frage zukommt, ob Selbstanzeige erstattet wird oder ob diese im Hinblick auf das Unternehmenswohl unterbleibt.

Außerdem ist zu überlegen, ob der Geschäftsleiter im laufenden Kronzeugenverfahren dazu verpflichtet ist, umfangreich mit den Behörden zu kooperieren. Dies wird unter Hinweis auf den Nemo-tenetur-Grundsatz vermehrt bezweifelt.

Im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung ist noch auf ein weiteres Problem einzugehen: Die Frage, ob ein Kronzeugenantrag gestellt werden soll, ist ein ungewöhnlicher Vorgang, mit dem möglicherweise andere Gesellschaftsorgane zu befassen sind. Das Spannungsverhältnis ist offensichtlich. Die regelmäßig zeitintensive Konsultation weiterer Gesellschaftsorgane und Indiskretionen könnten die Erfolgsaussichten des Kronzeugenanspruchs mindern. Auch hier ist zu überlegen, wie gesellschaftsrechtliche Wertungen mit jenen des Kartellrechts in Einklang gebracht werden können.

Anknüpfend an die kontrovers geführte Diskussion in Deutschland liegt es nahe, sich auf Schadensebene mit der Frage zu beschäftigen, ob eine gegen eine Gesellschaft verhängte Kartellgeldbuße im Wege des Innenregresses auf den Geschäftsleiter überwälzt werden kann.

Wie bereits angedeutet, führen Kartelle mitunter zu erheblichen Vorteilen für die Gesellschaft.<sup>11</sup> Auf Schadensebene ist daher zu prüfen, ob bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen erlangte Kartellvorteile im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen sind.

Den Abschluss der Innenhaftung bilden Überlegungen betreffend Reduktion und Durchsetzung der Haftung.

Nach der Analyse der Innenhaftung für Kartellrechtsverstöße richtet sich das Interesse der Studie auf die kartellrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters gegenüber Dritten. Nach den von der Rsp<sup>12</sup> entwickelten Grundsätzen besteht eine Außenhaftung des Geschäftsleiters ua bei einer ausdrücklich gesetzlich angeordneten Haftung und bei der schuldhaften Verletzung von Schutzgesetzen. Das Höchstgericht qualifiziert die kartellrechtlichen Verbotsbestimmungen als Schutzgesetze, die eine Geschäftsleiterhaftung begründen.<sup>13</sup> Mit dem KaWeRÄG 2017<sup>14</sup> wurde der

---

10 Angelehnt an *Harrer*, Kritisches über die gesetzliche Verankerung einer Business Judgment Rule, wbl 2016, 709 (714).

11 *Wilsing* in *Krieger/Uwe H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>3</sup> (2017) Rz 31.32; *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33 (42).

12 OGH 30. 8. 2016, 8 Ob 62/16z wbl 2016, 646.

13 OGH 14. 2. 2012, 5 Ob 39/11p SZ 2012/14; OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12m SZ 2012/78; 17. 10. 2012, 7 Ob 48/12b bbl 2013, 74; 26. 5. 2014, 8 Ob 81/13i (unveröffentlicht).

14 BGBl I 2017/56.

Kartellschadenersatz novelliert. Vor dem Hintergrund der neuen gesetzlichen Ausgangslage erscheint die Schutzgesetzeigenschaft von kartellrechtlichen Haftungstatbeständen zumindest zweifelhaft.

Die Zweifel an einer Außenhaftung des Geschäftsleiters beschränken sich nicht nur auf das Kartellrecht, sondern auch auf das Lauterkeitsrecht.<sup>15</sup> Nach Aufgabe der sog „Störerhaftung“ des BGH ist anknüpfend an die Ausführungen zum Kartellrecht zu untersuchen, ob ein Verstoß gegen die Bestimmungen des UWG zu einer Haftung gegenüber Dritten führt.

Im weiteren Verlauf der Studie ist noch auf wettbewerbsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der D&O-Versicherung einzugehen.

Aufgrund der engen historischen Verzahnung der einschlägigen Rechtsgrundlagen und der zum Teil starken Determinierung durch europäisches Recht erscheint die Einbeziehung des deutschen Meinungsstandes nicht nur hilfreich, sondern unentbehrlich.

---

15 Bedenken haben vor kurzem geäußert *Herda*, Die Unternehmerhaftung im Immaterialgüterrecht (2017) 336; *Harrer/Neumayr*, Die Haftung des Geschäftsführers im Lauterkeitsrecht, in FS Danzl (2017) 57 ff.

### III. Abgrenzung des Forschungsschwerpunkts

Das Thema „Geschäftsleiterhaftung im Wettbewerbsrecht“ verlangt nach einer Konkretisierung des Forschungsgegenstands. Den inhaltlichen Schwerpunkt der Studie bilden kartellrechtliche Fragen der Geschäftsleiterhaftung. Die Innenhaftung wird lediglich aus der kartellrechtlichen Perspektive analysiert. Was die Haftung des Geschäftsleiters gegenüber Dritten angeht, wird neben dem Kartellrecht auch die lauterkeitsrechtliche Lage sondiert, da auch diese kontrovers diskutiert wird. Betreffend die Innenhaftung für Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht besteht hingegen kein eigenständiger Untersuchungsbedarf.

In persönlicher Hinsicht konzentrieren sich die nachstehenden Überlegungen auf den AG-Vorstand und den GmbH-Geschäftsführer. Dies ist der praktischen Bedeutung dieser Rechtsformen, nicht zuletzt in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht, geschuldet. Wenn im Folgenden von Geschäftsleitern die Rede ist, sind Vorstand und Geschäftsführer gemeint.<sup>16</sup> In einigen Bereichen ist eine Differenzierung erforderlich. Geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften, Stiftungs- und Vereinsvorstände stehen im Rahmen dieser Studie nicht im Vordergrund und werden allenfalls am Rande diskutiert.

Bevor die Haftung des Geschäftsleiters für Wettbewerbsverstöße behandelt wird, erscheint es geboten, zunächst auf die Konsequenzen, die ein Wettbewerbsverstoß für ein beteiligtes Unternehmen mit sich ziehen kann, einzugehen.

---

16 Der Begriff Geschäftsleiter ist nicht iSd BWG zu verstehen, sondern als Überbegriff für den AG-Vorstand und den GmbH-Geschäftsführer.

## IV. Haftung der Gesellschaft für Wettbewerbsverstöße

### A. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Juristische Personen sind rechtsfähig, gegenüber natürlichen Personen fehlt es ihnen aber an der Handlungsfähigkeit. Aufgrund der fehlenden Handlungsfähigkeit bedarf die juristische Person Organe, die in ihrem Namen tätig werden.<sup>17</sup> Das zentrale Handlungsorgan bei der AG ist der Vorstand, bei der GmbH der Geschäftsführer. Die juristische Person ist für das rechtswidrige Verhalten des Organs und sonstiger Machthaber verantwortlich (sog Repräsentantenhaftung).<sup>18</sup> Die Zurechnung von sonstigen Mitarbeitern erfolgt durch §§ 1313 a, 1315 ABGB.<sup>19</sup>

### B. Kartellrechtsverstöße

#### 1. Kartellgeldbuße

Die eingangs erwähnte verstärkte Wahrnehmung des Kartellrechts ist nicht zuletzt auf das ansteigende Bußgeldniveau zurückzuführen. Im Jahr 2018 wurde gegen Google eine Geldbuße iHv € 4.34 Mrd verhängt.<sup>20</sup>

Die Kartellgeldbuße erfüllt eine repressive und präventive Funktion.<sup>21</sup> Begangenes Unrecht soll geahndet und die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Haftungsadressaten<sup>22</sup> vor künftigen Rechtsverstößen abgehalten werden.<sup>23</sup>

17 *Welser-Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> (2018) Rz 252; vgl dazu insb auch aus rechtsvergleichender Perspektive *Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen, SPRW 2014, 201.

18 *Welser-Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 252. Jüngere Stellungnahmen im Schrifttum sprechen sich demgegenüber für eine sinngemäße Anwendung des Entscheidungsträgerbegriffs des § 2 VbVG aus. Vgl *Kalss/Eckert*, Ausgewählte Fragen der Prospekthaftung, in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Informationsverhalten am Kapitalmarkt III (2006) 92 (103); *Gruber*, Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73 (77f); *Schopper*, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, in FS Kalus (2010) 477 (488); *Kepplinger*, Zur Bedeutung des VbVG für die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung, JBl 2017, 634 (650); abl *Spitzer*, Neuhaftung der Deliktshaftung der juristischen Person? in FS Iro (2013) 207 (226ff).

19 Krit dazu *Harrer/Neumayr*, Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen, wbl 2006, 493.

20 [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-4581\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm) (zuletzt abgerufen am 30. 11. 2020); dazu auch *J.-P. Gruber*, Rekordstrafen der Europäischen Kommission für Google, AR-aktuell 2018, 33.

21 OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 4/09 wbl 2009, 417 – Industriechemikalien; *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> (2017) § 29 Rz 1; *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup> (2014) Art 23 VO 1/2003 Rz 6; *Nowak* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht<sup>3</sup> (2016) VerfVO Art 23 Rz 4.

22 *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup> Art 23 VO 1/2003 Rz 4. Im Unterschied zu Deutschland kann gegen nicht unternehmerisch tätige natürliche Personen eine Geldbuße nicht verhängt werden. Vgl *Dreher* in *Krieger/Uwe H. Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>3</sup> Rz 35.88.

23 *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 29 Rz 1.

Die rechtliche Einordnung der Kartellgeldbuße ist umstritten. Die hA<sup>24</sup> qualifiziert diese als Strafe im weiteren Sinn. Auf europäischer Ebene ist sie in Art 23 VO 1/2003<sup>25</sup> geregelt. Für Österreich finden sich die Geldbußentatbestände in § 29 KartG<sup>26,27</sup>. Nach Art 23 Abs 2 lit a VO 1/2003 hat die Kommission gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen eine Geldbuße zu verhängen, wenn diese vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art 81 oder Art 82 EGV (Anm heute Art 101, 102 AEUV) verstoßen. Fast deckungsgleich sieht § 29 KartG die Festsetzung einer Geldbuße bei Zuwiderhandlungen gegen europäisches oder nationales Kartellrecht vor. Weil nur natürliche Personen „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ handeln können, wird das kartellrechtswidrige Verhalten der Organe und Mitarbeiter der juristischen Person zugerechnet.<sup>28</sup> Nach der Rsp des OGH<sup>29</sup> ist einer juristischen Person das wettbewerbswidrige Verhalten ihrer Organe und sonstigen Entscheidungsträger insoweit zuzurechnen, als diese in Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben handeln oder ihr Verhalten auf dienstlichen Weisungen beruht.

Die Höhe der Kartellgeldbuße ist – sowohl nach österreichischem als auch europäischem Recht – auf 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Konzernumsatzes begrenzt.<sup>30</sup> Bei der Bemessung orientiert sich die Kommission an den Bußgeldleitlinien<sup>31</sup> aus dem Jahr 2006. Dabei sind vor allem die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.<sup>32</sup> Zunächst wird ein Grundbetrag festgesetzt.<sup>33</sup> In einem zweiten Schritt wird dieser je nachdem, ob erschwerende oder mildernde Umstände gegeben sind, angepasst. Um die abschreckende Wirkung zu gewährleisten, wird der Grundbetrag um einen Aufschlag erhöht.<sup>34</sup> Die Kartellgeldbuße kann auch hinaufgesetzt werden, damit ihr Betrag die aus einem Kartellverstoß widerrechtlich erzielten Gewinne übersteigt.<sup>35</sup>

24 Aus dazu *McAllister*, Die Kartellgeldbuße (2017) 43 ff.

25 VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1.

26 Jahreszahlen im Lang- oder Kurztitel von Gesetzestexten werden nicht wiedergegeben, es sei denn, die Überlegungen beziehen sich auf eine frühere Fassung.

27 Bis zur Kartellrechtsnovelle 2002 wurden Verstöße gegen das Kartellrecht strafrechtlich sanktioniert. Vgl *McAllister*, Die Kartellgeldbuße 12 ff; weiterführend dazu *Konopatsch*, Kartellsanktionierung (2014) 199 ff.

28 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> (2014) § 22 Rz 30; *Sura* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup> Art 23 VO 1/2003 Rz 38; *Nowak* in *LMRKM*, Kartellrecht<sup>3</sup> VerfVO Art 23 Rz 17; *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 29 Rz 16.

29 OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 5/08 RdW 2008, 780 (Pkt 2.3); *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 29 Rz 16.

30 Art 23 Abs 2 VO 1/2003; § 29 Z 1 S 1 KartG.

31 LL für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem Art 23 Abs 2 Buchstabe a der VO (EG) Nr 1/2003, ABl C 2006/210, 2. Vgl dazu *Sharaf*, Die neuen Bußgeld-Leitlinien im EG-Kartellrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung, wbl 2007, 1.

32 Pkt 2 Bußgeldleitlinie 2006.

33 Pkt 10 Bußgeldleitlinie 2006.

34 Pkt 30 und 31 Bußgeldleitlinie 2006.

35 Pkt 31 Bußgeldleitlinie 2006.

In Anlehnung an die Bußgeldleitlinien der Kommission legt § 30 KartG die Bemessungskriterien fest.<sup>36</sup> Neben der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung nennt § 30 Abs 1 KartG demonstrativ auch noch den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Bemessungsfaktoren. Nach der Rsp<sup>37</sup> setzt sich die Geldbuße idealerweise aus dem durch den Wettbewerbsverstoß erlangten Gewinn und einer Marge zusammen, die sicherstellt, dass Zuwiderhandlungen nicht einem rationalen Kalkül folgen. Neben der Verhängung einer Kartellgeldbuße drohen einem am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen vor allem Schadenersatzansprüche.

## 2. Schadenersatz

### a) Ausgangslage vor der Kartellschadenersatz-RL

Im europäischen und österreichischen Kartellrecht steht die behördliche Durchsetzung im Vordergrund.<sup>38</sup> Die Entwicklung des Schadenersatzes für Kartellrechtsverstöße wurde zunächst ganz maßgeblich von der Rsp des EuGH vorangetrieben.<sup>39</sup> Nach dessen sog. „Jedermann-Rechtsprechung“, die ihren Anfang in der Entscheidung *Courage/Crehan*<sup>40</sup> nimmt, „... wäre die Wirksamkeit des in Art 85 Abs 1 EGV (Anm heute Art 101 AEUV) ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“ In den Entscheidungen *Manfredi*<sup>41</sup>, *Kone*<sup>42</sup> und jüngst *Otis*<sup>43</sup> bestätigte der EuGH diese Sichtweise und erstreckte sie in Folge dessen auf zahlreiche weitere Aspekte des Kartellschadenersatzes.<sup>44</sup>

Den Vorgaben des EuGH entspricht der OGH<sup>45</sup> erstmals mit seiner „Aufzugskartell-Entscheidung“. Dort qualifiziert der fünfte Senat – noch ohne Bezugnahme auf die Rsp des EuGH – kartellrechtliche Verbotsbestimmungen als schadenersatzrechtlich relevante Verbotsnormen, die auch den Zweck hätten, Übervorteilungen von Marktteilnehmern zu verhindern. Im weiteren Verlauf nimmt das Höchstge-

36 *Gugerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 30 Rz 7.

37 OGH 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b RdW 2015, 784; 31. 3. 2016, 16 Ok 7/15p ÖZK 2016, 110.

38 Vgl dazu ausf *Fidler*, Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, JBl 2018, 152.

39 *Fidler*, JBl 2018, 152.

40 EuGH 20. 9. 2001, C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001, I-7079; vgl dazu *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage/Crehan*, ecolex 2002, 28.

41 EuGH 13. 7. 2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619.

42 EuGH 5. 6. 2014, C-557/12, *Kone*, Slg 2013, I-0000.

43 EuGH 12. 12. 2019, C-435/18, *Otis*, ECLI:EU:C:2019:1069.

44 Ausf dazu *Eilmansberger/Palmstorfer*, Haftung Privater bei Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht: *Courage*, *Manfredi* und ihre Auswirkungen auf das österreichische Recht, in *Hummer*, Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 525 ff; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht<sup>4</sup> (2019) 256 ff; *Zetzsche*, Europäisches Wirtschaftsrecht und Deliktsrecht, ZHR 2015, 490 (498 f).

45 OGH 14. 2. 2012, 5 Ob 39/11 p SZ 2012/14.

richt<sup>46</sup> ausdrücklich auf die Überlegungen des EuGH in den Rechtssachen *Courage/Crehan* und *Manfredi* Bezug, wonach einem durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten ein Schadenersatzanspruch zukommen müsse.<sup>47</sup> Deshalb seien die kartellrechtlichen Verbotsbestimmungen als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren. Diese Ansicht vertritt das Höchstgericht<sup>48</sup> in stRsp.

Parallel zur Rsp des EuGH legte die Kommission im Jahr 2005 ein Grünbuch<sup>49</sup> vor, in dem sie Hindernisse identifizierte, die einer effektiven Durchsetzung entgegenstehen.<sup>50</sup> Im Jahr 2008 veröffentlichten Weißbuch<sup>51</sup> wurden sodann konkrete Vorschläge zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Schadenersatzansprüche präsentiert.<sup>52</sup> Die Bemühungen der Kommission mündeten letztendlich in der sog Kartellschadenersatz-RL<sup>53</sup>, die ein angemessenes Instrumentarium zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche darstellen soll. Die folgenden Überlegungen skizzieren die für die gegenständliche Untersuchung relevanten Neuerungen.

## b) Kartellschadenersatz-RL und Umsetzung in Österreich

Die Kartellschadenersatz-RL<sup>54</sup> bezweckt bestehende Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen für Wettbewerbsverstöße zu beseitigen und infolgedessen die Geltendmachung dieser Ansprüche zu erleichtern.<sup>55</sup> Die Grundsätze der „Jedermann-Rsp“ des EuGH sind jetzt ausdrücklich in Art 3 der RL kodifiziert.<sup>56</sup>

Die (verzögerte) Umsetzung der Kartellschadenersatz-RL erfolgte mit dem KaWeRÄG 2017.<sup>57</sup> Diese Verspätung fällt nicht weiter ins Gewicht, weil der öster-

46 OGH 2. 8. 2012, 4 Ob 46/12m SZ 2012/78.

47 Der OGH nahm auch auf die „Selbstdurchschreibpapier-Entscheidung“ des BGH Bezug, die sich wiederum auf die Rsp des EuGH stützte.

48 OGH 7. 10. 2012, 7 Ob 48/12b bbl 2013, 74; 26. 5. 2014, 8 Ob 81/13i (unveröffentlicht).

49 EK 19. 12. 2005, Grünbuch – Schadenersatzklagen wegen Verletzungen des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672.

50 *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht (2017) 10.

51 EK 2. 4. 2008, Weissbuch – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endgültig.

52 *Brand*, Schadenersatz 10.

53 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL L 2014/349, 1.

54 RL 2014/104/EU.

55 ErwGr 7 RL 2014/104/EU; *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer*, Das KaWeRÄG 2017 – Die wichtigsten Neuerungen, ÖBl 2017, 116.

56 *Kopf*, Sanktionen und Kronzeugenregelungen im Kartellrecht – ein europäisch-amerikanischer Vergleich, ZfRV 2017, 4 (9); *Dokalik*, Schadenersatz wegen Wettbewerbsverletzungen nach dem KaWeRÄG 2017, RdW 2017, 219.

57 Vgl dazu auch noch *Krauskopf/Schicho*, Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie in Österreich, VbR 2017, 157; *Potocnik-Manzouri*, Das KaWeRÄG 2017 – Wesentliche Änderungen im Bereich des Kartellgesetzes, ecolex 2017, 380; *Thiede/Klumpe*, Abyssus abyssum invocat – Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRÄG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle, ÖZK 2018, 50.

reichische Gesetzgeber einigen Vorgaben – insb die Kodifizierung der „Jedermann-Kriterien“ des EuGH – bereits durch das KaWeRÄG 2012<sup>58</sup> entsprochen hat.<sup>59</sup> Aufgrund der überwiegend vollharmonisierenden Wirkung der RL war der Umsetzungsspielraum des österreichischen Gesetzgebers begrenzt.<sup>60</sup> Nach § 37a KartG regeln die Bestimmungen des 5. Abschnitts des 2. Hauptstückes „... die zivilrechtliche Haftung für und die Geltendmachung von Schäden, die durch Wettbewerbsrechtsverletzungen verursacht werden“. In § 37b KartG finden sich einige, aber nicht alle Begriffsbestimmungen der Kartellschadenersatz-RL. Der Gesetzgeber entschied sich dazu, nur jene Definitionen ins KartG aufzunehmen, die an mehr als einer Stelle vorkommen.<sup>61</sup> § 37c KartG normiert eine Ersatzpflicht für denjenigen, der schuldhaft eine Wettbewerbsrechtsverletzung verursacht. Die „Wettbewerbsrechtsverletzung“ ist das zentrale Tatbestandsmerkmal, welches in § 37b Z 1 KartG definiert ist. Eine Wettbewerbsrechtsverletzung liegt bei Verstößen gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG), das Missbrauchsverbot (§ 5 KartG), das Verbot von Vergeltungsmaßnahmen (§ 6 KartG) und Art 101 oder 102 AEUV vor. In § 37b Z 3 KartG legt das Gesetz den Haftungsadressaten fest. „Rechtsverletzer“ iSd Bestimmung ist demnach der Unternehmer oder die Unternehmensvereinigung, der oder die eine Wettbewerbsrechtsverletzung begangen hat. Von Beobachtern aus der Praxis wird dem KaWeRÄG 2017 eine haftungsverschärfende Wirkung attestiert.<sup>62</sup>

### 3. Unterlassung

Neben Schadenersatzansprüchen können die Geschädigten bei Verstößen gegen das Kartellrecht auch einen Unterlassungsanspruch geltend machen. Die Zulässigkeit des Unterlassungsanspruchs bei Kartellrechtsverstößen war zunächst umstritten. Die Rsp nahm eine ablehnende Haltung gegenüber Unterlassungsansprüchen bei Schutzgesetzverletzungen ein.<sup>63</sup> Demgegenüber sprach sich das Schrifttum<sup>64</sup> überwiegend für den Unterlassungsanspruch aus. Mittlerweile erkennt auch der OGH<sup>65</sup> einen Unterlassungsanspruch bei Kartellrechtsverstößen an. Dieser kann auf § 1 UWG gestützt werden, weil ein Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen gleichzeitig auch als unlauterer Vorsprung durch Rechtsbruch zu qualifizieren ist.<sup>66</sup>

58 BGBl I 2013/13.

59 ErläutRV 1804 BlgNR 24. GP 10.

60 *Dokalik*, RdW 2017, 219 (220).

61 ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 5.

62 *Hoffer/Raab*, Die Novellierung des österreichischen Kartellrechts als RL-Umsetzung PLUS – Eine Analyse aus der Praxis zu den relevanten Änderungen in Österreich, NZKart 2017, 206.

63 *Eilmansberger*, Die Bedeutung der Art 85 und 86 EG-V für das österreichische Zivilrecht, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht 6/1, Kartellrecht (1998) 193.

64 Vgl *Eilmansberger* in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht 6/1 194 mwN; krit *Koppensteiner*, Über „Wettbewerbsrecht“, in FS Aicher (2012) 291 (299).

65 OGH 17. 3. 1998, 4 Ob 62/98s ÖBl 1998, 256; 30. 6. 1998, 4 Ob 165/98p ÖBl 1999, 50; 21. 3. 2000, 4 Ob 19/00y (unveröffentlicht).

66 *Gerbauer*, KartG und WettbG<sup>3</sup> § 1 KartG Rz 122.

### C. Verstöße gegen das UWG

Im Unterschied zum Kartellrecht haben sich die Gesetzesverfasser des UWG für eine vorwiegend private Rechtsdurchsetzung entschieden.<sup>67</sup> Dabei ist zunächst auf den Schadenersatzanspruch und im Anschluss auf den praktisch bedeutsameren Unterlassungsanspruch einzugehen.

#### 1. Schadenersatz

Auch bei einem Verstoß gegen die Tatbestände des Lauterkeitsrechts kommen Schadenersatzansprüche in Betracht. Bereits in der Generalklausel des § 1 UWG findet sich die Anordnung, dass bei einer schuldhaften Zuwiderhandlung gegen diese auch Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Diese Schadenersatzsanktion normiert das Gesetz an weiteren Stellen.<sup>68</sup> Neben § 1 Abs 1 UWG ordnen § 2 a Abs 3, §§ 7, 9 Abs 2, §§ 13, 18 und 34 Abs 3 UWG eine schadenersatzrechtliche Haftung an.<sup>69</sup>

Im Unterschied zum Kartellrecht regelt § 18 UWG eine „Gehilfenzurechnung“ für Wettbewerbsverstöße. Nach dieser Bestimmung haftet der Unternehmensinhaber bei Verstößen gegen das UWG auf Schadenersatz, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens begangen wurde und ihm diese bekannt war oder bekannt sein musste. Unternehmensinhaber „... ist diejenige natürliche oder juristische Person, die kraft eigenen Rechts im eigenen Namen das Unternehmen leitet“.<sup>70</sup>

Diese im Verhältnis zu § 1315 ABGB weiterreichende Gehilfenzurechnung wird im Schrifttum<sup>71</sup> begrüßt. Die Gesetzesverfasser wollten mit dieser Regelung den wettbewerbsrechtlichen Schutz erhöhen und präventiv auf die Unternehmensinhaber einwirken.<sup>72</sup>

Abweichend von allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen umfasst der Anspruch stets auch den entgangenen Gewinn.<sup>73</sup> Die praktische Bedeutung des lauterkeitsrechtlichen Schadenersatzanspruches ist vor allem deshalb gering, weil die Rsp strenge Anforderungen hinsichtlich der Konkretisierung des Schadens stellt.<sup>74</sup>

---

67 Vgl auch *Fidler*, JBl 2018, 152 (155): „Historisch bedingt ist dieses Rechtsgebiet durch eine flächendeckend privatrechtliche Normdurchsetzung gekennzeichnet.“; interessant aus rechtsvergleichender Perspektive *Henning-Bodewig*, Enforcement im deutschen und europäischen Lauterkeitsrecht, wrp 2015, 667.

68 *Krutzler*, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015) 15.

69 *Krutzler*, Schadenersatz 16.

70 *Herzig* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> (2016) § 18 Rz 4; *Herda*, Unternehmerhaftung 179; *Schuster-Bonnott*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht, ÖBl 1970, 33.

71 *Harrer/Neumayr*, Haftung des Unternehmers und Eigenhaftung im Zivilrecht und im Lauterkeitsrecht, in FS Griss (2011) 297 (299); *Harrer*, Die Haftung des Geschäftsführers im Wettbewerbsrecht, in FS Koppensteiner (2001) 407 (408f).

72 *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht, JBl 2005, 69 (74).

73 § 16 Abs 1 UWG.

74 *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> (1997) § 34 Rz 54; *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012) Rz 620.