

# Vorabentscheidungsersuchen betreffend falschen Rechtsrat

Art 23 VO 2003/1;  
§§ 29–30  
KartG 2005

OGH 5. 12. 2011,  
16 Ok 4/11  
(EuGH C-681/11)  
– SSK-Kartell  
Vorabent-  
scheidungs-  
ersuchen –

2012/145

Der OGH hat dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Dürfen Verstöße eines Unternehmens gegen Art 101 AEUV mit einer Geldbuße geahndet werden, wenn das Unternehmen über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens geirrt hat und dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist?

Für den Fall der Verneinung von Frage 1:

1 a) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen sich gemäß dem Rat eines im Wettbewerbsrecht erfahrenen Rechtsberaters verhalten und die Unrichtigkeit des Rates weder offensichtlich noch durch die dem Unternehmen zumutbare Überprüfung erkennbar war?

1 b) Ist ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nicht vorwerfbar, wenn das Unternehmen auf die Richtigkeit der E einer nationalen Wettbewerbsbehörde vertraut hat, die das zu beurteilende Verhalten allein nach nationalem Wettbewerbsrecht geprüft und für zulässig befunden hat?

2. Sind die nationalen Wettbewerbsbehörden befugt, festzustellen, dass ein Unternehmen an einem gegen Wettbewerbsrecht der Union verstoßenden Kartell beteiligt war, wenn über das Unternehmen keine Geldbuße zu verhängen ist, weil es die Anwendung der Kronzeugenregelung beantragt hat?

## Anmerkung zu 16 Ok 2/11 und 16 Ok 4/11:

1. In 16 Ok 2/11 befusste sich der OGH als KOG erstmals im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens<sup>1)</sup> mit dem Verschuldensprinzip bei einer versehentlich unterlassenen Fusionskontrollanmeldung. Der OGH legte dabei mE einleuchtende Kriterien fest, die dem oben angeführten Leitsatz entnommen werden können. Rechtsrat kann nach nationalem Recht also exkulpieren.

2. In 16 Ok 4/11 geht es um dieselbe Frage, aber aus dem Blickwinkel des EU-Kartellrechts. Der EuGH anerkannte einen entschuldigenden Verbotsirrtum insb bei falschen Behördenauskünften,<sup>2)</sup> aber noch nie bei falschem Anwaltsrat. Im einzigen einschlägigen Fall<sup>3)</sup> war der falsche Anwaltsrat für das Unternehmen durchschaubar und daher verschuldet.<sup>4)</sup> Die damit verbundenen Fragen haben durch die Reform des europäischen Kartellrechts im Rahmen der VO 2003/1 deutlich an Bedeutung gewonnen. Gemäß der Legalausnahme (Art 1 Abs 2 VO 2003/1) liegt die oft schwierige Beurteilung betr Kartellverbotsausnahmen immer bei den Unternehmen, die sich idR qualifizierten Rates bedienen (müssen).<sup>5)</sup> Hier fehlt es bislang an klaren Aussagen des EuGH zu Sorgfaltspflichten, Verschuldensmaßstab und Rechtsirrtum.

3. Daher nützte der OGH das nach Unionsrecht zu beurteilende SSK-Kartell für ein Vorabentscheidungs-

suchen. Das KartG<sup>6)</sup> hatte erstinstanzlich den Geldbußenantrag der BWB abgewiesen,<sup>7)</sup> weil ein (infolge Anwaltsrats entschuldbarer) Rechtsirrtum der AG vorliege, worauf eine interessante Auseinandersetzung zwischen Exekutive und Judikative folgte: Die unterlegene BWB warf dem KartG vor, dass es „Preisabsprachen ausdrücklich gestatte“<sup>8)</sup> und nannte das ein „klares Versagen des Kartellgerichts“;<sup>9)</sup> was das OLG Wien zum ungewöhnlichen Schritt einer Presseaussendung zur Richtigstellung und Ablehnung der unangebrachten Emotionalität veranlasste.<sup>10)</sup>

Die EK intervenierte – was nicht oft geschieht – als „amicus curiae“ (Art 15 VO 2003/1) über Veranlassung der unterlegenen BWB, die Rekurs eingebracht hatte, beim OGH und verwies betr Rechtsrat auf die E Miller.<sup>11)</sup> Der OGH legt daraufhin dem EuGH die Frage vor, ob sich die AG auf die Expertise einer mehrfach beigezogenen, voll informierten und auf Kartellrecht spezialisierten Kanzlei verlassen durften, weil sie die Wettbewerbsrechtsfrage „fachlich kompetent erarbeiten und beurteilen“ ließen.<sup>12)</sup>

4. Aus dem spezifischen Sachverhalt erklärt sich die Vorlageeventualfrage 1 b: Die AG hatten sich nämlich auch darauf berufen, dass sie neben dem anwaltlichen Rat auch auf eine an sie ergangene KartG-E<sup>13)</sup> vertraut hatten.

5. Schließlich soll der EuGH die Frage entscheiden, ob bei Anwendung des EU-Kartellrechts die BWB gegen einen Kronzeugen (zwar keinen Geldbußenantrag, aber doch noch) Feststellung beantragen kann. Der OGH er-

- 1) Zuvor allg OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 241/03 z RIS-Justiz RS0118363.
- 2) Bspw EuGH 12. 11. 1987, 344/85, *Ferriere San Carlo*, Rn 13.
- 3) EuGH 1. 2. 1978, 19/77, *Miller Int Schallplatten GmbH*, Rz 18.
- 4) Ähnlich bei falschem Rat betr österr Recht durch ausländische RA: OLG Wien als KG 7. 6. 2005, 27 Kt 245/04, *Lenzing Lyocell*.
- 5) Dazu *Brugger*, Braucht Österreich eine Verordnung nach § 3 KartG? OZK 2009, 3 (5).
- 6) OLG Wien als KG 2. 2. 2011, 24 Kt 7, 8/10, SSK.
- 7) Aufgrund von Äußerungen der AG und kurz nach Erscheinen von *Brugger*, Verbotsirrtum und Kartellrecht, *ecolex* 2010, 1166.
- 8) Website der BWB [bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2011/Seiten/PreiskartellimSpeiditionsbereich.aspx](http://bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2011/Seiten/PreiskartellimSpeiditionsbereich.aspx) (abgerufen am 22. 2. 2012).
- 9) Jetzt auf der BWB-Webseite nicht mehr verlinkt, aber noch vorhanden: [bwb.gv.at/presse/Documents/BWB\\_Rekurs\\_Speditionen.pdf](http://bwb.gv.at/presse/Documents/BWB_Rekurs_Speditionen.pdf) (abgerufen am 22. 2. 2012); vgl auch [kartellblog.de/2011/03/02/osterreich-klares-versagen-des-kartellgerichts/](http://kartellblog.de/2011/03/02/osterreich-klares-versagen-des-kartellgerichts/) (abgerufen am 23. 2. 2012).
- 10) Die Presse 25. 2. 2011.
- 11) Stellungnahme EK 12. 9. 2011, Rz 17 (zu *Miller* vgl FN 3).
- 12) So schon *Brugger*, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, OZK 2009, 207 (213).
- 13) KartG 2. 2. 1996, 4 Kt 79/95 sowie vorangegangene Verf, in denen die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts mehrfach ausdrücklich verneint worden war (Paritätischer Ausschuss 15. 12. 1994 zu 4 Kt 533/94; und KartG 20. 1. 1995, 5 Kt 92/95 ex 1 Kt 337/94 verb 1 Kt 1144/94).

laubt die Feststellung vergangener Kartellverstöße als Vorbereitung eines Bußgeldverfahrens<sup>14)</sup> oder zwecks Klärung strittiger Rechtsfragen, deren Bedeutung über den Einzelfall hinausreicht, verneint aber bisher bei Anwendung des (vorrangigen) Unionskartellrechts eine Feststellungsbefugnis, weil diese gem Art 10 iVm Art 5

---

14) OGH als KOG 16 Ok 4/07.

und 7 VO 2003/1 nur der EK zukomme.<sup>15)</sup> Auch das hatte die EK in ihrem amicus curiae-Schriftsatz anders gesehen.

*Walter Brugger*  
Hon.-Prof. RA Dr. *Walter Brugger* ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Wien, und am SSK-Verfahren beteiligt.

---

15) OGH als KOG 25. 3. 2009, 16 Ok 4/09, *Industriechemikalienkartell*, ecolex 2009, 507 (Anm *Brugger*).