

50. Jahrgang / Dezember 2021 / Nr. 6

# Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

## **Martin Karollus**

Veräußerung eigener Aktien

## **Friedrich Harrer**

Widerspruch im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften

## **Hans-Georg Koppensteiner**

Kreditinstitutsgruppe und Kreditinstitute-Verbund

## **Jakob Deutsch/Daniel Madari**

Kartellrechtliche Konzernhaftung nach dem Sumal-Urteil des EuGH

## **Matthias Schimka**

Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur Restrukturierungsordnung

## **Zentrum für Stiftungsrecht**

Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum Stiftungsrecht“

## **Der praktische Fall**

Die Finanzierung der Schürzenband GmbH im Wandel

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht

## **Unternehmensrecht aktuell**

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick

Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

# Kartellrechtliche Konzernhaftung nach dem Sumal-Urteil des EuGH

JAKOB DEUTSCH / DANIEL MADARI\*

Mit dem *Sumal*-Urteil<sup>1</sup> trifft der EuGH wegweisende Aussagen zur kartellrechtlichen Konzernhaftung, die auch gesellschaftsrechtlich von Bedeutung sind. Er hatte die Frage zu beantworten, ob eine Tochtergesellschaft (im Folgenden: Tochter) für den Kartellverstoß der Muttergesellschaft (im Folgenden: Mutter) von kartellgeschädigten Dritten schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden kann. Dies wurde bejaht, wird aber aller Voraussicht nach nicht ohne Kritik bleiben.<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag behandelt nur die sich aus dem Urteil ergebenden Folgerungen.

## I. Einleitung

### 1. „Kinder haften für ihre Eltern!“<sup>3</sup>

Das *Sumal*-Urteil betrifft ein Preiskartell zwischen führenden LKW-Herstellern im Zeitraum von 1997 bis 2011. Gegenstand des Ausgangsverfahrens war eine von der Gesellschaft Sumal, S.L. erhobene Schadenersatzklage gegen eine spanische Tochter des Daimler-Konzerns, weil Sumal für zwei über die Tochter erworbene LKWs insgesamt 22.204,35 € zu viel bezahlt habe.<sup>4</sup> Die Tochter wandte ihre fehlende Passivlegitimation ein, weil für den Kartellverstoß ausschließlich die deutsche Mutter verantwortlich gewesen sei. Das vorliegende spanische Gericht wollte vom EuGH wissen, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen die Tochter unter dem Gesichtspunkt der „wirtschaftlichen Einheit“ haftbar gemacht werden kann.<sup>5</sup>

Der EuGH antwortete darauf, dass die Tochter für Kartellverstöße der Mutter zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könne, wenn beide derselben wirtschaftlichen Einheit angehören. Dafür müsse zunächst der bestimmende Einfluss der Mutter gegenüber der Tochter nachgewiesen werden. Darüber hinaus sei ein konkreter Zusammenhang zwischen dem Kartellverstoß der Mutter und der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochter notwendig. Unter diesen Voraussetzungen könne ein kartellgeschädigter Dritter seinen Anspruch wahlweise gegen Mutter oder Tochter durchsetzen.<sup>6</sup>

### 2. Behandelte Fragen

Dieser Beitrag widmet sich zuerst der Bedeutung des Urteils für die kartellrechtliche Konzernhaftung. Danach werden

Regressansprüche innerhalb der wirtschaftlichen Einheit diskutiert. Aspekte der Durchsetzung dieser Regressansprüche werden abschließend untersucht.

## II. Kartellrechtliche Folgerungen

### 1. Allgemeines zur kartellrechtlichen Konzernhaftung

#### 1.1. Die wirtschaftliche Einheit als kartellrechtliches Unternehmen

Das Unternehmen ist nach Art 101 Abs 1 und Art 102 AEUV Normadressat des europäischen Kartellrechts. Der Unternehmensbegriff ist autonom auszulegen. Definitionen des nationalen Rechts sind irrelevant. Ebenso unbeachtlich sind die andernorts primärrechtlich verwendeten Begriffe „Gesellschaft“ oder „juristische Person“.<sup>7</sup> Der Begriff ist entsprechend dem Zweck des Kartellrechts funktional und weit auszulegen.<sup>8</sup> Nach ständiger Judikatur ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit als Unternehmen zu qualifizieren.<sup>9</sup>

„Wirtschaftliche Tätigkeit“ meint zunächst jede Angebots- oder Nachfragetätigkeit.<sup>10</sup> „Einheit“ beschreibt die wettbewerbliche Realität, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit auch von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam ausgeübt werden kann. Dies ist gegeben, wenn eine einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt.<sup>11</sup>

Die kartellrechtliche Orientierung an der wirtschaftlichen Einheit führt zu zwei wichtigen Folgen:<sup>12</sup> Zum einen dürfen Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit Vereinbarungen treffen, die ansonsten kartellrechtlich verpönt wären (Konzernprivileg).<sup>13</sup> Zum anderen, sozusagen als Kehrseite der Me-

\* Jakob Deutsch, LL.M. (WU) und Daniel Madari, LL.M. (WU), BSc. (WU) sind Universitätsassistenten am Institut für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>1</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*.

<sup>2</sup> Die kartellrechtliche Konzernhaftung erzeugt ein (breit diskutiertes) Spannungsverhältnis zwischen Kartell- und Gesellschaftsrecht. Unternehmensgruppen werden in beiden Materien unterschiedlich wahrgenommen. Das Kartellrecht qualifiziert unter bestimmten Voraussetzungen Unternehmensgruppen als ein Unternehmen, wohingegen das Gesellschaftsrecht, wie § 15 AktG und § 115 GmbHG zeigen, strikt zwischen den einzelnen rechtlich selbstständigen Gesellschaften als Unternehmens-trägerinnen unterscheidet.

<sup>3</sup> Zu dieser Begriffsbildung siehe Kersting/J. Otto, „Auf- und absteigende“ Haftung in der wirtschaftlichen Einheit: Kinder haften für ihre Eltern! NZKart 2021, 325; Boyd, Should Children Pay for Their Parent's Sins? The Sumal Preliminary Reference, *Journal of European Competition Law & Practice* (JECLAP) 2021, 25.

<sup>4</sup> Die LKWs wurden nicht unmittelbar von der Tochter (Mercedes Benz Trucks España) erworben, sondern über eine Vertragshändlerin (Stern Motor S.L.); siehe dazu Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 15.4.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 4.

<sup>5</sup> Zu den Vorlagefragen siehe Vorabentscheidungsersuchen der Audiencia Provincial de Barcelona (Spanien) vom 3.12.2019, Rs C-882/19, ABI C 87 vom 16.3.2020, S 7.

<sup>6</sup> Siehe insb EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 45 bis 48 und 51 ff.

<sup>7</sup> Diese Begriffe finden sich etwa in den AEUV-Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit; vgl dazu EuGH 18.7.2013, Rs C-501/11 P, *Schindler Holding ua/Kommission*, Rn 102.

<sup>8</sup> W.-H. Roth/Ackermann in Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Grundfragen Art 81 Abs 1 EG Rz 31 ff.

<sup>9</sup> EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elser/Macrotron*, Rn 21; siehe aber noch Pohlmann, *Der Unternehmensverbund im europäischen Kartellrecht* (1999) 49, wonach Adressat der Wettbewerbsregeln nur der rechtsfähige Unternehmensträger sei.

<sup>10</sup> Zimmer in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht I*<sup>6</sup> (2019) Art 101 AEUV Rz 14.

<sup>11</sup> EuGH 1.7.2010, Rs C-407/08 P, *Knauf Gips/Kommission*, Rn 84 und 86; siehe auch EuG 10.3.1992, Rs T-11/89, *Shell/Kommission*, Rn 311.

<sup>12</sup> Pohlmann, *Unternehmensverbund*, 74 f.

<sup>13</sup> Ausführlich dazu jüngst Niggemann, *Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen des Konzernprivilegs*, in FS G. Wiedemann (2020) 251; siehe auch Thomas in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht III*<sup>6</sup> (2020) § 36 GWB Rz 693 ff.

daille,<sup>14</sup> ist die öffentlich- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit auf diese Mitglieder ausgeweitet (Konzernhaftung).<sup>15</sup> Letzteres ist nun aufzugreifen und bedarf eines kurzen Blicks in die bisherige Entscheidungspraxis.

## 1.2. Entscheidungspraxis der Unionsgerichte

Nach ständiger Judikatur<sup>16</sup> kann eine Mutter für Kartellverstöße der Tochter bußgeldrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn die Mutter bestimmenden Einfluss auf die Tochter tatsächlich ausgeübt hat.<sup>17</sup> Dies ist der Fall, wenn die Tochter Weisungen der Mutter befolgt, „und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden“.<sup>18</sup>

Hält die Mutter das gesamte<sup>19</sup> oder nahezu<sup>20</sup> das gesamte Kapital (oder Stimmrechte)<sup>21</sup> an der Tochter, wird der bestimmende Einfluss widerleglich vermutet. Die Europäische Kommission kann unter diesen Voraussetzungen die Geldbuße wahlweise<sup>22</sup> alleine gegen die Mutter verhängen, ohne dass deren persönliche Beteiligung an der Rechtswidrigkeit<sup>23</sup> nachzuweisen wäre.<sup>24</sup> Regelmäßig wird die Geldbuße jedoch Mutter und Tochter gesamtschuldnerisch auferlegt.<sup>25</sup>

## 2. Neuerungen für die kartellrechtliche Konzernhaftung

### 2.1. Vorbemerkung

Aus dem *Sumal*-Urteil ergeben sich im Anschluss an die bisherige Judikatur drei nennenswerte Punkte: Zunächst enthält

die Entscheidung allgemeine Aussagen zur Herleitung der kartellrechtlichen Konzernhaftung. Außerdem bestätigt der EuGH erstmals die zivilrechtliche Verantwortlichkeit einer Tochter für den Kartellverstoß der Mutter. Letztlich wirkt sich das Urteil auf das gerade reformierte KartG aus.

### 2.2. Haftung kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit

Die Herleitung der Haftung der Mitglieder einer wirtschaftlichen Einheit ist umstritten.<sup>26</sup> Sie könnte bereits kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit entstehen. Als haftungsauslösendes Moment käme auch der bestimmende Einfluss der Mutter auf die Tochter infrage.<sup>27</sup> In der Judikatur finden sich Hinweise, die für beide Ansätze sprechen.<sup>28</sup>

Richtungsweisend könnte das *Sumal*-Urteil sein: „Wenn erwiesen ist, dass die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft Teil ein und derselben wirtschaftlichen Einheit sind und damit ein einziges Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV bilden, ist somit das Bestehen selbst dieser wirtschaftlichen Einheit, die die Zuwiderhandlung begangen hat, für die Haftung der einen oder der anderen Gesellschaft, aus der das Unternehmen besteht, für das wettbewerbswidrige Verhalten der wirtschaftlichen Einheit ausschlaggebend.“<sup>29</sup> Nach dieser Aussage haften die Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit, weil sie der wirtschaftlichen Einheit angehören, die als Normadressatin des Art 101 Abs 1 AEUV<sup>30</sup> rechtswidrig handelt.<sup>31</sup>

### 2.3. Wirtschaftliche Einheiten im Konzern

Ist Grund der Haftung die Einheitszugehörigkeit, stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen für die Zugehörigkeit vorliegen müssen. Von Bedeutung sind zuerst folgende allgemeine Aussagen des EuGH: Erstens ist der gesellschaftsrechtlich geprägte Begriff „Konzern“ mit dem der wirtschaftlichen Einheit nicht gleichzusetzen, weil innerhalb eines Konzerns mehrere wirtschaftliche Einheiten koexistieren können. Zweitens darf aufgrund dieser Prämisse die Haftung einer Konzerngesellschaft nur eintreten, wenn sie Teil der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit ist, die den Rechtsverstoß gesetzt hat.<sup>32</sup>

Die Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit ist nach dem *Sumal*-Urteil entlang der absteigenden Richtung (von der Mutter zur Tochter) oder der aufsteigenden Richtung (von der Tochter zur Mutter) innerhalb des Konzerns zu be-

<sup>14</sup> Kokott/Dittert, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsorgane, WuW 2012, 670 (672); ähnlich Wollmann in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV, Art 101 AEUV Rz 43.

<sup>15</sup> Für die restlichen sich daraus ergebenden Folgen siehe Lianos/Korah/Siciliani, Competition Law (2019) 335; Odudu/Bailey, The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law, Common Market Law Review 2014, 1721 (1721 f).

<sup>16</sup> Beginnend mit den Urteilen zum sog Farbstoffkartell; vgl EuGH 14.7.1972, Rs 48/69, ICI/Kommission; 14.7.1972, Rs 52/69, Geigy/Kommission.

<sup>17</sup> Zur Kritik an dieser Judikatur siehe Hofstetter/Ludescher, Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for ‚Best Practice Compliance‘, World Competition 2010, 55; Thomas, Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel? JZ 2011, 485; ders, Guilty of a Fault that One Has Not Committed: The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried Out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law, JECLAP 2012, 11; Kling, Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen – Konzernprivileg und Haftungszurechnung, ZWeR 2011, 169 (175 ff); Bechtold/Bosch, Der Zweck heiligt nicht alle Mittel, ZWeR 2011, 160; Koppensteiner, Compliance und Kartellrecht, GES 2013, 432 (433); ders, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Unternehmensverbund, WBl 2019, 1 (7); Eckert/U. Schmidt, Konzernhaftung im Kartellrecht, in FS Koppensteiner (2016) 63; dies in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 13.71 ff.

<sup>18</sup> EuGH 10.9.2009, Rs C-97/08 P, Akzo Nobel ua/Kommission, Rn 58 f; ausführlich zum Konzept des bestimmenden Einflusses iZm der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit der Mutter Kokott/Dittert, WuW 2012, 672 ff.

<sup>19</sup> EuGH 10.9.2009, Rs C-97/08 P, Akzo Nobel ua/Kommission, Rn 61 f.

<sup>20</sup> EuGH 29.9.2011, Rs C-521/09 P, Elf Aquitaine/Kommission, Rn 63.

<sup>21</sup> Im Urteil vom 27.1.2021, Rs C-595/18 P, The Goldman Sachs Group/Kommission, Rn 35, hielt der EuGH fest, „dass eine Muttergesellschaft, die über sämtliche mit den Aktien ihrer Tochtergesellschaft verbundenen Stimmrechte verfügt, sich insoweit in einer ähnlichen Situation befindet wie eine Gesellschaft, die das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft hält, so dass die Muttergesellschaft in der Lage ist, die Wirtschafts- und Handelsstrategie der Tochtergesellschaft zu bestimmen.“ Siehe dazu insb EuGH 24.9.2009, verb Rs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, Erste Group Bank ua/Kommission, Rn 82.

<sup>22</sup> Generalanwältin Kokott führt idS in ihren Schlussanträgen vom 23.4.2009, Rs C-97/08 P, Akzo Nobel ua/Kommission, Rn 91, ins Treffen, dass eine Mutter auf ihre Tochter auch dann bestimmenden Einfluss ausüben kann, „wenn sie sich keiner konkreten Mitspracherechte bedient und sich konkreter Weisungen oder Leitlinien zu einzelnen Elementen der Geschäftspolitik enthält“; siehe dazu auch Koenig, An Economic Analysis of the Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law, Journal of Competition Law and Economics 2017, 281 (286).

<sup>23</sup> EuGH 20.1.2011, Rs C-90/09 P, General Química ua/Kommission, Rn 37 f. Im Ergebnis ist die Mutter also so anzusehen, als habe sie den Rechtsverstoß selbst begangen; siehe dazu auch Bueren, Einer für alle, alle für einen? – Gesamtschuldnerische Bußgeldhaftung im europäischen Kartellrecht: Grundlage, Ausgestaltung und Konsequenzen, ZWeR 2011, 285 (287).

<sup>24</sup> Hellmann in G. Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts<sup>4</sup> (2020) § 46 Rz 8 FN 15; Biermann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht<sup>16</sup>, Vor Art 23 f VO 1/2003 Rz 104.

<sup>26</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 15.4.2021, Rs C-882/19, Sumal, Rn 33 ff.

<sup>27</sup> Danach wäre nur eine Zurechnung des Kartellverstoßes der Tochter an die Mutter möglich; vgl dazu Schweitzer/Woeste, Die Haftung von Konzernobergesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, in A. Bergmann/Drescher/Fleischer/Goette/Harbarth/Hommelhoff/Krieger/Merkel/Teichmann/Vetter/Weller/Wicke, Vom Konzern zum Einheitsunternehmen (2020) 141 (150 f).

<sup>28</sup> Ausführlich dazu Behrends, Das Unionsmodell der wirtschaftlichen Einheit im Kartelldeliktsrecht (2019) 10; Aberle, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht (2013) 93; Kersting, Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht, ZHR 182 (2018), 8 (14 ff).

<sup>29</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, Sumal, Rn 43; siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Pitruzzella vom 15.4.2021, Rs C-882/19, Sumal, Rn 40 ff.

<sup>30</sup> So etwa Hengst in Langen/Bunte, Kartellrecht II<sup>13</sup> (2018) Art 101 AEUV Rz 36.

<sup>31</sup> Zur aufsteigenden Haftung idS siehe bereits Kersting, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern, Der Konzern 2011, 445 (447); F. Schuhmacher, Einheit oder Vielheit im Haftungsrecht, in Artmann/Riffler/U. Torggler, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019) 87 (92); kritisch zum Haftungsmodell kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit Behrends, Unionsmodell, 19 ff.

<sup>32</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, Sumal, Rn 45, 46 und 47.

stimmen. Die Voraussetzungen sind nicht dieselben: In absteigender Richtung ist einzig der tatsächlich ausgeübte bestimmende Einfluss der Mutter über die Tochter ausschlaggebend. Dies gibt Aufschluss darüber, ob die Tochter über ihr Marktverhalten autonom entscheiden kann. Kann sie dies nicht, treten beide kraft des bestimmenden Einflusses der Mutter am Markt gemeinsam auf.<sup>33</sup> Die Mutter bildet unter dieser Voraussetzung mit jeder ihrer Töchter eine wirtschaftliche Einheit.

In aufsteigender Richtung muss der bestimmende Einfluss seitens der Mutter ebenso vorliegen. Ohne bestimmenden Einfluss kann das Marktverhalten der Tochter autonom festgelegt werden.<sup>34</sup> Gesellschaft und Gesellschafter wären dann jeweils kartellrechtlich selbständige Unternehmen. In diesem Fall kann die Gesellschaft für vom Gesellschafter begangene Kartellverstöße nicht belangt werden. Der bestimmende Einfluss reicht allerdings nicht aus. Nach dem EuGH muss zusätzlich ein konkreter Zusammenhang zwischen dem Kartellverstoß der Mutter und der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochter bestehen.

#### 2.4. Der konkrete Zusammenhang

Das Merkmal des konkreten Zusammenhangs ist in aufsteigender Richtung zur Bildung der wirtschaftlichen Einheit konstitutiv. Für die zivilrechtliche Passivlegitimation der Tochter ist nach dem EuGH der Nachweis zu erbringen, dass Mutter und Tochter im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung aufgrund des bestimmenden Einflusses und konkreten Zusammenhangs Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sind.<sup>35</sup>

In der Logik des EuGH ergibt dies auch Sinn, wenn man sich die Definition des Unternehmensbegriffs in Erinnerung ruft: Ein Unternehmen nach Art 101 Abs 1 AEUV ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, die eine einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel darstellt und dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Maßgebliches Verbindungselement der Mitglieder ist die einheitliche wirtschaftliche Tätigkeit.<sup>36</sup> Stehen die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Mitglieder miteinander in Zusammenhang, bilden sie kartellrechtlich ein Unternehmen.

In absteigender Richtung wird die Verbindung von Mutter und Tochter – wie gesagt – durch den bestimmenden Einfluss der Mutter hergestellt. Der Kartellverstoß der Tochter basiert auf einer wirtschaftlichen Tätigkeit, welche die Mutter kraft ihres Einflusses bestimmt.<sup>37</sup> In aufsteigender Richtung tritt neben den bestimmenden Einfluss der konkrete Zusammenhang zwischen den wirtschaftlichen Tätigkeiten von Mutter und Tochter, weil die Mutter wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen könnte, die mit denen der Tochter in keinem Zu-

sammenhang stehen.<sup>38</sup> Definitionsgemäß wären dann beide nicht Teil derselben Einheit.

Was ist aber mit dem Begriff „konkreter Zusammenhang“ gemeint? Erforderlich ist nicht, dass die Tochter am Kartellverstoß der Mutter in rechtswidriger Weise<sup>39</sup> mitgewirkt hat.<sup>40</sup> Die wirtschaftliche Tätigkeit der Tochter muss jedoch zumindest „mittelbar“<sup>41</sup> mit dem Kartellverstoß in Zusammenhang stehen.<sup>42</sup> Im Ausgangsfall erblickte der EuGH den konkreten Zusammenhang darin, dass die kartellrechtswidrige Vereinbarung der Mutter „dieselben Produkte betrifft wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten“.<sup>43</sup> Auf die Weiterveräußerung der kartellverfangenen Waren durch die Tochter ist der konkrete Zusammenhang aber nicht beschränkt.<sup>44</sup>

Dazu drei Fallkonstellationen: Die Tochter verkauft nicht, sondern produziert LKWs für die kartellierende und vertreibende Mutter. Der Vertrieb ist die dem Kartellverstoß zugrunde liegende wirtschaftliche Tätigkeit der Mutter. Damit steht die Produktion als wirtschaftliche Tätigkeit der Tochter in konkretem Zusammenhang. Beide bilden eine wirtschaftliche Einheit, die den Kartellverstoß begeht. Oder: Die Mutter spricht als Holding die Preise über LKWs ab und übt auf die Tochter bestimmenden Einfluss aus, die LKWs produziert und/oder vertreibt. Auch hier beruht die Absprache der Mutter auf einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die kraft ihres bestimmenden Einflusses mit der wirtschaftlichen Tätigkeit der Tochter in Verbindung steht. Spricht die Mutter hingegen die Preise über Motorräder ab, bilden Mutter und Tochter diesbezüglich keine wirtschaftliche Einheit. In einer solchen Konstellation steht die wirtschaftliche Tätigkeit der Tochter nicht einmal mittelbar iZm dem Kartellverstoß der Mutter. Die Tochter haftet nicht als Gesamtschuldnerin für den Kartellschaden.

#### 2.5. Wirtschaftliche Einheit zwischen Schwestergesellschaften

Dieses Ergebnis gibt Anlass zur Frage, ob das *Sumal*-Urteil den Weg zur Haftung einer Schwestergesellschaft (im Folgenden: Schwester) für den Kartellverstoß einer anderen ebnet. In der Literatur wird dazu vertreten, dass zwei Schwestern derselben wirtschaftlichen Einheit angehören, wenn die gemeinsame Mutter auf beide bestimmenden Einfluss ausübt und beide auf demselben Markt tätig sind.<sup>45</sup>

Das *Sumal*-Urteil lässt keine Rückschlüsse auf die Möglichkeit der Haftung von Schwestern zu. Fraglich ist, ob für

<sup>33</sup> So bereits *Kersting/J. Otto*, Die Marktbezogenheit der wirtschaftlichen Einheit, in FS G. Wiedemann (2020) 235 (242), wonach die herrschende Gesellschaft auf dem betreffenden Markt tätig ist, „weil sie das Marktverhalten einer auf diesem Markt tätigen Gesellschaft kontrolliert“.

<sup>34</sup> So bereits Schlussanträge des Generalanwalts *Pitruzzella* vom 15.4.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 56 f.

<sup>35</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 51 f.

<sup>36</sup> Ähnlich E. Fischer, Grundlegungen zur Konzernhaftung, ZfPW 2021, 310 (313 f).

<sup>37</sup> Siehe dazu *Kokott/Dittert*, WuW 2012, 672: Bildlich steht „das kartellbeteiligte Unternehmen auf zwei Standbeinen, von denen das eine durch die im Hintergrund agierende Muttergesellschaft und das andere durch die nach außen auftretende Tochtergesellschaft verkörpert wird“.

<sup>38</sup> Vgl dazu W.-H. Roth/Ackermann in Frankfurter Komm Kartellrecht, Grundfragen Art 81 Abs 1 EG Rz 35.

<sup>39</sup> Vgl zu dieser Konstellation EuG 12.12.2018, Rs T-677/14, *Biogaran/Kommission*.

<sup>40</sup> So bereits *Bauermeister*, Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit und wesentlicher Beitrag zur Umsetzung des Rechtsverstoßes, WuW 2021, 559 (561); ähnlich *Boyd*, JECLAP 2021, 30.

<sup>41</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 47.

<sup>42</sup> Nach Generalanwalt *Pitruzzella* müsse die eigene Tätigkeit der Tochter für die Konkretisierung des Kartellverstoßes der Mutter „objektiv notwendig“ bzw. „gewissermaßen erforderlich“ sein; siehe dazu Schlussanträge des Generalanwalts *Pitruzzella* vom 15.4.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 57.

<sup>43</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 52 f.

<sup>44</sup> Prüfungsmaßstab ist daher nicht zwangsläufig, dass Mutter und Tochter am kartellierten Markt tätig sind; in diese Richtung argumentierend wohl *Kersting/J. Otto*, NZKart 2021, 326; ähnlich *Bruc*, Establishing Jurisdiction for Damage Claims: The Bone, the Spacecraft and the Apes, JECLAP 2021, 1 (6 FN 47).

<sup>45</sup> *Kersting/J. Otto*, Marktbezogenheit, 243; *dies*, NZKart 2021, 326. Daneben wird für die Haftung von Schwestern freilich das Argument der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung geltend gemacht; siehe dazu *Franck* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht II\* (2020) § 33a GWB Rz 30.

den EuGH der bestimmende Einfluss der Mutter auf die gemeinsamen Töchter ausreichen würde. Ferner bleibt offen, ob der konkrete Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und Kartellverstoß zur Bildung der wirtschaftlichen Einheit zwischen Schwestern ein taugliches Kriterium ist.

Nach hier vertretener Auffassung ist zur Bildung der wirtschaftlichen Einheit zwischen Schwestern der tatsächlich ausgeübte bestimmende Einfluss seitens der Mutter auf beide Schwestern vorauszusetzen. Darüber hinaus muss zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit der einen Schwester und dem Kartellverstoß der anderen Schwester ein konkreter Zusammenhang bestehen. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn dieses Begründungselement zur wirtschaftlichen Einheit nur im Verhältnis zur Mutter, nicht aber zur Schwester notwendig ist. Ansonsten liefe die Schwester Gefahr, für Kartellverstöße der anderen Schwester zu haften, die nicht iZm der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit stehen. Dies soll aber gerade verhindert werden.<sup>46</sup>

## 2.6. Folgerungen für das nationale Kartellrecht

Welche Auswirkungen hat das *Sumal*-Urteil auf das nationale Kartellrecht? Der Unternehmensbegriff in § 37b Z 2 KartG ist im obigen Sinn unionsrechtskonform zu interpretieren. Das Rechtswidrigkeits- (§ 37b Z 1 KartG) und Verschuldens-erfordernis (§ 37c Abs 1 KartG) ist an das Handeln der wirtschaftlichen Einheit zu knüpfen. Der EuGH hat mit dem *Skanska*-Urteil<sup>47</sup> aber auch klargestellt und bestätigt,<sup>48</sup> dass der Unternehmensbegriff des Art 101 Abs 1 AEUV in der öffentlichen Rechtsdurchsetzung keine andere Bedeutung haben kann als in der privaten. Aussagen des EuGH zur Auslegung des primärrechtlichen Unternehmensbegriffs beeinflussen die Konzernhaftung daher sowohl in bußgeld- als auch zivilrechtlicher Hinsicht gleichermaßen.

Im Gefolge der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1<sup>49</sup> ist eine Mutter nach § 29 Abs 3 Satz 2 KartG von Rechts wegen mögliche Bußgeldadressatin, wenn ein zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehörendes Unternehmen am Kartellverstoß beteiligt ist.<sup>50</sup> Nach dem *Sumal*-Urteil ist die Bußgeldverantwortlichkeit nach § 29 Abs 3 KartG für Kartellverstöße der Mutter auf die Tochter in unionsrechtskonformer Auslegung zu erweitern, sofern die Mutter tatsächlich bestimmenden Einfluss ausübt und die wirtschaftliche Tätigkeit der

Tochter mit dem Kartellverstoß der Mutter in konkretem Zusammenhang steht.<sup>51</sup>

## III. Zivil- und gesellschaftsrechtliche Folgerungen

### 1. Vorbemerkung

Der kartellgeschädigte Dritte kann nach der beschriebenen Haftungslogik frei entscheiden, welches Mitglied der wirtschaftlichen Einheit er belangt. Alle haften gesamtschuldnerisch für den Verstoß der wirtschaftlichen Einheit.

### 2. Herleitung der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder einer wirtschaftlichen Einheit

Diese gesamtschuldnerische Haftung konfliktiert mit national zivilrechtlichen Grundsätzen. Sie besteht aufgrund der dargelegten Konzeption der wirtschaftlichen Einheit ungeachtet eines Tatbeitrags nach § 1301 ABGB und knüpft nicht am einzelnen Mitglied der wirtschaftlichen Einheit an.<sup>52</sup>

Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive steht die gesamtschuldnerische Haftung im Spannungsverhältnis zum kapitalgesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip.<sup>53</sup> Zwar wird das Trennungsprinzip im Konzern in engen Ausnahmefällen durch einen Haftungsdurchgriff durchbrochen.<sup>54</sup> Die bloße Zugehörigkeit konzernierter Gesellschaften zur (kartellrechtlichen) wirtschaftlichen Einheit begründet jedoch keinen solchen Durchgriffsgrund.<sup>55</sup> Hier geht es zudem um einen umgekehrten Haftungsdurchgriff, der für das österreichische Recht abgelehnt wird.<sup>56</sup>

In der Literatur wird vertreten, dass sich die Haftung der Rechtsträger des kartellrechtlichen Unternehmens aus der Qualifikation der wirtschaftlichen Einheit als Außen-GesBR herleiten ließe.<sup>57</sup> Das ist abzulehnen. Der hM folgend ist ein Konzern – von Ausnahmen im Gleichordnungskonzern abgesehen – wegen des regelmäßig vorliegenden Subordinationsverhältnisses und des daraus zumeist fehlenden gemeinsamen Gesellschaftszwecks nicht als Außen-GesBR zu qualifizieren.<sup>58</sup> Gleiches hat für die wirtschaftliche Einheit zu gelten, weil diese nur durch ein Subordinationsverhältnis

<sup>46</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 47.

<sup>47</sup> EuGH 14.3.2019, Rs C-724/17, *Skanska Industrial Solutions ua*, Rn 47; siehe dazu ausführlich *Holzweber*, EuGH *Skanska Industrial Solutions*: Ende des Trennungsprinzips? RdW 2019, 438; kritisch etwa *Reidlinger*, Konzernhaftung bei Schadenersatz für Kartellrechtsverstöße? GesRZ 2019, 97 (100); *Paul* in *A. Fuchs/Weitbrecht*, Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung (2019) § 5 Rz 5 f.

<sup>48</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 38; vgl aus österreichischer Sicht dazu auch OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m, Pkt 7.2.; literarisch dazu *Holzweber*, RdW 2019, 442 f; *Kersting*, Kartellrechtliche Haftung des Unternehmens nach Art. 101 AEUV, WuW 2019, 290 (291).

<sup>49</sup> Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl L 11 vom 14.1.2019, S 3.

<sup>50</sup> Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist festzuhalten, dass die Richtlinie (EU) 2019/1 in Art 13 Abs 5 (iVm Erwägungsgrund 46) keinen Umsetzungsspielraum hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Mutter offenlässt. Es handelt sich daher um vollharmonisiertes Unionsrecht. Daher scheidet die Prüfung einer möglichen Verfassungswidrigkeit von § 29 Abs 3 KartG mangels tauglichen Prüfungsmaßstabs aus; vgl dazu VfGH 12.10.2017, G 52/2016, VfSlg 20.209/2017.

<sup>51</sup> Freilich gilt es abzuwarten, ob die Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihres Ermessensspielraums von nun an auch Geldbußen gegen Töchter für die Kartellverstöße ihrer Mütter verhängen. Den Schlussanträgen des Generalanwalts *Pitruzzella* vom 15.4.2021, Rs C-882/19, *Sumal*, Rn 21, ist jedenfalls zu entnehmen, dass die Europäische Kommission Bezug nehmend auf die bisherige Entscheidungspraxis zur Bußgeldhaftung nicht davon ausgegangen ist, die Haftung auf die Tochter zu erstrecken. Für das Schadenersatzrecht schließe die Europäische Kommission unter den an dortiger Stelle genannten Gründen eine Haftung allerdings nicht aus.

<sup>52</sup> Überholt scheint damit die Diskussion darüber zu sein, ob für die zivilrechtliche Haftung der Mutter (bzw Tochter) für den Kartellverstoß der Tochter (bzw Mutter) eine Beteiligung am Kartellverstoß iSd § 1301 ABGB notwendig ist; vgl dazu noch *Koppensteiner*, WBl 2019, 10; *Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 13.79.

<sup>53</sup> Statt vieler *Thiede*, NZG 2021, 1518; *Thomas/Legner*, Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht, NZKart 2016, 155; allgemein dazu *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 3/4; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> (2021) § 1 Rz 27.

<sup>54</sup> *Eckert/U. Schmidt* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 13.46 ff.

<sup>55</sup> Vgl *Koppensteiner*, WBl 2019, 8.

<sup>56</sup> *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 563; *ders.*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (85 FN 3).

<sup>57</sup> *Kersting*, Konzernhaftung im Kartellrecht, GesRZ 2015, 377 (382 f); *ders.*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW 2014, 1156 (1170 f); *ders.*, Der Konzern 2011, 448 ff.

<sup>58</sup> *Koppensteiner*, WBl 2019, 11; *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 115 Rz 21; *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG<sup>5</sup>*, Österreichisches Konzernrecht Rz 36; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, Rz 2/42; *Koch/Harnos*, Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts? in *Eisele/Koch/Theile*, Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund (2014) 171 (176 ff).

kraft bestimmenden Einflusses entstehen kann. Im Übrigen ist auch der Wille zum Vertragsabschluss der untergeordneten Mitglieder regelmäßig zu bezweifeln.<sup>59</sup> Die kartellrechtliche Haftung kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit lässt sich somit nicht aus nationalen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Prinzipien ableiten.<sup>60</sup>

Wie ist diese gesamtschuldnerische Haftung daher zu begründen? Sie ist dem EuGH zufolge unmittelbar im Primärrecht verankert<sup>61</sup> und folgt aus der Normierung des Unternehmens als Verbotsadressat des Art 101 Abs 1 AEUV.<sup>62</sup> Zivilrechtlich folgt daraus ein gesamtschuldnerischer Durchgriff auf alle Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit, zumal die wirtschaftliche Einheit selbst nicht rechtsfähig ist.<sup>63</sup> Das Europarecht determiniert demzufolge eine zivilrechtliche Haftung von einem für alle und von allen für einen. Dieser Leistungspflicht nachgelagert stellt sich die Frage nach der endgültigen Haftungszuweisung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit, also der Möglichkeit von Regressansprüchen zwischen den Mitgliedern.

### 3. Binnenregress innerhalb der wirtschaftlichen Einheit

Das Kartellrecht enthält keine Vorgaben für den Regress zwischen den Mitgliedern der wirtschaftlichen Einheit. Das ist einleuchtend. Durch die Leistung eines Mitglieds stellvertretend für die wirtschaftliche Einheit ist der kartellrechtliche Präventions- und Kompensationszweck erfüllt, wie der EuGH zum Bußgeldrecht festhält: „Die Bestimmung der Anteile der Mitgesamtschuldner im Innenverhältnis dient jedoch nicht diesem ... Zweck. Es handelt sich nämlich um einen nachgelagerten Streitfall, der für die Kommission grundsätzlich nicht mehr von Interesse ist, da ihr von einem oder mehreren der Mitgesamtschuldner die Geldbuße vollständig gezahlt worden ist.“<sup>64</sup>

Außerdem sind Art 11 Abs 5 der Richtlinie 2014/104/EU<sup>65</sup> und dessen nationale Umsetzungsnorm (§ 37e Abs 4 KartG) nicht einschlägig. Die Vorschriften adressieren ausschließlich den Regressanspruch zwischen den Kartellanten, die ein eigenständiges Verschulden gesetzt haben. Diese Wertungen sind nicht unbedenken auf Regressansprüche zwischen Mitgliedern der wirtschaftlichen Einheit zu übertragen.

Der Weg führt daher ins nationale Zivilrecht. Für den internen Ausgleich ist auf die einzelnen Mitglieder der wirt-

schaftlichen Einheit durchzublicken. Anspruchsgrundlage<sup>66</sup> ist § 896 ABGB.<sup>67</sup> Der Innenausgleich bestimmt sich nach dieser Vorschrift primär nach einem besonderen Verhältnis.<sup>68</sup> Ein solches besonderes Verhältnis liegt vor, wenn das Innenverhältnis die materielle Lastentragung innerhalb der Solidarschuldner regelt.<sup>69</sup> Eine materielle Lastentragung kann sich insb aus vertraglichen Einigungen,<sup>70</sup> schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien oder kraft gemeinsamer Gesellschafterstellung ergeben.<sup>71</sup>

Die kartellrechtliche wirtschaftliche Einheit setzt keine gemeinsame Gesellschafterstellung voraus. Der Zugehörigkeit liegt auch nicht zwingend eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Lastentragung von Schadenersatzansprüchen zugrunde. Die am Kartellverstoß unbeteiligten Mitglieder haften jedoch für fremdes Fehlverhalten, weshalb sich aus allgemeinen schadenersatzrechtlichen Zurechnungsprinzipien ein besonderes Verhältnis zur Lastentragung ableiten lässt.<sup>72</sup> Dabei kommt es insb auf die Verschuldens- und Verursachungsbeiträge an.<sup>73</sup>

Nimmt nach diesen Grundsätzen eine in Anspruch genommene Tochter bei der rechtswidrig handelnden Mutter vollen Ausgleich, hat Letztere den Schaden endgültig zu tragen. Der durch den Kartellverstoß bedingte wirtschaftliche Vorteil einzelner Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit wirkt sich nicht auf die Lastenverteilung aus.<sup>74</sup> Die Berücksichtigung der vermögensmäßigen Bereicherung eines Mitglieds der wirtschaftlichen Einheit, das den Kartellverstoß nicht verschuldete und vom Verstoß gegebenenfalls nichts wusste, würde ansonsten wirtschaftlich die tatsächlich kartellrechtswidrig handelnden Mitglieder begünstigen.<sup>75</sup>

<sup>66</sup> Die Anwendbarkeit des § 1358 ABGB für den Binnenregress bei Gesamtschuldverhältnissen ist umstritten; vgl zum Meinungsstand P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> (2020) § 1358 Rz 2; Huemer in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 1358 Rz 9 ff; bejahend für gewöhnliche Gesamtschuldverhältnisse Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Kap D.5 Rz 31, wobei sich nach dessen Ansicht das Ausmaß der materiell fremden Schuld nach den Regelungen des § 896 ABGB bestimmen soll; differenzierend nach dem Zweck der Schuld Perner in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 6.

<sup>67</sup> Vgl BGH 18.11.2014, KZR 15/12, BGHZ 203, 193, Rn 30 f, wo die Anwendbarkeit des § 426 BGB auf den Innenausgleich für eine von der Europäischen Kommission festgesetzte Kartellgeldbuße bejaht wurde; für die Anwendung des § 426 BGB auf die kartellschadenersatzrechtliche Haftungseinheit von Konzerngesellschaften etwa Krüger in A. Fuchs/Weitbrecht, Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 8 Rz 46; Rust, Kartellverstoß und Gesamtschuld, NZKart 2015, 502 (508 f).

<sup>68</sup> Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>103</sup>, § 896 Rz 13; Perner in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 21; Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>4</sup>, Kap D.5 Rz 26.

<sup>69</sup> Perner in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 21.

<sup>70</sup> Vgl zur Berücksichtigung eines Gewinnabführungsvertrages für die Lastenverteilung bei der Bußgeldhaftung BGH 18.11.2014, KZR 15/12, Rn 35; Krüger in A. Fuchs/Weitbrecht, Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 8 Rz 46; Bodensteiner, Zurück zum bewährten Grundsatz: Wer handelt, haftet, NZKart 2015, 141 (144); Klotz, Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht (2016) 229 und 257, der sich auch für eine Berücksichtigung beim Kartellschadenersatz spricht; ebenso für eine weitgehende Übertragbarkeit *mutatis mutandis* auf das Kartelldeliktrecht Kersting, WuW 2019, 296.

<sup>71</sup> Perner in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 21.

<sup>72</sup> So werden auch in der deutschen Literatur und Judikatur die individuellen Verschuldens- und Verursachungsbeiträge iSd Rechtsgedankens des § 254 BGB für die Bemessung der Ausgleichsansprüche in wirtschaftlichen Einheiten bei Kartellgeldbußen herangezogen; siehe dazu etwa BGH 18.11.2014, KZR 15/12, Rn 40 ff; Krüger in A. Fuchs/Weitbrecht, Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 8 Rz 46; Bodensteiner, NZKart 2015, 144; allgemein dazu Perner in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 26; Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>4</sup>, Kap D.5 Rz 36.

<sup>73</sup> Primär ist der Grad des Verschuldens maßgeblich. Die Verursachungsbeiträge sind nur in der Abwägung zu berücksichtigen, soweit dies die Haftungszuweisung der Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit betrifft, die den Kartellverstoß gemeinschaftlich verschuldet haben.

<sup>74</sup> Klotz, Wirtschaftliche Einheit, 239 f; gegenteilig für den Binnenregress bei einer Bußgeldhaftung BGH 18.11.2014, KZR 15/12, Rn 62 ff.

<sup>75</sup> Der wirtschaftliche Vorteil kann indes als Verursachungsbeitrag bei gemeinschaftlich verschuldeten Kartellverstößen zu berücksichtigen sein.

<sup>59</sup> Koch/Harnos, Konzern, 180 ff; aA Kersting, WuW 2019, 295.

<sup>60</sup> Daher die Übertragung des Prinzips der Haftungseinheit auf das Kartellschadenersatzrecht ablehnend die noch hL in Österreich; vgl Eckert/U. Schmidt, Konzernhaftung, 70; Koppensteiner, WBl 2019, 9; ders, GES 2013, 432 ff; Reidlinger, GesRZ 2019, 98; M. Brand, Schadenersatz im Kartellrecht (2017) 179.

<sup>61</sup> Siehe aber Kersting, WuW 2019, 293 ff, der die Rechtsnatur des Schadenersatzanspruchs im anwendbaren nationalen Recht sieht und diesen aus der der Qualifikation der wirtschaftlichen Einheit als kartellrechtliche Außen-GesBR folgenden gesamtschuldnerischen Haftung aller Gesellschafter nach § 128 dHGB analog ableitet.

<sup>62</sup> EuGH 6.10.2021, Rs C-882/19, Sumal, Rn 44; kritisch dazu Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen<sup>2</sup> (2018) 559.

<sup>63</sup> AA hinsichtlich der Kartellrechtsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheit Kersting, WuW 2019, 295; siehe aber noch Kersting, GesRZ 2015, 378.

<sup>64</sup> EuGH 10.4.2014, verb Rs C-231/11 P und C-232/11 P, Siemens ua/Kommission, Rn 60.

<sup>65</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl L 349 vom 5.12.2014, S 1.

Im Falle der endgültigen Haftungszuweisung an zahlungsunfähige Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit bietet § 896 Satz 2 ABGB nach dem Wortlaut für das leistende Mitglied mangels übriger Ausgleichsverpflichteter keine unmittelbare Regressgrundlage.<sup>76</sup> Das Zufallsrisiko der Gläubigerbeanspruchung und die mögliche Zahlungsunfähigkeit einzelner Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit sollen aber nicht endgültig zulasten des tatsächlich leistenden Mitglieds ausschlagen.<sup>77</sup> Daher ist § 896 Satz 2 ABGB auch auf „Gesamtschuldner ohne Schuld“ anzuwenden, womit alle sonstigen nicht letztverpflichteten Mitglieder den über die Insolvenzquote des endgültig leistungspflichtigen Mitglieds hinausgehenden Schaden nach Köpfen zu tragen haben.

#### 4. Durchsetzung des Regressanspruchs

Für Gesellschafter der Tochter, die nach § 896 ABGB nicht endgültig zum Ausgleich verpflichtet sind, ist die gesamtschuldnerische Haftung der Tochter für den Kartellverstoß der Mutter gefährlich. Wird der Kartellverstoß von der beherrschenden Mutter begangen, trifft diese Gefahr typischerweise den Minderheitsgesellschafter. Zwar ermöglicht der Binnenregress, dass innerhalb der wirtschaftlichen Einheit die Last den rechtswidrig handelnden Mitgliedern zugeordnet wird, die (volle) Durchsetzung dieses Anspruchs ist aufseiten der Tochter aber nicht jedenfalls sichergestellt. Die Geltendmachung kann vom geschäftsführenden Organ unterlassen werden.

Kommt es endgültig zu keiner Durchsetzung des Anspruchs (etwa durch Verjähren-Lassen des Regressanspruchs), verringert sich das Gesellschaftsvermögen der Tochter in der Höhe der geleisteten Zahlung an den kartellgeschädigten Dritten. Ohne besondere Rechtfertigung (bspw durch kompensatorische Maßnahmen seitens der herrschenden Gesellschaft) begründet die unterlassene Geltendmachung des Regressanspruchs regelmäßig eine Pflichtwidrigkeit der Geschäftsführung der leistenden Tochter.<sup>78</sup> Die endgültige (teilweise) Nichtgeltendmachung der Forderung (etwa durch einen Verzicht bzw Vergleich) kann bei Kapitalgesellschaften darüber hinaus einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen.<sup>79</sup> Nach einem Teil der Lehre kann auch das Verjähren-Lassen der Forderung eine Einlagenrückgewähr begründen.<sup>80</sup>

Der Minderheitsgesellschafter erleidet dabei jedenfalls einen Schaden, der sich in der Minderung seines Beteiligungswerts widerspiegelt.<sup>81</sup> Diese Verringerung des Beteiligungswerts stellt einen nicht ersatzfähigen Reflexschaden

dar.<sup>82</sup> Bei Unwilligkeit zur Durchsetzung könnte allerdings eine Klagemöglichkeit des Gesellschafters auf Leistung in das Vermögen der Gesellschaft Abhilfe schaffen.

Im Personengesellschaftsrecht steht den Gesellschaftern<sup>83</sup> nach § 1188 ABGB ein Individualklagerecht auf Leistung von gesellschaftsbezogenen Verpflichtungen eines Gesellschafters<sup>84</sup> in das Gesellschaftsvermögen zu.<sup>85</sup> Dieses Individualklagerecht beschränkt sich inhaltlich auf Sozialverbindlichkeiten. Der Regressanspruch der leistenden Tochter gem § 896 ABGB ist aber kein Sozialanspruch. Der Anspruch wurzelt nicht im Gesellschaftsverhältnis,<sup>86</sup> sondern stammt aus der unionsrechtlich determinierten Verpflichtung der Tochter, Schadenersatz kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit für den Kartellverstoß derselben Einheit zu leisten. Dagegen spricht außerdem, dass die gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit auch gänzlich ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung<sup>87</sup> entstehen kann.<sup>88</sup>

Gute Gründe sprechen daher dafür, den Regressanspruch der Tochter als sog Drittspruch zu qualifizieren. Eine Erweiterung der Individualklagebefugnis auf Drittsprüche ist gesetzlich nicht verankert<sup>89</sup> und daher abzulehnen.<sup>90</sup> Ist die leistende Tochter als Mitglied der wirtschaftlichen Einheit eine Personengesellschaft, kann auf das Vermögen des kartellrechtswidrig handelnden Gesellschafters nicht mittels *actio pro socio* zurückgegriffen werden. Damit besteht ein Schutzdefizit, das aber angesichts der gesetzlichen Vorgaben hinzunehmen ist.

Im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es zwar kein Individualklagerecht. Das Gesetz gewährt stattdessen einer Gesellschafterminderheit Möglichkeiten zur Durchsetzung von Ansprüchen (§ 48 Abs 1 GmbHG; § 134 Abs 1 Satz 2 AktG), die der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern zustehen.<sup>91</sup> Diese sind nicht auf Sozialansprüche beschränkt.<sup>92</sup> Ist die leistende Tochter als Mitglied der wirtschaftlichen Einheit also umgekehrt eine Kapitalgesellschaft, kann die Minderheit bei Erreichen der entsprechenden Quoren auf das

<sup>76</sup> Vgl zum Ausfall des intern Alleinverpflichteten *P. Bydlinski* in MünchKomm BGB<sup>7</sup>, § 426 Rz 37; *Heinemeyer* in MünchKomm BGB<sup>8</sup>, § 426 Rz 41; *Selb*, Schadensbegriff und Regressmethoden (1963) 27.

<sup>77</sup> Allgemein dazu *Heinemeyer* in MünchKomm BGB<sup>8</sup>, § 426 Rz 41; *Perner* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 896 Rz 85.

<sup>78</sup> Vgl allgemein zur Anspruchsdurchsetzung *Reich-Rohrwig/C. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2019) § 84 Rz 122; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup>, § 84 Rz 8a; *Bayer/Ph. Scholz*, Organhaftung wegen Nichtdurchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft, NZG 2019, 201 (204 f).

<sup>79</sup> *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 52 Rz 72; *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>5</sup> (2021) 1 (125 f); *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 82 Rz 102.

<sup>80</sup> *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup>, § 52 Rz 16; *Karollus*, Einlagenrückgewähr, 125.

<sup>81</sup> Dadurch überwälzt die Mutter zumindest einen Teil des von ihr zu verantwortenden Schadens auf die Minderheitsgesellschafter.

<sup>82</sup> OGH 28.3.2018, 6 Ob 41/18z; *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (12 f).

<sup>83</sup> Dieses Recht steht auch von der Vertretung ausgeschlossenen Kommanditisten zu, sofern sie zum Zeitpunkt der Geltendmachung Gesellschafter waren; vgl OGH 25.3.2020, 6 Ob 189/19s.

<sup>84</sup> Eine Ausdehnung auf nahestehende Personen kann insb bei Umgehungsstrukturen angedacht werden; im Einzelfall befürwortend etwa *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>20</sup> (2020) § 13 Rz 53; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>22</sup> (2019) § 13 Rz 38; *Merkt* in MünchKomm GmbHG<sup>3</sup>, § 13 Rz 327; dagegen *Kumkar*, Die actio pro socio im GmbH-Recht, NZG 2020, 1012 (1016 f).

<sup>85</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 14; *Artmann/Thiery*, GesBR neu – Auswirkungen für die Praxis? RdW 2016, 3 (8); *Schauer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>1</sup>, § 108 Rz 38; *Artmann* in *Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 1188 Rz 1; OGH 25.3.2020, 6 Ob 189/19s.

<sup>86</sup> Notwendig dafür wäre, dass der Entstehungsbestand des Anspruchs das Gesellschaftsverhältnis ist; vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsklagen auf Unterlassung oder Vornahme von Geschäftsführungsmaßnahmen, GES 2011, 57 (58 f); *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup>, § 1188 Rz 3.

<sup>87</sup> *Schroeder* in *Grabitz/Hilff/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art 101 AEUV Rz 461; *ders* in *G. Wiedemann*, Kartellrecht<sup>4</sup>, § 9 Rz 10; ähnlich *E. Fischer*, ZfPW 2021, 315.

<sup>88</sup> Sieht man in der Leistungspflicht der kartellierenden Mutter hingegen einen Sozialanspruch (etwa bei Herleitung der gesamtschuldnerischen Haftung aus nationalem Recht und Qualifikation der wirtschaftlichen Einheit als Außen-GesBR), könnte der Anspruch mittels *actio pro socio* durchgesetzt werden.

<sup>89</sup> Eine § 715b Abs 1 Satz 2 BGB idF des MoPeG, dBGBl I 2021, 3436, entsprechende Bestimmung, wonach mittels der *actio pro socio* ausnahmsweise auch Drittsprüche geltend gemacht werden können, fehlt in Österreich gänzlich.

<sup>90</sup> *U. Torggler*, GES 2011, 59; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht<sup>7</sup>, Rz 2/522; *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I<sup>3</sup> (2019) § 108 Rz 11 FN 41.

<sup>91</sup> *U. Torggler*, GES 2011, 64; *R. Rastegar*, Die Gesellschaftsklage in der GmbH (2020) 90.

<sup>92</sup> *U. Torggler*, GES 2011, 64; OGH 22.7.2009, 3 Ob 72/09y.

Vermögen des kartellrechtswidrig handelnden Gesellschafters zurückgreifen. Freilich ist der den Kartellverstoß verursachende Gesellschafter von einem Stimmverbot erfasst (§ 39 Abs 4 GmbHG; § 125 Fall 3 AktG), wenn in der Gesellschafterversammlung über die Durchsetzung des Anspruchs abgestimmt wird.

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Nach dem *Sumal*-Urteil des EuGH haftet eine Tochter für den Kartellverstoß ihrer Mutter kraft Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit, wenn neben dem tatsächlich ausgeübten bestimmenden Einfluss ein konkreter Zusammenhang zwischen Kartellverstoß und wirtschaftlicher Tätigkeit der Tochter vorliegt. Zur Bildung einer wirtschaftlichen Einheit unter Schwestern muss neben dem bestimmenden Einfluss der Mutter auf die Schwestern ebenfalls ein konkreter Zusammenhang zwischen dem Kartellverstoß der einen Schwester und der wirtschaftlichen Tätigkeit der anderen Schwester bestehen. § 29 Abs 3 KartG ist idS entsprechend zu erweitern.

2. Die gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder der wirtschaftlichen Einheit für Kartellverstöße dieser Einheit ergibt sich unmittelbar aus dem Unionsrecht. Anspruchsgrundlage für die Lastenverteilung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit ist § 896 ABGB. Dem leistenden Mitglied der wirtschaftlichen Einheit steht, sofern es nicht alleinig letztverpflichtet ist, ein Regressanspruch zu. Besteht zwischen den Mitgliedern der wirtschaftlichen Einheit keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, sind schadenersatzrechtliche Zurechnungsprinzipien für die Aufteilung maßgeblich.

3. Die endgültig unterlassene Durchsetzung des Regressanspruchs schädigt den nicht zum Ausgleich verpflichteten Gesellschafter der leistenden Gesellschaft. Ein Schadenersatzanspruch des geschädigten Gesellschafters auf Leistung in sein Vermögen besteht nicht. Der Regressanspruch kann nicht unmittelbar mit dem Individualklagerecht nach § 1188 ABGB durchgesetzt werden. Im Kapitalgesellschaftsrecht kann der Regressanspruch nach § 48 GmbHG bzw § 134 AktG durchgesetzt werden.

Webinar

Linde

## Besteuerung von Kryptowährungen

Neuerungen durch das Ökosoziale Steuerreformgesetz 2022

- Definition von Kryptowährungen
- Altvermögen vs. Neuvermögen
- Einkünfte aus Kryptowährungen: Laufende Einkünfte und Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen
- Steuerliche Behandlung von Staking, Airdrops, Bounties, Mining und Lending
- Steuersatz und Voraussetzungen für einen KEST-Abzug
- Verlustausgleich
- Depotüberträge und Wegzugsbesteuerung
- Besonderheiten bei Kryptozertifikaten und Kryptofonds



WP/StB Mag. Nora Engel-Kazemi  
Deloitte



Elke Teubenbacher, BA  
Deloitte



2.2.2022



15:00-16:30



Webinar



lindecampus.at

## Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

**Der praktische Fall**  
Diskussion am Puls der Zeit

**Für die Praxis**  
Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

**Rechtsprechung**  
Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand

### Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Nikolaus Arnold | Susanne Kalss

Linde  
www.lindeverlag.at

## Jetzt Jahresabo 2022 bestellen!

### Bestellformular Ja, ich bestelle

GesRZ-Jahresabo 2022  
(51. Jahrgang 2022, Heft 1-6)

\_\_\_ Ex. Print ..... EUR 210,-

\_\_\_ Ex. Digital light..... EUR 215,-

\_\_\_ Ex. Digital ..... EUR 234,-

\_\_\_ Ex. Print & Digital ..... EUR 238,-

\_\_\_\_\_  
Name/Firma

\_\_\_\_\_  
Kundennummer

\_\_\_\_\_  
Straße/Hausnr.

\_\_\_\_\_  
PLZ/Ort

\_\_\_\_\_  
E-Mail/Telefon

\_\_\_\_\_  
Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: [lindeverlag.at/agb](http://lindeverlag.at/agb) | Datenschutzbestimmungen: [lindeverlag.at/datenschutz](http://lindeverlag.at/datenschutz). Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H  
Scheydgasse 24, 1210 Wien  
Handelsgericht Wien  
FB-Nr: 102235X, ATU 14910701  
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: [www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at) | [office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at) | Tel 01 24 630 | Fax 01 24 630-23