

# DIE GELDBUSSENBEMESSUNG NACH § 30 KARTG 2005 – TEIL I

§ 30 KartG<sup>1)</sup> gibt die Kriterien für die Geldbußenbemessung mit nur wenigen Stichwörtern vor. Die Literatur zu diesen Kriterien ist spärlich.<sup>2)</sup> Auch die Judikatur steckt in Österreich noch in den Anfängen; es gibt zu Preis- und Mengenabsprachen erst drei OGH-Bußgeld-Entscheidungen<sup>3)</sup> und wenig mehr Entscheidungen zu Missbrauchsfällen. Die OGH-E im Aufzugskartellfall erwähnt § 30 KartG gar nicht (und die Vorgängerbestimmung des § 143 KartG 1988 auch nur pro forma, ohne näher darauf einzugehen).<sup>4)</sup> Auch im Industriechemikalienkartellfall legte der OGH die Kriterien des § 30 KartG nicht aus.<sup>5)</sup> Hier sollen daher die Kriterien des § 30 KartG näher erörtert und interpretiert werden. Auf die – für uns Kartellrechtsanwender immer wichtige – Praxis im Gemeinschaftsrecht, insb Parallelen und Unterschiede, wird verwiesen.

WALTER BRUGGER

## Gliederung

1. Allgemeines
2. Rechtsstaatlichkeitsaspekte
  - a) Bestimmbarkeit
  - b) Vergleichsverfahren
3. Exkurs: Die Leitlinien der Kommission
  - a) Die BWB
  - b) Die Leitlinien in Österreich
  - c) Die Methode der Leitlinien
4. Exkurs: Traditionelle Strafzumessung
5. Die Schwere der Rechtsverletzung
  - a) Art der Zuwiderhandlung
  - b) Organisationsgrad
  - c) Marktbetroffenheit
  - d) Differenzierung
6. Die Dauer
7. Die Bereicherung
8. Das Verschulden
  - a) Allgemein
  - b) Vorsatz
  - c) Schweres, leichtes Verschulden
  - d) Problem „MEA“
  - e) Wiederholungstäterschaft
9. Die Leistungsfähigkeit
10. Mitwirkung, Einsichtigkeit
11. Sonstige Kriterien

## 1. Allgemeines

Die Geldbuße dient nach hA nicht nur als Beugemittel der Erzwingung gebotener Handlungen, sondern verfolgt auch den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen (Prävention).<sup>6)</sup> Die Bemessungskriterien in § 30 KartG sind wenige (übrigens gleichlautend mit der Vorgängerbestimmung § 143 KartG 1988;<sup>7)</sup> die noch frühere Bestim-

1) Hier und in der Folge ist das KartG 2005 gemeint, wenn nicht ausdr anders angegeben.

2) Beispielsweise kommentieren *Petsche/Tautscher* (in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005, Rn 5–13) und *Hoffer*, Kartellgesetz [2007], 251ff praktisch nur die Leitlinien der Kommission (s FN 26) und nicht den Gesetzestext von § 30 KartG.

3) *Europay* (Absichtskartell betr Konditionen der „Domestic-Debit-Fallback-Interchange-Fee für Debitkarten“ sowie Missbrauch marktbeherrschender Stellung), *Aufzugskartell* (Verstoß gegen Art 81 EG) und *Industriechemikalienkartell*, dazu s u.

4) OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell* (*Otis/Kone/Schindler/Haushahn/Doppelmayr*; straffreier Kronzeuge war *ThyssenKrupp*) – dort Erwähnung auf Seite 19.

5) OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalienkartell* – (straffrei blieb der Kronzeuge *Brenntag*). Kritisch dazu *Brugger*, Entscheidungsanmerkung, *ecolex* 2009, 507.

6) OGH als KOG im *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Pkt II.1.

7) OGH 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih* – wörtlich: „Die Geldbuße [...] dient nicht nur als Beugemittel der Erzwingung gebotener Handlungen, sondern verfolgt nach der Lehre (*Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! JBl 2003, 907 ff; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 56) auch den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen

mung wurde hingegen als ähnlich dem Zwangsgeld des Firmenbuchverfahrens gesehen<sup>8)</sup>. Infolge des pönalen Charakters ist übrigens die steuerliche Absetzbarkeit von Geldbußen problematisch;<sup>9)</sup> diese sieht auch der EuGH kritisch.<sup>10)</sup>

§ 30 KartG sieht vor, dass bei der Bemessung der kartellrechtlichen Geldbuße insbesondere auf die **Schwere** und **Dauer** der Rechtsverletzung, die erzielte **Bereicherung**, auf den **Verschuldensgrad** und die wirtschaftliche **Leistungsfähigkeit** Bedacht zu nehmen ist; bei Kartellverstößen ist auch die **Mitwirkung an der Aufklärung** zu berücksichtigen. Näheres zu den einzelnen Zumessungsgründen s unten.

Die Aufzählung der Kriterien in § 30 KartG ist **nicht taxativ**; erforderlich ist eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, nicht das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf der Grundlage etwa des Gesamtumsatzes.<sup>11)</sup> Bei der Ermessensentscheidung sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>12)</sup>

Dem Gesetz ist übrigens nicht zu entnehmen, dass einige Kriterien bedeutender seien als andere. Vielmehr sind die Strafzumessungskriterien **gleichrangig**.<sup>13)</sup> Daher entbehrt es

einer gesetzlichen Grundlage, wenn apodiktisch (zur Vereinfachung?) den Kriterien der Schwere und der Dauer (als vermeintlich objektiven Kriterien) der Vorrang gegeben wird vor den – gesetzlich gleichrangigen<sup>14)</sup> – (subjektiven) Kriterien des Verschuldensgrades, der Leistungsfähigkeit und der Mitwirkung an der Aufklärung. Darüber hinaus können auch die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden.<sup>15)</sup>

Problematisch ist es jedenfalls, dass der OGH als KOG die erstgerichtliche Ermessensentscheidung der Geldbußenbemessung nicht effektiv prüft, sondern nur Ermessensüberschreitungen<sup>16)</sup> aufgreifen will, und er gar ein Beweisverfahren über die gesetzlichen Zumessungsgründe „wegen des weniger formstrengen Charakters der Verfahrens außer Streitsachen“ für tw unnötig hält.<sup>17)</sup>

## 2. Rechtsstaatlichkeitsaspekte

### a) Bestimmbarkeit

Angesichts des Legalitäts- und Rechtsstaatlichkeitsprinzips können die gesetzlichen Bußgeldbemessungskriterien „bedenklich dürftig“ anmuten und einen „ungewöhnlich gering determinierten“ Ermessensspielraum eröffnen.<sup>18)</sup> Nach der

(Prävention). Damit weist sie die typischen Merkmale einer Strafe auf (*Rosbaud* aaO 926 spricht von einer ‚zivilrechtlichen Strafe‘). Dieser Auffassung hat sich der OGH in der Entscheidung 16 Ok 52/05 angeschlossen.“

8) Vgl OGH als KOG 23.6.1997, 16 Ok 5/97.

9) Allgemein hält Rz 1649 EStR (hat aber keinen Gesetzescharakter!) fest, dass Strafen grds gem § 20 Abs 1 Z 2 lit a EStG steuerlich nicht abzugsfähig, weil der privaten Lebensführung zuzurechnen sind. Gemäß Rz 1523a EStR seien EU-Geldbußen (nationale Geldbußen werden nicht erwähnt) nur insoweit als Betriebsausgabe anzuerkennen, als sie – abgesehen vom Pönalcharakter (Ahndungsteil) – einen Abschöpfungsanteil (Abschöpfungscharakter) enthalten. Daher wären EU-Geldbußen in einen Ahndungsteil und in einen Abschöpfungsanteil zu teilen. Die Abzugsfähigkeit des Abschöpfungsanteils setze weiters voraus, dass aus der Geldbußenentscheidung klar hervorgeht, welcher Umfang der verhängten Geldbuße auf die Abschöpfung entfällt (das ist in der kartellrechtlichen Praxis aber praktisch kaum der Fall); sonst lasse sich nicht objektiv erkennen, in welchem Umfang ein Abschöpfungsanteil vorliegt und es gelte ein „Aufteilungsverbot“ wegen Fehlens eines klaren Aufteilungsmaßstabes. Zu beachten ist, dass der das steuerliche Abzugsverbot bei Körperschaften regelnde § 12 KStG nicht auf § 20 Abs 1 Z 2 lit a EStG verweist und auch sonst keine Nichtabzugsfähigkeit von Strafen normiert. Die Nichtabzugsfähigkeit entspricht dennoch der herrschenden Praxis in Österreich und Deutschland (vgl BGH 25.4.2005, KRB 22/04 – *Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung*).

10) EuGH 11. 6. 2009, C-429/07 – *X BV (Niederlande)*: Die steuerliche Abzugsfähigkeit eines Teils der Geldbuße könnte die

Wirksamkeit der von der gemeinschaftlichen Wettbewerbsbehörde verhängten Sanktion beeinträchtigen, wenn das Unternehmen die Geldbuße insgesamt oder teilweise von seinen steuerbaren Gewinnen abziehen könnte, weil dadurch die Belastung mit der Geldbuße durch eine Verringerung der Steuerlast teilweise ausgeglichen würde. (Im konkreten Vorabentscheidungsersuchen ging es um die Frage, ob die Kommission sich als *amicus curiae* bei einem Steuerverfahren beteiligen könne.)

11) OGH als KOG 12.9.2007, 16 Ok 4/07 – *Europay-Bankomatvertrag* – Pkt 16.1. Auch im Gemeinschaftsrecht gibt es keine taxative Liste von Zumessungskriterien, vgl *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Europäisches Kartellrecht* [2005], Rn 27 zu VerVO.

12) So ua auch OLG Wien als KG 14.12.2007, 25 Kt 12/07 (rk) – *Aufzugkartell (Otis/Kone/Schindler/Hausbahn/Doppelmayr)*, vgl *Lukaschek* in *OZK* 2008, 28. Straffrei blieb hier übrigens der erste Kronzeuge *ThyssenKrupp*.

13) Vgl OGH als KOG *Europay* (FN 11) Pkt 16.7.

14) OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 12/04, S 27 u 28 – *BWB/Telekom Austria TikTak-Tarif*.

15) OGH als KOG *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Pkt II.1.

16) Vgl OGH als KOG *Aufzugkartell* (FN 4) Pkt 1.4.

17) OGH als KOG *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Pkt II.6. Kritisch dazu *Brugger*, *Entscheidungsanmerkung*, *ecolex* 2009, 507.

18) So ausdr OLG Wien als KG 7.6.2005, 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell-Geldbuße*. Ebenso *Solé*, *Das Verfahren vor dem Kartellgericht* [2006], Rn 509.

Jud ist § 30 KartG dennoch *ausreichend bestimmt*.<sup>19)</sup> Die Kartellstrafe braucht nur (in ihrer Art und Größenordnung) vorhersehbar,<sup>20)</sup> nicht aber vorweg berechenbar zu sein.

### b) Vergleichsverfahren

Ein *Plea bargaining* (wie in den USA oder den Niederlanden)<sup>21)</sup> oder ein Vergleichsverfahren (*settlement*)<sup>22)</sup> (Gesändnis gegen bis zu 10% Strafminderung bei der Europäischen Kommission, idF kurz Kommission) ist im österr Recht derzeit nicht zur Verfahrensvereinfachung (Verfahrenseffizienz) ausdr vorgesehen.

Trotz Rechtsstaatlichkeitsbedenken wäre das nicht kategorisch abzulehnen, zumal sich eine gleiche Frage der Rechtsstaatlichkeit auch bei der strafrechtlichen Diversion durch Staatsanwälte ergibt, nämlich das Spannungsverhältnis zur Unschuldsumutung und zum Sanktionsmonopol der Gerichte.<sup>23)</sup> Wenn die strafrechtliche Diversion – wie im Kartellfall *Lombard-Club*<sup>24)</sup> (Verfahren nach § 129 KartG 1988) – zulässig sein kann, dann ist auch ein Vergleich im kartellrechtlichen Geldbußenverfahren nicht grundsätzlich rechtsstaatswidrig.

Erste Ansätze eines kartellgerichtlichen Vergleichsverfahrens sind auch in Österreich in jenen Fällen zu erkennen, in denen eine Geldbußenhöhe informell ausgehandelt und dann durch einen kurzen, kaum begründeten (vereinbarungsgemäß nicht anzufechtenden) Gerichtsbeschluss verhängt wird.<sup>25)</sup>

## 3. Exkurs: Die Leitlinien der Kommission

### a) Die BWB

Die BWB propagiert die Anwendung der Leitlinien<sup>26)</sup> der Kommission auch im nationalen Rechtsbereich wie folgt:<sup>27)</sup> „Die BWB zieht für die Bestimmung der Höhe der Geldbußen in ihrem Antrag an das Kartellgericht in der Regel die in den Leitlinien der Kommission zur Festsetzung von Geldbußen enthaltene Methodik heran. Danach berechnet die BWB zunächst einen Grundbetrag, der einem bestimmten Prozentsatz des Umsatzes entspricht, auf den sich das kartellrechtswidrige Verhalten bezieht, multipliziert mit der Zahl der Jahre der Zuwiderhandlung. Der Grundbetrag kann sich für das einzelne beteiligte Unternehmen aufgrund mildernder oder erschwerender Umstände erhöhen oder verringern. Das Kartellgericht darf gemäß § 36 KartG keine höhere Geldbuße verhängen, als von der BWB beantragt wurde.“

Aber die angestrebte Anwendung der Leitlinien ist in Österreich **ohne Rechtsgrundlage** (es bleibt der BWB aber unbenommen, die – übrigens gar nicht erforderliche<sup>28)</sup> – Bezifferung des Geldbußenantrags *praeter legem* anhand der Leitlinien zu kalkulieren).

Angesichts des geschlossenen Systems der Rechtsquellen (Gesetz, Verordnung, Urteil oder Bescheid, Akt der Zwangsgewalt) könnte die BWB-Ankündigung, sich an die Leitlinien zu halten, eventuell eine VO sein, die aber dem KartG (teilweise) widerspricht. Eher ist aber anzunehmen, dass diese

19) OGH (FN 14); OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih* (noch zum gleichlautenden § 143 KartG 1988). Zur Rechtsnatur der Geldbuße s OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11); 27.2.2006 16 Ok 52/05; *Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! [...] JBl 2003, 907; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht, 56; *Zeder*, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477; *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 504, 507; *Thyri*, Kartellrechtvollzug in Österreich [2007], Rz 548, 611; *Reisner*, Das kartellrechtliche Geldbußensystem, 88.

20) EuGH 22.5.2008, C-266/06P – *Evonik Degussa* – Rn 45.

21) Vgl *Pertek*, Fünfzehntes St Galler Kartellrechtsforum (Tagungsbericht), ELR 2008, 206.

22) Auch „Verständigungsverfahren“ genannt. Siehe Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Art 7 und 23 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl EG 2.7. 2008 C-167/1. Vgl *Hummer*, Vergleichsverfahren der Europäischen Kommission in Kartellfällen, OZK 2008, 132.

23) Vgl *Hinterhofer*, Diversion statt Strafe [2000], 9.

24) Vgl FN 95.

25) Angeblich im Fall OLG Wien als KOG 29.8.2008 (Rechtsmittelverzicht) – *Innsbrucker Fahrschulkartell (Fahrschule Eigen-*

*stiller, Fahrschule Peter, Jauffer, Suppl, Vogel-Fernheim und Easy Drivers*) – Geldbuße insgesamt EUR 70.000,-; ein Kronzeuge blieb straffrei. Ähnlich klingt der von allen Beteiligten diskret behandelte Fall OLG Wien 19.3.2009 (Rechtsmittelverzicht) – *Telekom Austria AG* wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch technische Maßnahmen bei der Entbündelung (vgl *Mader*, Wirtschaftsblatt 26.3.2009) – Geldbuße EUR 1,5 Mio.

26) Leitlinien vom 1.9.2006 für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art 23 (2) lit a der VO 1/2003, ABl 2006, C-210, 2. Dazu *Sharaf*, Die neuen Bußgeld-Leitlinien im EG-Kartellrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung, wbl 2007, 1.

27) Die BWB auf ihrer Website <http://www.-bwb.gv.at/BWB/Aktuell/hardcore.htm> (Stand 17.7.2008).

28) Es gibt keine generelle Verpflichtung der Amtsparteien zur betragsmäßigen Bezifferung eines Geldbußen- oder Zwangsgeldantrags; vgl OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 8/07 – *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens (Geldbuße gg Manner AG)*; *Mair in Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellgesetz 2005, § 36 Rz 19; vgl auch *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 525.

Ankündigung subnormativen<sup>29)</sup> Charakter hat, denn die Formulierung „Die BWB zieht [...] *in der Regel* die [...] Leitlinien [...] heran“ spricht eher gegen den Charakter einer Rechtsverordnung. Diese Frage soll einer gesonderten verwaltungsrechtlichen Analyse vorbehalten bleiben.

## b) Die Leitlinien in Österreich

Selbst wenn BWB, BKartA, KG und KOG jeweils als NCA<sup>30)</sup> die Art 81 und Art 82 EG – infolge Kompetenzzuordnung in Art 5 VO 1/2003 – anzuwenden haben, können sie gar nicht das europäische Verfahrensrecht und dessen Geldbußenregime anwenden (s vielmehr § 29 Z 1 lit d KartG, wonach sich die Sanktionierung und Bemessung der Rechtsfolgen nach nationalem Recht richtet<sup>31)</sup>).

Und selbst wenn sie europäisches Verfahrensrecht und Geldbußenregime anwenden könnten oder müssten, wären die Leitlinien der Kommission nicht ohne weiteres anwendbar, weil diese als bloße Leitlinien – mangels rechtlicher Qualität<sup>32)</sup> – nicht einmal gemeinschaftsrechtlich verbindlich sind (das Gleiche gilt für die obgenannte Mitteilung der Kommission über die Durchführung von Vergleichsverfahren). Sie sind ja nur eine Selbstbindung der Kommission bei ihrer Ermessensausübung. Allgemein werden Leitlinien von der Rsp nicht als Rechtsnorm qualifiziert, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat; sie werden jedoch als eine Verhaltensnorm angesehen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar

sind.<sup>33)</sup> Der EuGH hat darauf hingewiesen, dass die Kommission dadurch, dass sie derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass sie diese von nun an auf die von diesen Normen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens beschränkt hat.<sup>34)</sup>

Das Geldbußensystem des **Gemeinschaftsrechts** (Art 23 VO 1/2003<sup>35)</sup>) ist mit jenem des nationalen Rechts außerdem **nicht deckungsgleich**, auch wenn das österreichische Kartellbußensystem ausweislich der Mat „unter Bedachtnahme auf die Rechtsentwicklung in der EG gestaltet worden“<sup>36)</sup> ist.

Die Leitlinien können deshalb im Verfahren über eine vom Gericht (KG oder KOG) zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar sind.<sup>37)</sup> Dies wäre bei den Kriterien der *Schwere* und der *Dauer* der Zuwiderhandlung anzunehmen, weil diese auch in Art 23 Abs 3 VO 1/2003 genannt sind. Hingegen ist insb das **Kriterium der Bereicherung (sowie das Verschulden und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) in der VO 1/2003 nicht ausdr genannt und daher bei uns autonom anzuwenden** (eine schematische Anwendung der Leitlinien, die diese Kriterien daher nur untergeordnet releviert, greift auch aus diesem Grunde zu kurz<sup>38)</sup>). Übrigens wird auch im deutschen Recht (§ 81 Abs 4 GWB) nur die Schwere der Zuwiderhandlung und deren Dauer als Kriterium der Strafbemessung angegeben (daneben wird auch eine Vorteilsabschöpfung angestrebt, vgl § 81 Abs 5 GWB).

29) Dazu vgl *Raschauer*, Subnormative Verhaltenssteuerungen, FS Heinz Schäffer [2006], 685.

30) National Competition Authority iSd Art 5 VO 1/2003.

31) *Raum in Langen/Bunte*<sup>10</sup> I § 81 GWB Rn 60.

32) Vgl *Schweda*, Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, WuW 2004, 1133.

33) Jüngst EuG 6.5.2009, R-127/04 – *KME Germany/Kommission* – Rz 33: Die Leitlinien können zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, stellen aber eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Praxis enthält und von der die Kommission im Einzelfall nur unter Angabe von mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbarenden Gründen abweichen kann; ebenso EuGH 18.5.2006 – *Archer Daniels Midland und Archer Daniels Midland Ingredients/Kommission* – C-397/03 P, Rn 91.

34) Eine Abweichung von den Leitlinien sei gegebenenfalls als Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes zu bewerten. Daher sei nicht auszuschließen, dass derartige Verhaltensnormen mit allgemeiner Geltung unter bestimmten Voraussetzungen und je nach ihrem Inhalt Rechtswirkungen entfalten könnten; EuGH 28.6. 2005 – *Dansk Rørindustri ua/Kommission* C-189/02 P,

C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Rn 209; EuGH 15.1.2002 C-171/00 P – *Libéros/Kommission* – Rn 35. Nicht bei Entscheidung in Anwendung der Leitlinien, sondern bei Entscheidung in Abweichung von den jeweils geltenden Leitlinien ist im Hinblick auf die Heranziehung der Beurteilungskriterien zusätzlich zu begründen; EuG 19.3.2003, T-213/00 – *CMA CGM* – Rn 271; dazu auch *Demetriou/Gray*, Developments in EC competition law in 2006 – an overview, in: CMLRev. 2007, 1429 ff und 1452. Zum Thema insgesamt s *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen horizontaler und vertikaler Leitlinien im reformierten europäischen Wettbewerbsrecht [2004], passim.

35) Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 4.1.2003 L 1/1.

36) 1005 Blg NR XXI GP, 32.

37) OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11) – Pkt II.4.

38) Die Kommission berücksichtigt – freilich ohne rechtliche Grundlage in der VO 1/2003 – in ihren Leitlinien (s FN 26) in untergeordneter Weise die Kriterien der *Bereicherung* (vgl Rn 31), des *Verschuldens* (vgl Rn 28/29) und der *Leistungsfähigkeit* (vgl Rn 30 und 35).

Die Annahme einer **Berechnungsformel**<sup>39)</sup> und eines „Grundbetrages“<sup>40)</sup> wie in den Leitlinien ist – wie der OGH im Missbrauchsfall *Constantin* ausdr sagte – unserer Rechtsordnung fremd.<sup>41)</sup> Weniger kritisch gegenüber einem Grundbetrag war der OGH als KOG in der *Aufzugsentscheidung*.<sup>42)</sup> Sehr kritisch aus österr Rechtslage sehen sollte man einen „jedenfalls“ verhängten Abschreckungszuschlag („entry fee“),<sup>43)</sup> zumal nach § 29 KartG keine Mindestgeldbuße vorgesehen ist.<sup>44)</sup> Selbst im Gemeinschaftsrecht ist die Abschreckung nur ein ungeschriebenes (!), im Gesetz nicht enthaltene, aber von der Judikatur ausgeprägtes Kriterium. Dem OGH als KOG kann daher insoweit nicht gefolgt werden, wenn er einmal die Anwendung der Leitlinien durch das Erstgericht und die BWB „sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung“ anscheinend bestätigte.<sup>45)</sup> Die BWB berechnet daher in der Praxis – zu Recht – keinen Abschreckungszuschlag.

### c) Die Methode der Leitlinien

Die Leitlinien berechnen die Geldbuße abgeleitet vom kartellierten Umsatz (genauer: Nettoverkaufspreis der Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen, idF vereinfacht als kartellierter Umsatz<sup>46)</sup> bezeichnet). Dieser wird multipliziert mit einem Prozentfaktor (zB jüngst 17% bei einem Preiskartell,<sup>47)</sup> je nach Schwere bis zu 30%) und dann mit der Anzahl der Jahre multipliziert. Das ergibt den „Grundbetrag“. Dazu kommt der vorgenannte Abschreckungszuschlag („entry fee“). Dann wendet die Kommission Erschwerungs- und Milderungsgründe zur Anpassung des Grundbetrages an, erhöht sodann (bei umsatzstarken Unternehmen oder bei hohen Kartellgewinnen) allenfalls um einen – weiteren – Abschreckungsaufschlag<sup>48)</sup> und reduziert den so ermittelten Endbetrag (nur) dann, wenn die gesetzliche Höchstgrenze von 10% des letzten Jahresumsatzes überschritten wird (Kappungsgrenze).<sup>49)</sup>

### 4. Exkurs: Traditionelle Strafzumessung

Diese *bottom-up*-Methode der Leitlinien (mit eventueller Kappung) passt aber nicht zur traditionellen Strafzumessung, die methodisch in *zwei Phasen* wie folgt vollzogen wird:<sup>50)</sup>

**Zunächst** ist die gesetzlich angedrohte Maximalsanktion zu betrachten (hier: § 29 Z 1 und Z 2 KartG). Bei dieser Obergrenze ist gem § 22 KartG der weltweite Jahresumsatz aller mit zumindest 25% Beteiligungsquote oder sonst idS § 7 KartG verbundenen Unternehmen zusammenzurechnen<sup>51)</sup> (das führt bei Ermittlung der 10%- oder 1%-Grenze übri-

gens zu einer potentiell weit höheren Kappungsgrenze als im Gemeinschaftsrecht, wo es bei der Umsatzzusammenrechnung auf einen Kontrollzusammenhang ankommt; umgekehrt aber zieht das Gemeinschaftsrecht die Kappungsgrenze bei allen Berufsverbänden und Kammern mit 10% des Umsatzes der Mitglieder<sup>52)</sup>, was nach § 31 KartG aber nicht für Zwangsmitgliedschaftsverbände gilt).

Diese Obergrenze darf nur für die denkbar schwersten Fälle (größtes Unrecht, sehr lange Dauer, schwerste Schuld, kein einziger Milderungsgrund, zahlreiche Erschwerungsgründe, hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) ausgeschöpft werden; im Gemeinschaftsrecht wird dies anders gesehen.<sup>53)</sup> Im **zweiten** Schritt ist innerhalb dieses Rahmens der konkrete Fall (mit seinen konkreten Umständen an Schwere, Dauer und Verschulden) für die Bußgeldzumessung ieS einzuordnen.

39) Skeptisch zu Berechnungsformeln auch jüngst EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB* – Rn 333–338. Gegen arithmetische Formeln auch OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 8/07 – *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens (Geldbuße gg Manner AG) Branchenuntersuchung Lebensmitteleinzelhandel*.

40) So aber die Leitlinien (FN 26) Pkt 10 ff.

41) So auch ausdr OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.

42) Siehe FN 51.

43) So aber die Leitlinien (FN 26) Pkt 25.

44) S a bei FN 188.

45) OGH 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih* – bestätigt die erstgerichtliche (nicht veröffentlichte) Geldbußenentscheidung im Ergebnis und in der methodischen Ableitung.

46) Nach informeller Auskunft der BWB, gestützt auf vertrauliche Versionen von Kommissionsentscheidungen, wird von der Kommission als „kartellierter Umsatz“ nicht nur der unmittelbar von den Absprachen erfasste Kundenumsatz berechnet, sondern der gesamte vom Kartell – unmittelbar oder mittelbar – berührte Geschäftsfeldumsatz, also auch der Umsatz mit nicht abgesprachene Kunden oder Produkten. So billigte es übrigens auch der OGH als KOG beim *Aufzugskartell* (FN 4) – S 37 u 40.

47) Bei einem sehr schweren Kartell mit Absprache von Markt und Preisen, Kommission 22.7.2009, K(2009)5791endg, COMP 39.396 – *Calciumcarbid* – Rz 301.

48) Leitlinien (FN 26) Pkt 30.

49) Das wird vom EuGH ausdr gebilligt, zB EuGH 29.6.2006, C-308/04 P – *SGL Carbon ua* – Rn 82.

50) Dazu *Vollmer in Münchener Kommentar*, Band 2 (GWB) [2008], Rn 84–86 zu § 81 GWB.

51) OGH als KOG beim *Aufzugskartell* (FN 4) – Punkt I.3.1 unter Verweis auf *Hoffer*, KartG, 247; *Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG § 29 Rz 13; *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht 210.

52) EuGH 18.12.2008, C-101/07P und C-110/07P – *Rindfleischmarkt, französische Verbände von Züchtern und Schlachthofbetreibern* – Rn 129–133.

53) EuG 8.7.2008, T-52/03 – *Knauf (Gipsplatten)* – Rn 452–545.

Diese Zwei-Phasen-Methode oder klassische *top-down*-Methode könnte aber dann **problematisch** werden, wenn ein sehr umsatzstarkes Unternehmen wegen einer Preisabsprache betreffend eines untergeordneten Produktes auf einem kleinen Regionalmarkt eine (fallbezogen) unangemessen hohe Geldbuße ausfassen müsste<sup>54)</sup> – da wären die unten bei der Schwere behandelten Zumessungskriterien (insb: betroffener Markt und dessen Umfang) ganz besonders, nämlich stark mindernd, zu berücksichtigen. Jedenfalls führt diese klassische Methode zu erheblich höheren Geldbußen als die Anwendung der Leitlinien der Kommission.

Das Strafrecht kennt traditionell für abgestuft schwere Verbrechenvarianten auch abgestufte Höchststrafdrohungen. So ist der Betrug mit bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe (oder Geldstrafe bis 360 Tagessätze) zu bestrafen (§ 146 StGB), während der schwere Betrug eine höhere Strafobergrenze von drei Jahren und der besonders schwere Betrug von bis zu 10 Jahren (§ 147 StGB) kennt. Für den schweren gewerbsmäßigen Betrug gibt es sogar eine Strafuntergrenze (§ 148 StGB). Das KartG kennt hingegen nur eine einheitliche Obergrenze für alle nur denkbaren und höchst unterschiedlichen Zuwiderhandlungen, wobei diese Strafobergrenze sich nicht an der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung oder dessen Auswirkungen orientiert, sondern subjektiv an den weltweiten Gesamtumsatz des delinquenten Unternehmens (samt allen Beteiligungen ab 25%) anknüpft.

Diese von der konkreten Zuwiderhandlung (den Tatumständen) völlig unabhängige Strafobergrenze ist daher – im Unterschied zum System des StGB – nicht geeignet, tatadäquat eine angemessene Höhe der Geldbuße auch nur zu indizieren. Umso wichtiger ist die Beachtung der Zumessungskriterien des § 30 KartG.

Zuzugeben ist daher, dass die am kartellierten Umsatz ansetzende (*bottom up*-) Strafzumessung der Kommissions-Leitlinien **viel eher einzelfallgerecht und zielsicher ist**.<sup>55)</sup> Die österr kartellgerichtl Praxis<sup>56)</sup> in Hardcore-Fällen orientiert sich daher nicht zu Unrecht daran. Allerdings betont der OGH als KOG wiederholt, dass bei der Zumessung zuvorderst der Gesamtumsatz zu betrachten sei,<sup>57)</sup> doch billigt er auch die *bottom-up*-Methode („Grundbetrag erhöht um Zuschlag für lange Dauer“) als grundsätzlich geeignet.<sup>58)</sup>

Eine Anknüpfung an den kartellierten Teilumsatz – wie es auch die Leitlinien vorsehen – ermöglicht eine tatadäquate Geldbußenbemessung.<sup>59)</sup> Die BWB multipliziert den Grundbetrag mit der Anzahl der Jahre und verzichtet – mangels

Rechtsgrundlage – im Unterschied zur Kommission auf den „Abschreckungszuschlag“.

Abgesehen von ihrer rechtlichen Funktion als Strafobergrenze dient dann die Kappungsgrenze – bei Gegenüberstellung mit der anhand des kartellierten Umsatzes ermittelten Geldbuße – auch der Plausibilitätskontrolle.

Die Bottom-up-Methode versagt aber, wenn kein kartellierter Umsatz zu ahnden ist, sondern – wie zB im Fall *Manner* – eine Verfahrensbehinderung nach § 29 Z 2 KartG.<sup>60)</sup>

**Zu den einzelnen Kriterien der Geldbußenbemessung des § 30 KartG** ist – in der Reihenfolge der gesetzlichen Aufzählung – folgendes zu sagen:

## 5. Die Schwere der Rechtsverletzung

Die *Schwere* der Rechtsverletzung an sich ist nicht identisch mit der „Schwere des Tatbeitrages“ (Anstiftung, Organisation oder bloßes Mitläufertum). Letztere wird mE gem der Systematik des KartG beim Kriterium des Verschuldens (s Pkt I.A.8.e) unten) zu prüfen sein. Die Kommission hin-

54) Zutr *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*<sup>4</sup> Band 2 GWB Rn 336 zu § 81 GWB.

55) *Kienapfel*, *The Commission's Guidelines*, OZK 2007, 5 spricht von „reflection of the economic size and importance of the undertaking in relation to the infringement“.

56) Die BWB (vgl bei FN 27) und das OLG Wien als KG zB im *Aufzugsfall* (vgl FN 12, bestätigt vom OGH als KOG, vgl FN 4); weiters OLG Wien als KG 24.10.2008, 29 Kt 132, 133/07 – *Industriechemikalien*.

57) OGH als KOG *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Pkt II.2.

58) OGH als KOG *Aufzugskartell* (FN 4) Pkt I.3.7.

59) OGH als KOG (im *Aufzugskartell* vgl FN 4), Seite 40, beanstandet nicht, dass das OLG Wien (vgl FN 12) auf den Gesamtumsatz abstellte und erwähnt – mE missverständlich – im selben Atemzug die Kappungsgrenze, für die der weltweite Umsatz maßgeblich ist. Dennoch ist festzuhalten dass im dortigen Fall die Zuwiderhandlung sich auf alle Geschäfte in ganz Österreich bezog und daher (!) der Gesamtumsatz in Österreich als tatspezifisch und tatadäquat bei der Geldbußenbemessung herangezogen wurde (und gerade nicht der weltweite Konzernumsatz, der dann nur für die Kappungsgrenze maßgeblich war). Letztlich wurde auch im *Aufzugskartell*, soweit ersichtlich, der tatspezifische (kartellierte) Umsatz als Bemessungsgrundlage herangezogen, obwohl der OGH (auch auf Seite 36/37) den Gesamtumsatz – freilich für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit – betont.

60) OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 8/07 – *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens* (Geldbuße gg *Manner AG*); Vgl den *Siegelbruchfall*, der auch nicht nach den Kommissions-Leitlinien (FN 26) beurteilt werden konnte: Kommission 30.1.2008, COMP 39326 – *E.On Energie AG* (ausführlich dazu *Kienapfel*, *European Commission: Fine for Breaking a Seal*, OZK 2008, 114).

gegen berücksichtigt die unterschiedliche Mitwirkung an den Abreden – weil das Gemeinschaftsrecht kein gesondertes Kriterium des Verschuldens nennt – bei der *Schwere* des Verstoßes.<sup>61)</sup> Das EuG führte aus,<sup>62)</sup> dass die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Art und des Zwecks der missbräuchlichen Verhaltensweisen festgestellt werden kann und dass Gesichtspunkte, die den Gegenstand eines Verhaltens betreffen, für die Festsetzung der Geldbuße größere Bedeutung haben können als Gesichtspunkte, die die Wirkungen des Verhaltens betreffen (dazu ist anzumerken, dass Art 23 Abs 3 VO 1/2003 das Kriterium der Umsetzung bzw Bereicherung im Unterschied zu § 30 KartG nicht aufzählt).

**a) Art der Zuwiderhandlung**

Der Begriff der Schwere der Rechtsverletzung bemisst sich mE zunächst an der *Art der Zuwiderhandlung*, wobei insb zwischen den in ihrer Schwere durchaus unterschiedlichen Arten mE **wie folgt, beginnend mit der schwersten Art der Zuwiderhandlung, in Fallgruppen abgestuft werden könnte:**

- Horizontale Kernbeschränkungen (*hard core restrictions*<sup>63)</sup>): **Preisfestsetzungen** betreffen einen wichtigen Wettbewerbsparameter und sind schon per se schwere Verstöße,<sup>64)</sup> ganz besonders auf horizontaler Ebene.<sup>65)</sup> Trotzdem kann



Die Praxiszeitschrift  
für Vergaberecht!

Alle Themen des  
aktuellen Heftes unter  
[www.RPA.voe.at](http://www.RPA.voe.at)

es sogar bei horizontalen Preisempfehlungen rechtens sein, die Zuwiderhandlung bloß abzustellen und nicht zu bestrafen, wie die außergerichtlich erledigten Fälle *HKR*<sup>66)</sup>, *HGR*<sup>67)</sup> und *HOA*<sup>68)</sup> zeigen (diese waren freilich keine „geheimen“ Kartellabsprachen, und fielen deshalb wohl nicht in die schlimmste Kategorie). Die BWB nimmt hier ähnlich wie die Kommission einen Ermessensspielraum in Anspruch.<sup>69)</sup> Auch im Fall *Europay Bankomatvertrag* hat die BWB mit ihrem – einem Antrag eines Mitbewerbers nachgelagerten – „follow on“-Bußgeldantrag nur einen einzigen von mehreren Teilnehmern dieses „klassischen Preiskartells“<sup>70)</sup> verfolgt (obwohl keiner ein Kronzeuge war). Gleiche Überlegungen betreffend Schwere gelten mE für (horizontale) **Marktaufteilungen** oder für Marktabschottungen. Auch hier hat die BWB mehrere Fälle gerichtlich oder außergerichtlich ohne Geldbußenantrag geregelt.<sup>71)</sup>

Je nach konkreter Schwere der Zuwiderhandlung kann nach den Leitlinien<sup>72)</sup> die Geldbuße (als Grundbetrag) bis zu 30% des von den Absprachen betroffenen regionalen oder nationalen Marktumsatzes des konkreten Unternehmens betragen (in den in Österreich vom OGH als KOG entschiedenen Fällen *Europay* waren es für ein Absichtskartell kombiniert mit Marktmachtmissbrauch 7,7% des Umsatzes; beim *Industriechemikalienkartell* waren es 10% des betroffenen Regionalumsatzes; beim *Aufzugskartell* rund 30% des Österreich-Umsatzes); anschließend sind Erschwerungs- und Milderungsgründe und die Zeitdauer zu berücksichtigen.

Theoretisch wäre es wünschenswert, dass bei mehreren beteiligten Unternehmen in der Geldbußenhöhe alle Unterschiede in Bezug auf ihren Gesamtumsatz oder ihren relevanten Umsatz zum Ausdruck kommen.<sup>73)</sup>

61) Vgl Kommission (FN 154) – Rn 487.

62) EuG 30.9.2003, T-203/01 – *Michelin/Kommission* – Rn 258 und 259; bestätigt in EuG 8.7.2008, T-52/03 – *Knauf (Gipsplatten)* – Rn 408.

63) Zum Begriff siehe *International Competition Network Working Group on Cartels*, Building Blocks for effective Anti-Cartel Regimes Vol 1. Part 1: Defining Hard Core Cartel Conduct [2005], 10. Ähnlich: *OECD Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* adopted on March 25, 1998; ICC Discussion Paper Document n° 225/577 [27 June 2002].

64) OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11) Pkt 16.4.

65) Vgl jüngst EuG 8.7.2008 T-53/03 – *BPB (Plasterboard Gipsplatten)* – Rn 269–270.

66) Die Honorar- und Kalkulationsrichtlinien (HKR) und das Kalkulationsprogramm Jobman<sup>2</sup> der *Design Austria* wurden über Druck des BKA<sup>n</sup>w und der BWB widerrufen. Geldbußen wurden nicht beantragt.

67) Dazu die BWB in [http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/wideruf\\_hgr.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/wideruf_hgr.htm): „Die Kammer der Wirtschaftstreuhandler hat [...] die

Honorargrundsätze für Wirtschaftstreuhandberufe (HGR) widerrufen [...]. Die Kammer hatte sich [...] sehr kooperativ gezeigt und die HGR widerrufen, weshalb ein kartellgerichtliches Verfahren vermieden werden konnte.“

68) Siehe bei FN 248.

69) Zum Ermessensspielraum der Kommission vgl jüngst *Klees*, Das Instrument der Zusageentscheidung der Kommission und der Fall „E.ON“, WuW 2009, 374.

70) So OGH als KOG (FN 11).

71) *Übertragungsrechte Skiweltcup* (gerichtlicher Vergleich mit Verpflichtungszusagen des ORF und ÖSV vom 18.2.2008) oder *Agentur für Biogetreide* (außergerichtlicher Vergleich); vgl BWB, Tätigkeitsbericht 2008, 16ff.

72) Leitlinien 2006 (§ FN 26).

73) Dies muss aber nicht einmal die Kommission bis in letzte Konsequenz tun; EuG 6.5.20009, T 116/04 – *Wieland/Kommission* – Rz 86; EuGH 25. 1. 2007 – *Dalmine/Kommission* – C-407/04 P, Rn 141–147; EuG 29.11.2005 – *Union Pigments/Kommission* – T 62/02, Rn 159.

- **Marktmachtmissbrauch** (§ 5 KartG), zB der Fall *Telekom Austria*<sup>74)</sup> oder der Fall *Constantin*.<sup>75)</sup> Aber selbst solche Fälle sind nach Ansicht der BWB, vgl den *OMV/Flughafen Wien-Fall*,<sup>76)</sup> nicht immer strafwürdig. Das gilt nach Ansicht der BWB insb für den in diesem Fall vorgekommenen klassischen Preismissbrauch, den die BWB nicht direkt (sondern eher durch Strukturmaßnahmen) verfolgen will.<sup>77)</sup>

Der Schwere nach vergleichbar sind mE auch die im Zusammenhang stehenden ebenfalls per se verbotenen Vergeltungsmaßnahmen (§ 6 KartG).

- Verstöße gegen das **Durchführungsverbot** (§ 17 KartG), die – außer im Fall *Lenzing* mit einer Geldbuße von EUR 1,5 Mio<sup>78)</sup> – allerdings in Österreich bisher eher mild bestraft wurden, wie die Fälle *Süßwaren*, *XXXLutz* (*deutsche Möbelhäuser*), *RedBull* (*Spedition Berger*), *Robrdorfer* (*Gmundner Zementwerke*) zeigen; diese Verstöße gegen das Durchführungsverbot wurden in 2007 jeweils mit EUR 15.000,- geahndet.<sup>79)</sup> Bei *AVAG/Opel Beyschlag* wurden EUR 70.000,-<sup>80)</sup> und bei *Südbayerisches PortlandZementwerk/Gmundner Zement* wurden EUR 140.000,- verhängt.<sup>81)</sup> (Weniger „humorvoll-nachsichtig“ war übrigens das deutsche Bundeskartellamt bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot des § 41 Abs 1 GWB und verhängte 2008 ge-

gen *Mars* eine Rekord-Geldbuße von EUR 4,5 Mio<sup>82)</sup> und die Kommission verhängte 2009 über *Electrabel* für Ähnliches eine Buße von EUR 20 Mio<sup>83)</sup>).

- **Vertikale** Kernbeschränkungen kommen in der Gliederung nach der Schwere mE erst an vierter Stelle, zumal Vertikalbeschränkungen idR als geringere Wettbewerbsbeschränkung gegenüber horizontalen angesehen werden.<sup>84)</sup> Dazu gehören auch Preisbindungen zweiter Hand (*resale price maintenance*).<sup>85)</sup>
- **Sonstige (mindere)** – horizontale oder vertikale – Beschränkungen, die doch zumindest an und für sich einer Beurteilung nach den zwei positiven (Verbraucherbeteiligung und Effizienzgewinn) und zwei negativen Kriterien (Unerlässlichkeit und keine Wettbewerbsausschaltung) des § 2 Abs 1 KartG bzw des Art 81 Abs 3 EG zugänglich sind, aber nicht im konkreten Einzelfall zu einer positiven Beurteilung führen. *Beispiele*: Vertragliche Nebenwirkungen, Arbeitsgemeinschaften, wettbewerbsbeschränkende Abschottung durch Vertragsbündel (zB Bierbezug,<sup>86)</sup> Speiseisvertriebsmodell,<sup>87)</sup> oder die Radiusklausel des *McArthur-Glen-Designer Factory Outlet Center Parndorf*<sup>88)</sup>, bei dem die BWB nur die Beseitigung, nicht aber eine Geldbuße verlangte, oder andere Radiusklauseln<sup>89)</sup>. Hierher gehören

74) In FN 207.

75) OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06: Geldbuße EUR 150.000,-. Das war übrigens auch ein „follow on“-Bußgeldantrag der BWB im Anschluss an das von einem Unternehmen (Kunde) eingeleitete und mit Beschluss OGH 4. 4. 2005, 16 Ok 20/04 beendete Verfahren.

76) Verfahrensgegenstand über Antrag der BWB (es gab parallel auch einen Antrag der AUA) beim OLG Wien als KOG war Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Ausbeutungsmissbrauch in Form des Preismissbrauchs) und dann – im Verfahren nicht erwiesene – Monopolisierung (Behinderungsmissbrauch; Marktabschottung über essential facilities); das Verfahren wurde mit Verpflichtungszusagen beendet; einen weiterverfolgten Geldbußenantrag gegen die OMV gibt es nicht. Seit 1.1.2008 ist durch eine Nov des Flughafen-Bodenabfertigungsgesetzes vorgesehen, dass das BMVIT gewisse Gebühren zu regeln hat.

77) „Selbst im Fall eines klassischen Preismissbrauchs hat sich die BWB dies angelegentlich sein lassen“, so der Tätigkeitsbericht 2008 der BWB.

78) Fall *Lenzing* s FN 217.

79) Vgl Wettbewerbsbericht der AK 2007 [August 2007], 154. *Mair/Stifter*, Tätigkeitsbericht 2006 der Amtspartei Bundeskartellanwalt.

80) OLG Wien als KG 11.5.2006, 24 Kt 570/05.

81) OLG Wien als KG 31.10.2006, 26 Kt 426/06, 26 Kt 54, 55/06.

82) *Mars Inc* übernahm – nachdem bei der Federal Trade Commission (FTC) der USA die Frist nach dem Hart-Scott-Rodino Act abgelaufen und dort der Erwerb genehmigt war – die Kontrolle

über *Nutro Products Inc*, insb auch über Markenrechte und Produktionsanlagen, die für den deutschen Markt maßgeblich sind, und versuchte über ein Hold-Separate Agreement den Einfluss auf den deutschen Markt zu vermeiden. Das deutsche Bundeskartellamt sah dennoch einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot.

83) Kommission Pressemitteilung 10.6.2009, MEMO/09/267: Geldbuße EUR 20 Mio gegen *Electrabel* wegen Kontrollerwerbs über *Compagnie Nationale du Rhône*.

84) Vgl Erwägungsgründe 6 und 8 der vertGVO (Verordnung EG Nr 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl EG 29.12.1999, L 336/21).

85) Dazu siehe jüngst überblicksartig *Vögerl*, Vertikale Preisbindung im Wandel?, *ecolex* 2009, 52.

86) Beispiel: EuGH Rs C-234/89 – *Delimitis*.

87) ZB Kommission 23.12.1992 *Lagnese-Iglo GmbH*, IV/34.072, überholt durch EuG 8.6.1995, T-7/93; EuG 23.10.2003 *Van den Bergh Foods (HB Ice Cream Unilever)*, T-65/98.

88) Nach vergleichsweiser Bereinigung kam es nicht einmal zu einer Weiterverfolgung des Geldbußenantrags durch die BWB (vgl [http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/parndorf\\_radiusklausel\\_vergleich.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/parndorf_radiusklausel_vergleich.htm)). Das LG Eisenstadt 14.2.2004, 4 Cg 4/05w, hielt diese Radiusklausel für unbedenklich nach § 1 UWG. Der kartellrechtliche Feststellungsantrag des Mieters wurde vom OLG Wien als KOG 31.8.2007, 25 Kt 108/06, mangels rechtlichen Interesses zurückgewiesen.

89) Vgl die Fälle in FN 88, 203 u 204.



mE aber auch zB die Vereinbarung einer geringfügig zu weit gehenden, am Rande des § 17 KartG angesiedelten Conduct of Business-Klausel bei Unternehmenserwerb<sup>90)</sup> und sonstige wettbewerbsbehindernde Vertragsklauseln geringerer wettbewerbsrechtlicher Schwere (zB die von der BWB abgestellte, aber nicht abgestrafte Modul-7-Vereinbarung des *ARA-Systems*<sup>91)</sup>).

- Sonstige mindere Gesetzesverletzungen iSd § 29 Z 2 KartG, deren geringerer Unrechtsgehalt sich nicht nur in der herabgesetzten Höchstgeldbuße (Kappungsgrenze nur 1% des Umsatzes), sondern auch in der tatsächlich im Einzelfall zugemessenen Geldbuße ausdrücken muss. Auch hier wird fallspezifisch zu differenzieren sein. Hier gab es den – wohl vorsätzlichen und daher bestraften – Verstoß von *Manner*<sup>92)</sup> oder die – fahrlässigen und letztlich (übri-gens entgegen dem BWB-Geldbußenantrag) nicht bestraf-ten – unrichtigen Angaben in einer Zusammenschlussan-meldung durch *Wiesenthal*<sup>93)</sup>

## b) Organisationsgrad

Ein hoher **Organisationsgrad**,<sup>94)</sup> wie etwa im (freilich nicht nach österr Recht und nicht von österr Gerichten behandeln) *Lombard-Club-Fall*,<sup>95)</sup> oder gar zB Maßnahmen zur Kartelldisziplin, Geheimhaltungs- oder Beweismittelvernich-tungsmaßnahmen oder Zwangsausübung bedeuten eine grö-ßere Schwere der Rechtsverletzung<sup>96)</sup> als eine lockere, ohnedies nicht umgesetzte Gelegenheitsabsprache. Auch die Tat-sache allein, dass die Kartellmitglieder keine oder nur punk-tuelle Aufzeichnungen ihrer Besprechungen führten, kann (im Unterschied zur Vernichtung einer Dokumentation)

noch keinen Erschwerungsgrund bilden.<sup>97)</sup> Diese Aspekte könnten aber auch beim Verschulden, s u, geprüft werden. Schließlich wird die Schwere der Zuwiderhandlung von der Frage der Durchführung/Umsetzung<sup>98)</sup> und Auswirkung beeinflusst, ob also etwa Preise tatsächlich erhöht oder der Markt effektiv aufgeteilt wurden – natürlich besteht hier ein Zusammenhang mit dem unten zu behandelnden Kriterium der Bereicherung.

## c) Marktbetroffenheit

Ein kartellrechtswidriges Verhalten fällt dann stärker ins Ge-wicht, wenn der betroffene Markt oligopolistisch ausgeprägt und für weitgehend homogene Güter von vornherein be-sonders anfällig für Wettbewerbsbeschränkungen ist.<sup>99)</sup>

Weiters ermisst man die Schwere auch am von der Rechts-verletzung *betroffenen sachlichen und örtlichen Markt und dessen Umfang*; bei Beurteilung der Schwere des Verstoßes ist auf die Größe des Marktes und der relevanten Produkte Rück-sicht zu nehmen.<sup>100)</sup>

Der Marktanteil jedes der beteiligten Unternehmen an dem Markt, der Gegenstand einer beschränkenden Verhaltens-weise war, ist ein objektives Kriterium, das zutreffend die Verantwortung jedes der Unternehmen an der Schädlichkeit dieser Verhaltensweise auf den Wettbewerb angibt.<sup>101)</sup>

Außerdem ist die Frage zu berücksichtigen, ob die Zuwider-handlung Auswirkungen auf den Markt hatte, also konkret schädlich war. Zwar ist nach stRsp ein Kartellverstoß auch dann gegeben, wenn er sich nicht auf den Markt (zB Preise

90) Vgl *Mielke/Welling*, Kartellrechtliche Zulässigkeit von Con-duct of Business-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, BB 2007, 277.

91) Vgl [http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2005/modul\\_7vereinbarung.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2005/modul_7vereinbarung.htm), Stand 28.12.2005. Ausf zum Gesamt-thema *Hochreiter*, Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem, in Wettbewerbsbericht der AK 2008 [August 2008], 135–147.

92) Siehe FN 60.

92) Vgl OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 52/05 – Erwerb von 74% der Geschäftsanteile an *SBS Fahrzeuge GmbH* (Wiener Neudorf) durch *Wiesenthal & Co AG*. Kritisch dazu die am Ver-fahren beteiligte BWB auf ihrer Website <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/-Archiv2006/-kog27022006.htm>

94) *Völlmer in Münchener Kommentar*, Band 2 (GWB) [2008], Rn 89 zu § 81 GWB mwN.

95) Kommission 11.6.2002, COMP/36.571/D-1 – *Lombard-Club* (*Erste Bank, Bank Austria, Raiffeisen Zentralbank Öster-reich-RZB, BAWAG, P.S.K., Volksbanken AG, NÖ Landesbank-Hypothekenbank sowie Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien*); noch beim EuGH anhängig.

96) Erinnert sei an Kommission (wie in FN 154).

97) OGH als KOG im *Industriechemikalienfall* (FN 5) Punkt II/5.

98) Dazu s a Leitlinien (FN 26) Pkt 22. Das EuG meint, die tat-sächliche Umsetzung sei schon durch eine eventuell lange Dau-er der Absprachen indiziert, EuG 26.4.2007, T-109/02 ua – *Bol-loré ua* (*Carbonless Paper*) – Rn 459.

99) Vgl KG 7.11.1980, WuW/E OLG 2369, 2374 – *Programm-zeitschriften; Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (GWB)<sup>4</sup> Rn 373.

100) Vgl *Langen/Bunte*, Kommentar Band 1 Deutsches Kartell-recht<sup>10</sup> [2006], Rn 131 zu § 81 GWB mwN aus der dt Jud; EuG 27.9.2006, T-330/01 – *Akzo Nobel* – Rn 37. Im Gemein-schaftsrecht wird dieses Kriterium des Marktanteils und der Marktauswirkungen weniger stark bewertet als das Kriterium des Kartellzwecks und der Art der Absprachen, vgl EuG T-241/01 – *Scandinavian Airlines* – Rn 84. Dazu s a Leitlinien (FN 26) Pkt 22.

101) EuG 6.5.2009, R-127/04 – *KME Germany/Kommission* – Rz 62; EuG 29. 4. 2004 – *Tokai Carbon u. a./Kommission* – T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01 und T-252/01, Rn 197.

für Abnehmer) ausgewirkt hat.<sup>102)</sup> Für die **Beurteilung der Schwere des Verstoßes im Rahmen der Geldbußenzumessung** ist aber sehr wohl näher zu differenzieren.<sup>103)</sup> Im Fall *Multiplex/Constantin Filmverleih* erachtete das OLG Wien als KOG den Marktmachtmissbrauch als „minderschweren Verstoß“ iSd Leitlinien, weil er zu keinen umfassenden Auswirkungen am betroffenen Markt geführt habe.<sup>104)</sup> Auch nach der Rsp von EuGH<sup>105)</sup> und der Kommission<sup>106)</sup> ist die Frage, ob eine Zuwiderhandlung konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte, für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.<sup>107)</sup> Zuletzt minderte das EuG eine von der Kommission verhängte Geldbuße gegen *Peugeot*, weil Exportreduktionen auch auf fallende Preisunterschiede und nicht nur auf kartellrechtswidriges Verhalten zurückzuführen waren.<sup>108)</sup> Freilich kann eine Zuwiderhandlung auch dann als schwer eingestuft werden, wenn sie keine Marktauswirkung hatte.<sup>109)</sup>

Ohne Abgrenzung des relevanten Marktes bestünde – wie auch der EuGH<sup>110)</sup> sagt – die Gefahr, ein Unternehmen zu Unrecht für komplexe Zuwiderhandlungen verantwortlich zu machen. Es wiegt schwerer, wenn eine Zuwiderhandlung branchenumfassend<sup>111)</sup> ist oder ein wesentliches Produkt betrifft (geringere Schwere liegt vor, wenn die Zuwiderhandlung sich nur auf einen kleinen Markt bezieht).<sup>112)</sup>

Die Marktabgrenzung bei Verstößen gegen das Kartellverbot ist aber nicht im gleichen Präzisionsgrad erforderlich wie beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder bei Zusammenschlussfällen.<sup>113)</sup> Für die Beurteilung relevant sind Menge und Wert<sup>114)</sup> der betroffenen Waren oder Dienstleistungen, also der *kartellierte Umsatz*<sup>115)</sup> als Parameter für die wirtschaftliche Bedeutung und das Gewicht des Wettbewerbsverstoßes.<sup>116)</sup> Es ist schließlich einleuchtend, dass ein Wettbewerbsverstoß ein und des selben (angenommen: großen) Unternehmens unterschiedliche Schwere hat, je nachdem ob es nun mit Mitbewerbern beispielsweise bloß den Preis eines Nischenproduktes auf einem kleinen regionalen Markt (zB kartellierter Umsatz 15.000,- jährlich) oder die Preise von praktisch allen Produkten österreichweit (Produktumsatz viele Millionen) abgesprochen hat.

Ein weiterer Parameter ist der *Marktanteil* der Kartellanten:<sup>117)</sup> Je größer dieser ist, umso schwerwiegender kann der Verstoß<sup>118)</sup> auf dem Markt sein. Die Berücksichtigung der Unternehmensgröße hat den Zweck, das Gewicht jedes einzelnen Unternehmens und damit die tatsächliche Auswirkung der individuellen Zuwiderhandlung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen.<sup>119)</sup> Eine rezente EuG-Entscheidung spricht vom „spezifischen Gewicht“ des Unterneh-

102) ZB jüngst EuGH 4.6.2009, C-8/08 – *T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV* gegen *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* – Rz 43: „Es ist weder erforderlich, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wurde, noch, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesem abgestimmten Verhalten und den Verbraucherpreisen besteht. Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen.“

103) EuGH (FN 102) Rz 31: „Ob und in welchem Ausmaß eine solche wettbewerbswidrige Wirkung tatsächlich eintritt, kann allenfalls für die Bemessung der Höhe etwaiger Geldbußen und für Ansprüche auf Schadensersatz von Relevanz sein.“

104) OLG Wien als KG, 21.12.2005, 26 Kt 95/03-50 – *BWB* gegen *Multiplex/Constantin Filmverleih*.

105) EuGH 5.4.2006, T-279/02 – *Degussa* – Rn 247.

106) Kommission 16.5.2000, IV/34.018 – *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETCSA)* – Rn 181; 26.5.2004, COMP/C-3/37.980 – *Souris-Toppis* – Rn 11.

107) S dazu auch Kommission, Rs IV/E-1/35.860-B – *Nahtlose Stahlrohre* – Rn 160; 9.12.1998, IV/34.466 – *Griechische Fährschiffe* – Rn 148.

108) The Commission had not taken sufficiently into account the role that declining price differentials had played in reducing exports. Aus: Kommission 9.7.2009, MEMO/09/328. Siehe EuG 9.7.2009, T-450/05 – *Peugeot*.

109) EuG 6.5.2009, R-127/04 – *KME Germany/Kommission* – Rz 63.

110) EuGH 11.12.2003, T-61/99 – *Adriatica di Navigazione* – Rn 31.

111) Vgl Beispielsfall EuG 13.12.2001, T-48/89 – *Acerinox* – Rn 85: Die Absprache zielte auf (fast) alle Abnehmer.

112) Kommission 9.12.2004, Rs COMP IV/E-2/37.533 – *Cholinchlorid*, Rn 199, wo die Kommission den Wert des Cholinchlorid-Markts im Jahr 1997 im EWR in Höhe von EUR 52,6 Mio als mindernd wertete; s a KG WuW/E OLG 1.339 (1348 f). *Vollmer in Münchener Kommentar*, Band 2 (GWB) [2008], Rn 89 zu § 81 GWB.

113) So auch stRsp im Gemeinschaftsrecht, zB EuG 21.2.1995, T-29/92 – *SPO* – Rn 74.

114) EuG 13.12.2001, T-48/98 – *Acerinox* – Rn 89; s a *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht (GWB)*<sup>4</sup>, Rn 371.

115) Ähnlich und sehr schematisch die Leitlinien (FN 26) Pkt 13.

116) Vgl Rn 6 der Leitlinien 2006 (s FN 26), dort ausdrücklich: „Die Verbindung des Umsatzes auf den vom Verstoß betroffenen Märkten mit der Dauer stellt eine Formel dar, die die wirtschaftliche Bedeutung der Zuwiderhandlung und das jeweilige Gewicht des einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens angemessen wiedergibt.“ (Hervorhebung vom Autor).

117) Nach Gemeinschaftsrecht muss freilich die Strafe nicht proportional zur Größe des Unternehmens (im Vergleich zu den anderen bestraften Unternehmen) am betroffenen Produktmarkt sein, vgl EuG 5.4.2006, T-279/02 – *Degussa* – Rn 46; EuGH 18.5.2006, C-397/03 P – *Archer Daniels Midland* – Rn 101.

118) So die Kommission 27.11.2002, 2005/471/EC, COMP/E-1/37.152 – *Plasterboard Gipsplatten* – Rn 539-542, vom EuG (8.7.2008 T-53/03 – *BPB* – Rn 320/321) nicht beanstandet.

119) EuG (FN 125) Rn 177.

mens.<sup>120)</sup> Umgekehrt belegt der Marktanteil noch nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit<sup>121)</sup> (zu dieser s u).

#### d) Differenzierung

Bei mehreren Kartellanten ist nach der *relativen Schwere des Tatbeitrags jedes einzelnen* von ihnen zu differenzieren; außerdem ist das Gewicht der *bewiesenen* Zuwiderhandlungen im Vergleich zur Gesamtheit der von der Wettbewerbsbehörde *vorgeworfenen* Zuwiderhandlungen in Relation zu setzen.<sup>122)</sup>

Einzelne Fälle aus der Judikatur lassen sich punkto Schwere und daraus abgeleiteter Geldbußenhöhe – wie der OGH als KOG im *Industriebemikalienfall* betonte – kaum miteinander

vergleichen – auch wenn dies aus der Sicht betroffener Unternehmen und im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz erstrebenswert wäre –, weil es wenig wahrscheinlich ist, dass die für sie kennzeichnenden Umstände wie die Märkte, die Waren, die Unternehmen und die betroffenen Zeiträume die gleichen sind.<sup>123)</sup> Dazu kommen noch die weiteren Differenzierungsgründe (Verschuldensgrad, Leistungsfähigkeit usw). Die Berechnungsmethoden für eine Geldbuße – insb bei sinngemäßer Teilanwendung der Leitlinien durch die BWB (dazu s o) – sollten freilich bei konsistenter Anwendung unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu vergleichbaren – oder zumindest nachvollziehbaren – Ergebnissen führen.

➔ Fortsetzung in der OZK 6/2009

120) EuG 8.7.2008, T-52/03 – *Knauf (Gipsplatten)* – Rn 378: Es wurde „das spezifische Gewicht der Klägerin berücksichtigt, indem sie die einzelnen Unternehmen unter Zugrundelegung ihres Marktanteils, der auf dem Umsatz aus dem Verkauf des betreffenden Produkts auf den vier größten Märkten in der Gemeinschaft, auf denen die Zuwiderhandlung begangen wurde, beruhte, unterschiedlich behandelte.“

121) Zutr EuG 13.12.2001, T-48/89 – *Acerinox* – Rn 95.

122) Vgl EuGH 8.7.1999, C-49/92 P – *Anic Partezipazioni* – Rn 150; EuGH 16.12.1975, C-40/73 ua – *Suiker Unie* ua – Rn 623 wörtlich: „Schließlich ist für jede der in betracht kom-

menden Klägerinnen zu ermitteln, welches Gewicht der vom Gerichtshof in ihrem Falle bejahten einzelnen Zuwiderhandlung oder Mehrheit von Zuwiderhandlungen im Vergleich zur Gesamtheit der ihr von der Kommission vorgeworfenen Zuwiderhandlungen beizumessen ist. Soweit der Gerichtshof das Vorliegen einer Zuwiderhandlung bejaht hat, die von mehreren Klägerinnen begangen wurde, ist ferner die relative Schwere des Tatbeitrags jeder einzelnen Klägerin zu prüfen.“

123) So auch ausdr EuG (vgl FN 125) Rn 43 unter Hinweis auf die Vorjud d EuG.

# DIE GELDBUSSENBEWERTUNG NACH § 30 KARTG 2005 – TEIL II

WALTER BRÜGGER

→ Fortsetzung des Beitrages aus der OZK 5/2009

## 6. Die Dauer

Die Schwere der Rechtsverletzung zeigt sich – unter anderem – auch bereits an deren *Dauer*: Ein vieljähriges Kartell oder ein vieljähriger Marktmachtmisbrauch wiegen schwerer als ein einmaliger oder kurzfristiger Verstoß. Somit zeigt sich, dass das in § 30 KartG genannte Kriterium der Dauer eigentlich schon im Begriff „Schwere“ enthalten wäre<sup>124)</sup> (das Gleiche gilt für das im Gesetz gesondert aufgezählte Kriterium der Bereicherung).

Begrifflich ist aber dennoch stets zu unterscheiden zwischen der tatsächlichen Dauer von Zuwiderhandlungen und ihrer (weiter unten behandelten) Schwere, wie sie sich aus ihrem Wesen ergibt.<sup>125)</sup>

Das Kriterium der Dauer scheint dabei relativ einfach interpretierbar zu sein. Es macht nun mal einen Unterschied, ob eine Rechtsverletzung zwei bis drei Monate, oder 6 Monate oder ein Jahr oder zB fünf Jahre dauerte. Dabei ist es *de lege lata* nicht zulässig, einen Monat mit 6 Monaten (einem halben Jahr) gleichzusetzen, also völlig grobkörnig aufzurunden.<sup>126)</sup> Bei kurzer Dauer von etwa unter einem Jahr ist nach österr Recht nicht ein „Grundbetrag“ zu berechnen.<sup>127)</sup>

Im Zusammenhang mit der Dauer ist zu berücksichtigen, ob in einem gegebenen Zeitraum eine Vielzahl von Verletzungshandlungen<sup>128)</sup> vorliegt, was schwerer wirkt, oder nur wenige.

Bei einer schwankenden Intensität der Zuwiderhandlung in einem längeren Zeitraum kann nicht ohne weiteres ein für ein Jahr ermittelter Geldbußenbetrag mit der Anzahl der Jahre multipliziert werden. Nur wenn der Ausgangsbetrag anhand der Schwere des gesamten (schwankenden) Verstoßes ermittelt würde und damit bereits die unterschiedlichen Intensitäten der Zuwiderhandlung widerspiegelt, wäre eine schlichte Multiplikation sachgerecht.<sup>129)</sup>

Bei zB im Internet veröffentlichten Verbandsempfehlungen (vgl den Fall *Fachverband Werbung der WKO/PR-Berater*) oder der verbotenen Zusammenschlussdurchführung liegt ein

Dauerdelikt (und nicht ein Zustandsdelikt) vor; maßgeblich ist die gesamte Dauer des rechtswidrigen Zustands.<sup>130)</sup>

Die österr Praxis schwankte in der Sanktionierung der Dauer zwischen anfänglichen Pauschalzuschlägen für die lange Dauer (zB 50% Zuschlag im *Aufzugskartell*<sup>131)</sup>) und Multiplikation eines (für das erste Jahr bemessenen) Geldbußengrundbetrages mit der Anzahl der Jahre (so im *Industriechemikalienfall*), während es bei *Europay* keinen expliziten Zuschlag gab (die Geldbuße war ohnedies 80% der Kappungsgrenze)

Da das Geldbußensystem erst mit 1.7.2002 in das österreichische Kartellrecht eingeführt worden ist und zuvor Kartelle strafrechtlich verfolgt wurden,<sup>132)</sup> ist für alle Kartellvergehen bis 30.6.2002 – soweit noch nicht verjährt – das Strafgericht zuständig (die einzigen heute noch bestehenden strafrechtlichen Relikte sind §§ 146–148 und § 168b StGB). Eine Verhängung von Geldbußen durch das Kartellgericht für Zeiträume vor dem 1.7.2002 ist ausgeschlossen.<sup>133)</sup> Der bei

124) So ausdr *Langen/Bunte*, Kommentar Band 1 Deutsches Kartellrecht<sup>10</sup> [2006], Rn 131 zu § 81 GWB.

125) EuG 8.10.2008, T-68/04 – *SGL Carbon (Kronzeuge Morgan Crucible)* wegen Kohlenstoff- und Graphitprodukten – Rn 109.

126) So will dies die Kommission handhaben, die übrigens keine gleichwertige Abrundung anwendet, s Leitlinien (vgl FN 26) Rn 24. Kritisch dazu mit Blick auf das nationale Recht: *Bechtold in Bechtold/Otting*, Kartellgesetz<sup>4</sup> [2006] Rn 32 zu § 81 GWB.

127) Ebenso ablehnend OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.

128) OGH als KOG (FN 127).

129) EuG 8.7.2008, T-52/03 – *Knauf (Gipsplatten)* – Rn 438.

130) *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht [2006] Rn 516 zu OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 21/04 – *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)*.

131) Im Detail s *Hummer*, Geldbußenbemessung im österr Aufzugskartell, *ecolex* 2008, 146.

132) Im *Grazer Fahrschulkartell* kündigte die BWB an, Strafanzeige bei der StA für die Zeiträume vor dem 1.7.2002 zu erstatten.

133) Nach Art V Abs 6 und 7 BGBl. I Nr 62/2002 ist der XIV. Abschnitt des Kartellgesetzes 1988 (§§ 129 bis 141, das waren die gerichtlichen Strafbestimmungen) auf strafbare Handlungen, die vor dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Art II (1.7.2002) begangen worden sind, weiter anzuwenden. Die Neufassung des § 142 Z 1 und Z 2 lit a KartG 1988 (Einführung des Geldbußensystems statt der strafgerichtlichen Verfolgung)

der – entkriminalisierten – Geldbußenbemessung zu ahnende Zeitraum beginnt also erst mit 1.7.2002, wie es auch schon bei *Europay*<sup>134)</sup> und dann beim *Aufzugskartell*<sup>135)</sup> festgehalten wurde. Frühere Zuwiderhandlungen können vom KG bei der Geldbuße nur unter dem Aspekt der Wiederholungstäterschaft (s Pkt 8.e) unten) – sofern also bereits eine behördliche Verfolgung oder Bestrafung vorliegt – berücksichtigt werden.

Zu beachten ist in zeitlicher Abgrenzung bei praktischen Fällen übrigens auch, dass „nicht durchgeführte“ Kartellvereinbarungen gem § 18 KartG 1988 (bis 31.12.2005) sanktionsfrei waren und Kartelle unabhängig von der Durchführung erst gem § 1 KartG 2005 (ab 1.1.2006) – oder gem Art 81 EG (in Österreich seit 1.1.1995) – verboten sind und sanktioniert werden.

### 7. Die Bereicherung

Die Frage der *Bereicherung* ist in der kartellrechtlichen Praxis äußerst problematisch,<sup>136)</sup> im *Europay*-Fall schätzte das Erstgericht EUR 20 bis 41 Mio pro Jahr. Schwierige Beweisverfahren bis in die Analyse der Deckungsbeitragsrechnung der Kartellanten scheinen vorprogrammiert zu sein, auch wenn eine Abschöpfung der Bereicherung nach öR nicht vorgesehen ist.<sup>137)</sup> Hingegen kommt bei der Bemessung von Geldbußen nach § 29 Z 2 lit c KartG dem Merkmal der fehlenden Bereicherung – anders als etwa bei § 29 Z 1 lit a KartG – nur untergeordnete Bedeutung zu, ist es doch schwer vorstellbar, dass die Nichterfüllung eines Auftrags nach § 11a Abs 2 WettbG als solche überhaupt zu einer Bereicherung führen kann.<sup>138)</sup>

Die vielleicht „theoretisch richtige“ Höhe der Geldbuße für einen materiellrechtlichen Wettbewerbsverstoß wäre – nach dem OGH – der Betrag des (erwarteten) Kartellgewinns zu-

züglich einer Marge, die sicherstellt, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines kaufmännisch-rationalen Kalküls werden kann.<sup>139)</sup> Das kann aber *de lege lata* auch nicht als allein richtige Aussage gelten. Denn das Gesetz sieht die Bereicherung (den Kartellgewinn) **nicht als primäres oder einziges, sondern nur als eines von mehreren gleichrangigen**<sup>140)</sup> Strafzumessungskriterien und sieht eine Gewinnabschöpfung gar nicht vor.

Jedenfalls wird es zwecks Anwendung des Kriteriums der Bereicherung nicht ganz ohne gerichtliche Erhebungen betreffend die konkrete Bereicherung gehen können. Doch darf das Gericht letztlich – allerdings nur auf einer verlässlichen Sachverhaltsbasis – die Bereicherung wie im Fall *Europay-Bankomatvertrag* plausibel schätzen.<sup>141)</sup> Das geschieht unter sinngemäßer Anwendung von § 34 AußStrG, also nur wenn die Erhebung nicht möglich oder mit im Verhältnis zur Bedeutung der Sache (das wäre die in Aussicht genommene Geldbußenhöhe) „unverhältnismäßigen“ Schwierigkeiten verbunden ist.

Angesichts von Geldbußen oft in Millionenhöhe, wird die Unverhältnismäßigkeit nicht leichtfertig anzunehmen sein.

Da das Ermessen für die Zulässigkeit des Schätzens ein gebundenes Ermessen ist, liegt ein Verfahrensmangel vor, wenn das Gericht die Voraussetzungen für seine Anwendung zu Unrecht annimmt.<sup>142)</sup> Auch die Jud zu § 273 ZPO wird heranzuziehen sein. Bei der Anwendung entscheiden richterliche Erfahrung, allgemeine Lebenserfahrung und die Zwischenergebnisse eines teilweise durchgeführten Beweisverfahrens.<sup>143)</sup>

ME rechtswidrig wäre es, wenn das Gericht jede Feststellung zur Bereicherung unterlässt und dieses gesetzlich vorgeschrie-

ist auf Sachverhalte nicht anzuwenden, die vor dem 1.7.2002 verwirklicht worden sind. Auch OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 49/05 – *Erste Bank* – ausdr: „Die Bestimmung des § 130 KartG wurde zwar mit der KartG-Nov 2002 (BGBl I Nr 62/2002) aufgehoben, ist aber zufolge der Übergangsbestimmung dieser Novelle für Handlungen, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begangen wurden, weiter anzuwenden (vgl Art V Abs 6 der KartG-Nov 2002, der zufolge § 87 Abs 3 KartG 2005 weiter anzuwenden ist).“

134) OLG Wien als KG 22. 12. 2006, 27 Kt 20, 24, 27/06.

135) OLG Wien als KG s FN 12.

136) Im *Lenzing Lyocell*-Fall sah das Erstgericht die Bereicherung in der frühzeitigeren Gewinnung von Synergien.

137) So ausdr *Reisner*, Das kartellrechtliche Geldbußensystem, 39; OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11).

138) So zu Recht OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 8/07 – *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens (Geld-*

*buße gg Manner AG) Branchenuntersuchung Lebensmitteleinzelhandel.*

139) OGH als KOG im *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Pkt II.1.; OGH als KOG *Aufzugskartell* (FN 4) Nr I.3.3 unter Hinweis auf *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht VO 1/2003 Art 23 Rn 30.

140) Vgl OGH als KOG *Europay* (FN 11) Pkt 16.7.

141) OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11) Pkt I.16.7. („plausible Schätzung“). Auch das EuG hält eine exakte Beweisführung für überzogen, Ger I 8.7.2008, T-53/03 – *BPB (Plasterboard Gipsplatten)* – Rn 307.

142) HM u stRsp, OGH 1.9.1999, 9 ObA 101/99i.

143) Ob das Ergebnis der Anwendung von § 273 ZPO richtig ist, fällt in den Bereich der rechtlichen Beurteilung; vgl *Stohanzl, JN-ZPO*<sup>15</sup> [2002] E 7 u 9 zu § 273 ZPO; *Rechberger in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> [2004], 12–13 zu § 273.

bene Kriterium sodann schlicht außer Acht lässt und nicht anwendet.<sup>144)</sup> Es ist zwar richtig, dass eine Geldbuße auch dann verhängt werden kann, wenn überhaupt keine Bereicherung eingetreten ist.<sup>145)</sup> Aber bloß deshalb und „wegen des weniger formstrengen Charakters des Außerstreitverfahrens“ ist es mE noch lange nicht gerechtfertigt jedwedes Beweisverfahren zur Ermittlung der erzielten Bereicherung zu unterlassen, wie dies der OGH als KOG wiederholt meint.<sup>146)</sup>

In diesem Zusammenhang ist natürlich auch vorweg zu prüfen, ob Kartellabsprachen umgesetzt oder – wie so oft (Stichwort: „Club der Meinedbauern“, „Réunion des menteurs“) – gar nicht umgesetzt/durchgeführt wurden. Vertragskartelle werden nach Ansicht des OGH durchgeführt, wenn sich die Beteiligten an die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung halten und diese dadurch außenwirksam realisieren; entscheidend sei, ob das Kartell eine Außenwirkung entfaltet.<sup>147)</sup> Ohne Umsetzung kann es mE keine Bereicherung geben.

Auch wenn die *Bereicherung* kein ausdr. genanntes Kriterium des Art 23 Abs 3 VO 1/2003 ist,<sup>148)</sup> berücksichtigt sogar die Kommission<sup>149)</sup> immer wieder als eventuellen Milderungsgrund, dass Vereinbarungen oder Verhaltensweisen nicht umgesetzt wurden und sich auf dem Markt nicht spürbar auswirkten.<sup>150)</sup> Dies sieht auch der EuGH (bei Beurteilung

der „Schwere“) so.<sup>151)</sup> Im Gemeinschaftsrecht wird – wohl weil die Bereicherung kein gesetzliches Strafbemessungskriterium ist – das Kriterium der Auswirkungen weniger stark bewertet als das Kriterium des Kartellzwecks und der Art der Absprachen.<sup>152)</sup> Gänzlich außer Betracht bleibt die Frage der Auswirkung freilich auch dort nicht.<sup>153)</sup> Auch die Kommission berücksichtigt die Art des Verstoßes, seine konkreten Marktfolgen – soweit messbar – und den Umfang des betreffenden räumlichen Marktes.<sup>154)</sup>

mE verkürzt und somit irreführend ist es, wenn der OGH als KOG (unter Berufung auf den EuGH) sagt, „die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung oder eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung brauchen nicht berücksichtigt zu werden, wenn diese (dieser) ersichtlich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt“.<sup>155)</sup>

Eine „sorgfältige Umsetzung“ der Absprachen indiziert eine Auswirkung auf den Markt.<sup>156)</sup> Umgekehrt kann die Uneinigkeit der Kartellmitglieder die Marktauswirkung in Frage stellen,<sup>157)</sup> so wie zB beim Industriechemikalienkartell.<sup>158)</sup> Begrifflich sind Umsetzung der Vereinbarung und Auswirkung auf den Markt aber – übrigens auch im Gemeinschaftsrecht<sup>159)</sup> – zu unterscheiden.

144) So aber erscheint es in OLG Wien (Aufzugsfall vgl FN 12) S 135 u 136: „Auf eine konkrete Bereicherung ist – mangels Feststellung – bei der Festsetzung nicht Bedacht zu nehmen.“

145) Zutreffend OGH als KOG *Industriechemikalienkartell* (FN 5) Punkt II/6.

146) OGH als KOG (*Industriechemikalienkartell*, FN 5) unter Berufung auf die *Europay*-Entscheidung (FN 11). Kritisch dazu *Brugger*, Entscheidungsanmerkung, *ecolex* 2009 (Heft 6).

147) OGH als KOG 8.10.2008, 16 Ok 8/08 – *BUWOG ua* Abstellungs- und Feststellungsantrag gegen *Otis, Kone, Schindler, Haushahn, Doppelmayr, ThyssenKrupp* wegen *Aufzugskartell* – Pkt 4.3.

148) Im Gemeinschaftsrecht sei die Frage der Umsetzung irrelevant (vgl EuG 26.4.2007, T-109/02 *ua* – *Bolloré ua Carbonless Paper* – Rn 451), weil die *Bereicherung* kein ausdr. genanntes Kriterium des Art 23 Abs 3 VO 1/2003 ist.

149) Vgl Kommission 26.5.2004, COMP/C-3/37.980 – *Souris* – *Topps Pokémon-Aufkleber* – Rn 182. Kommission, 18.7.2001, COMP/E-1/36.490 – *Graphitelektroden* – Rn 235; 9.12.1998, IV/34.466 – *Griechische Fährschiffe* – Rn 148. Da Abweichungen von einer Vereinbarung in Kartellen häufig vorkommen, ist die gelegentliche oder befristete Nichtanwendung bestimmter Teile einer Gesamtvereinbarung – im Gemeinschaftsrecht – nicht als mildernder Umstand anzusehen; Kommission 10.12.2003, COMP/E-2/37.857 – *Kronzeuge Akzo, Atofina (Atochem), Perorsa ua (Organische Peroxide)* – Rn 486.

150) EuG T-38/02 – *Groupe Danone* – Rz 148: „Auch eine teilw Umsetzung ... genügt, um auszuschließen, dass diese Vereinbarung sich nicht auf den Markt ausgewirkt hat.“

151) EuGH 5.4.2006, Rs T-279/02 – *Degussa* – Rn 247.

152) Vgl EuGH C-194/99 – *Thyssen Stahl* – Rn 118; EuG 26.4.2007 T-109/02 *ua* – *Bolloré ua* – Rn 451; EuG 30.9.2003, T-203/01 – *Michelin/Commission*, Rn 258/259.

153) Vgl EuG 9.7.2003, T-224/00 – *Archer* – Rn 150/151 wörtlich: “[...] in order to assess the actual effect of an infringement on the market, the Commission must take as a reference the competition that would normally exist if there were no infringement. [...] there must be a finding [...] that such agreements have in fact enabled the undertakings concerned to achieve a higher level of transaction price than that which would have prevailed had there been no cartel.”

154) Vgl Kommission 10.12.2003, COMP/E-2/37.857 – *Kronzeuge Akzo, Atofina (Atochem), Perorsa ua (Organische Peroxide)* – Rn 433.

155) RIS-Justiz RS 0120477; OGH als KOG 20.12.2005, 16 Ok 45/05 – *Honorarordnung der Baumeister (HOB)*.

156) So EuGH 27.9.2006, T 43/02 – *Jungbunzlauer Zitronensäuremarkt* – Rn 156ff; EuGH 18.6.2008, T-410/03 – *Höchst* – Rn 247.

157) So ausdr EuGH 5.4.2006, T-279/02 – *Degussa* – Rn 241.

158) OLG Wien als KG 24.10.2008, 29 Kt 132, 133/07-54 – *Industriechemikalienkartell* – wörtlich: „Die wechselseitigen Vereinbarungen ... [wurden] jedoch im größeren Ausmaß nicht eingehalten“.

159) Kommission 11.12.2001, 2003/437/EG, COMP/E.1/37.027, ABI 2003 L 153 – *Zinkphosphatkartell von Britannia Alloys & Chemicals Ltd, Heubach GmbH & Co. KG, James Brown Ltd, Société Nouvelle des Couleurs Zinciques S.A., Trident Alloys Ltd und Waardals Kjemiske Fabrikker A/S* – Rn 282.

Ein Verstoß, bei dem eine Bereicherung durch zB 50% Anhebung des Preises bei vielen Produkten erzielt werden kann, wiegt schwerer als eine nur bei weniger Produkten oder erst gar nicht umgesetzte Kartellabsprache. Anzumerken ist freilich, dass auch nicht umgesetzte Absprachen einen Nutzen für die Kartellanten gehabt haben können, so dass die Nichtumsetzung „nicht zwangsläufig“ einen Milderungsgrund abgibt.<sup>160)</sup>

Zu berücksichtigen ist mE auch als Milderungsgrund (und nicht nur als allfälliger Erschwerungsgrund<sup>161)</sup>), ob jemand durch die Zuwiderhandlung geschädigt worden ist (maW ob sich die Kartellanten bereichert haben) oder nicht. ME kann man zwischen dem eingetretenen Schaden und dem wirtschaftlichen Vorteil nicht immer klar differenzieren, weil beide Kriterien zueinander in Korrelation stehen.<sup>162)</sup> Würden Abnehmer nicht geschädigt, ist dies ein Milderungsgrund.<sup>163)</sup> Der OGH sah das aber im Fall *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih* anders.<sup>164)</sup> Aber auch bei sehr großer Bereicherung ist die Geldbuße – wie der Fall *Europay Bankomatvertrag* zeigt – nicht automatisch an der Obergrenze zu orientieren.<sup>165)</sup>

Umgekehrt ist ein (trotz des Kartellrechtsverstoßes eingetretener und erst *ex post* festgestellter) – eigentlich unerwarteter – wirtschaftlicher Misserfolg der Kartellierung nicht geeignet, die Schwere zu mildern.<sup>166)</sup>

## 8. Das Verschulden

### a) Allgemein

Ohne *Verschulden* (Vorsatz oder Fahrlässigkeit, s a § 29 KartG) scheidet eine Geldbuße aus.<sup>167)</sup> Liegt Verschulden

vor, ist bei der Geldbußenbemessung nach dem Grad des Verschuldens zu differenzieren.

Ein Verschulden des beratenden Anwalts ist dem Unternehmen zuzurechnen<sup>168)</sup> (das gilt auch bei Prozesshandlungen<sup>169)</sup>).

Im Rahmen des kartellgerichtlichen Verfahrens ist es – anders als etwa im gerichtlichen Strafverfahren – nicht erforderlich, die einzelnen (schuldhaft) handelnden Personen zu identifizieren, zumal das die Effektivität der Kartellverfolgung sehr erschweren könnte.<sup>170)</sup>

### b) Vorsatz

Vorsatz wurde judiziert, wenn das Unternehmen wusste, dass das betroffene Verhalten auf eine Einschränkung des Wettbewerbs abzielte.<sup>171)</sup> Fahrlässig handelt hingegen, wer die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt, obwohl er sie bei sorgfältigem Verhalten hätte erkennen können.<sup>172)</sup> Die These, wonach eine fahrlässige Begehung eines Kartellverstoßes kaum in Betracht kommt,<sup>173)</sup> ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend.

Es ist zwar festzuhalten, dass es zur Verwirklichung einer Kartellrechtswidrigkeit keine Rolle spielt, ob sich die Unternehmen freiwillig, unter Druck oder durch die Ausübung von Zwang an der Vereinbarung beteiligen,<sup>174)</sup> denn Begriff und Inhalt der gesetzwidrigen Vereinbarung sind objektiv zu verstehen, auf subjektive Intentionen, innere Vorbehalte oder unterlassene Mitwirkung kommt es dabei nicht an. Hingegen sind solche Umstände als Verschuldens-

160) Vgl EuG 14.5.1998, T-308/94 – *Cascades* – Rn 230.  
 161) Ggt OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.  
 162) *Vollmer* in *Münchener Kommentar*, Band 2 (GWB) [2008], Rn 89 zu § 81 GWB hingegen differenziert zwischen dem von ihm anerkannten Kriterium des eingetretenen Schadens und dem von ihm nicht anerkannten Kriterium des wirtschaftlichen Vorteils.  
 163) Vgl zB OLG Düsseldorf, BuW/E DE-R 1733, 1747, 1748; LKartB Baden-Württemberg vom 7.5.1971, WuW/E LKartB 151, 156 – *Positionlisten; Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht (GWB)<sup>4</sup> Rn 372.  
 164) OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*: „Dass [...] im Einzelfall kein Schaden entstand, weil sich die entsprechenden Erfolgserwartungen der Antragsgegnerin nicht verwirklichten, bedeutet lediglich, dass [...] hier für eine Erhöhung der Geldbuße kein Raum bleibt. Diesen Umstand [...] ausdrücklich als ‚mildernd‘ zu werten, wäre jedoch verfehlt.“  
 165) OGH als KOG *Europay Bankomatvertrag* (FN 11) Pkt II.2.  
 166) OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multi-plex/Constantin Filmverleih*.

167) OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 52/05 Pkt 1 unter Berufung auf OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 12/04 – *BWB/Telekom Austria TikTak-Tarif*.  
 168) OLG Wien als KOG 7.6.2005, 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell-Geldbuße* (zit nach *Gruber*, Kartellrecht [2008] E 32 zu § 30)  
 169) OGH 7.8.2008, 6 Ob 156/08x.  
 170) So auch EuGH 18.9.2003, C-338/00 P – *Volkswagen/Kommission*, Rn 98.  
 171) Siehe zB Kommission 30.10.2002, COMP/35.587 – *PO Video Games* – Rn 377.  
 172) *Münchener Kommentar*, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2 (GWB), Rn 62 zu § 81.  
 173) *Engelsing/Schneider*, *Münchener Kommentar* Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), VO 1/2003, Art 23, Rn 148.  
 174) RIS-Justiz RS0124670; OGH als KOG (*Designer Outlet Center*, s FN 203); OGH als KOG (*Einkaufszentrum*, s FN 204, Pkt 3.1) unter Berufung auf *Eilmansberger* in *Streinz*, EUV/EGV Art 81 Rz 3; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht<sup>4</sup> EG/Teil 1, Art 81 EG Rz 65 f.

elemente bei der Geldbußenbemessung sehr wohl ganz wichtig.

Beim Vorsatz wiegen Absicht oder Anstiftung (Rädelsführerschaft,<sup>175)</sup> Anführerschaft<sup>176)</sup> schwerer als bloßes Mitläufertum oder eine geringfügige und passive Rolle (bei der die Kommission in einem Fall die Geldbuße um 50% reduzierte).<sup>177)</sup> Noch leichter wiegen Fahrlässigkeit oder – wie im Fall *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)* – ein bloßes Organisationsverschulden<sup>178)</sup> (auch wenn zB das OLG Wien<sup>179)</sup> tw nicht auf solche Differenzierungen einzugehen scheint).

Zu unterscheiden ist auch, ob zielgerichtete und planmäßig-systematische Absicht vorliegt oder nicht.<sup>180)</sup>

**c) Schweres/leichtes Verschulden**

Leichte **Fahrlässigkeit** reicht für die Strafbarkeit. Aber Fahrlässigkeit erfordert eine mildere Beurteilung als Vorsatz. Auch nach den *Leitlinien der Kommission*<sup>181)</sup> und des deut-

schen Bundeskartellamts<sup>182)</sup> ist die Fahrlässigkeit als Milderungsgrund anerkannt.

Ein entschuldbarer Rechtsirrtum schließt die Geldbuße aus<sup>183)</sup> und ein noch nicht schuldaußschließender Rechtsirrtum sollte nach § 30 KartG als Milderungsgrund gesehen werden<sup>184)</sup> (auch wenn § 34 StGB nicht analog anwendbar ist<sup>185)</sup>).

Ein Milderungsgrund (geringeres Verschulden) könnte auch in einer langjährigen Krisensituation in einer Branche zu erblicken sein.<sup>186)</sup>

Bei geringem Verschulden und unbedeutenden Folgen kommt ein Absehen von der Geldbuße oder nur eine ganz geringe Geldbuße in Betracht. Da es keine Strafuntergrenze mehr gibt, bedarf es nach dzt Rechtslage (seit 1.1.2006, außer für noch nicht verjährte Altfälle) auch keiner Analogie<sup>187)</sup> mehr zu § 42 StGB aF (nun § 191 StPO) und § 21 Abs 1 VStG.<sup>188)</sup>

Ein **schweres** Verschulden liegt zB vor, wenn gegen eine klare Rechtslage verstoßen wird.<sup>189)</sup>

175) Auch der nicht in der selben Branche tätige Organisator (hier: das Schweizer Beratungsunternehmen *AC-Treuhand*, das ab Ende 1993 eine Schlüsselrolle im Kartell hatte, seine Zusammenkünfte organisierte und belastendes Material verbarg) kann als Kartellant bestraft werden, vgl EuG 8.7.2008, T-99/04 – *AC-Treuhand (Organische Peroxide)*. Grundlegend dazu *F Schuhmacher*, Das Urteil AC-Treuhand, ZfRv 2009, 9. Weil es für die Beteiligung eines Beratungsunternehmens noch keinen Präzedenzfall gab, beschränkte die Kommission die Geldbuße für die *AC-Treuhand* auf einen symbolischen Betrag. Zwar habe die Kommission schon 1980 eine Entscheidung an einen Organisator/Mittler des italienischen Glaskartells gerichtet (Kommission 17.12.1980, ABl 1980 L 383, 19 – *Gussglas in Italien*), in anderen Entscheidungen nach 1980 sei nicht immer der gleiche Ansatz vertreten worden und das sei bei der Festsetzung der Geldbuße zu berücksichtigen gewesen; Kommission (wie in FN 154) Rn 454.

176) In EuG 18.6.2008, T-410/03 – *Hoechst/Kommission* – Rn 432–438 kam es zu einer Reduktion der Geldbuße, weil die Kommission den erschwerenden Aspekt der Anführerschaft nicht deutlich genug in der Mitteilung der Beschwerdepunkte („SO“) herausgestrichen (und dadurch die Verteidigungsmöglichkeiten verletzt) hatte.

177) S zB Kommission 31.5.2006, COMP/F/38.645 – *Maethacrylates* – Rn 374; s a Kommission 29.6.2001, COMP/F-2/36.693 – *Volkswagen* – Rn 234.

178) OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 21/04 – *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)*: Wegen Herausgabe einer Verbandsempfehlung wurde die Geldbuße mit einem Fünftel des Höchstbetrages bzw einem Zehntel des dem Fachverband verbleibenden Preisbudgets auf EUR 7.000,- bemessen.

179) OLG Wien als KG 2.4.2004, 25 Kt 38/04-12 – *Bundesgremium für den Großhandel mit Waren der Raumausstattung*

wegen *Nichtbefolgung des kartellgerichtlichen Auftrages* – (zit nach *Gruber*, Kartellrecht [2008] E 33 zu § 30).

180) OGH als KOG 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.

181) FN 26, Rn 29 zweiter Spiegelstrich.

182) Bundeskartellamt, Bekanntmachung 38/2006 vom 15.9.2006, Punkte 11 und 18: bei fahrlässiger Begehung Reduktion des Grundbetrags auf die Hälfte.

183) Zum Begriff siehe zB § 5 VStG, § 9 FinStrG, § 9 StGB.

184) Vgl zum die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum § 34 Abs 1 Z 12 StGB, dessen Wertungen allgemeiner Art – selbst ohne (!) Analogie – im Rahmen des § 30 KartG zu berücksichtigen sind.

185) OGH (FN 165) Pkt I.16.3 lehnt mangels Lücke eine generelle Analogie zu allen Bestimmungen des § 34 StGB ab; § 30 KartG sei keine ergänzungsbedürftige Regelung.

186) Die Kommission 8.12.1999, IV/E-1/35.860-B – *Dalmine Nahtlose Stahlrohre* –, Rn 168/169 gewährte aus einem solchen Milderungsgrund 10% Minderung des Grundbetrages. In der Entscheidung Kommission 21.1.1998, IV/35.814 – *Alloy surcharge (Acerinox, ALZ, KruppThyssenNirosta u a)* – Rn 83-84 ergaben sich bis zu 30% Minderung.

187) Wenn nicht spezial- oder generalpräventive Gründe dagegen sprechen wandte OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 52/05, § 42 StGB und § 21 Abs 1 VStG analog an. Kritisch dazu *Neumann*, zur mangelnden Strafwürdigkeit bei der Verhängung von Geldbußen nach dem KartG, *ecolex* 2009, 416.

188) *a Mair in Schick/Hilf (Hg)*, Kartellstrafrecht [2007], 101 FN 24; *aA* aber *Thyri*, Kartellrechtvollzug in Österreich [2007], Rn 562.

189) OLG Wien als KG 7.6.2005, 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell-Geldbuße* (zit nach *Gruber*, Kartellrecht E 20 zu § 30 KartG) spricht missverständlich von schwerem „Verstoß“.



Auch die persönliche Motivation (rücksichtsloses Gewinnstreben?) und die konkrete Rolle<sup>190)</sup> im Kartell kann berücksichtigt werden.<sup>191)</sup>

Hartnäckigkeit oder eine führende Rolle wiegt schwer, wirtschaftliche Notlage weniger.<sup>192)</sup>

Bei Nichterfüllung rechtskräftiger Kartellgerichtsaufträge – wie im Fall *Manner* – ist eine Ausmessung der Geldbuße zB bloß im Bereich von weniger als fünf Promille des Umsatzes nicht ausreichend; knapp weniger als 10% der zulässigen Obergrenze erschien im Einzelfall<sup>193)</sup> angemessen.

Die österr Jud schließt tw aus der (objektiven) Schwere des Verstoßes auf das (subjektive) Verschuldenselement und vermengt dadurch beide Kriterien.<sup>194)</sup>

#### d) Problem „MEA“

Es ist zu berücksichtigen, dass va im Anwendungsbereich der „Selbstbemessung“ (Selbstfreistellung) nach Art 1 Abs 2 VO 1/2003 iVm Art 81 Abs 3 EG bzw nach § 2 Abs 1 KartG durchaus strittige Abgrenzungsfragen existieren, zB bei Beurteilung der Effizienzrede oder Unerlässlichkeit oder bei der Frage, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Der *more economic approach* (MEA) erleichtert bekanntlich nicht die Prognostizierbarkeit der kartellbehördlichen Einschätzung, sondern bedeutet ein Defizit an Rechtssicherheit.<sup>195)</sup> Im Graubereich ist für das Unter-

nehmen – oder sogar für die BWB (vgl den Fall *Bildhonorarordnung der Fotografen*<sup>196)</sup>) – ein Verstoß oder Nicht-Verstoß nicht immer leicht diagnostizierbar. Auch die Kommission schwankt ja in manchen Beurteilungen (vgl einerseits die Beurteilung betr *VISA*<sup>197)</sup> und dann betr *MasterCard*<sup>198)</sup>).

Dabei ist auch die Erschwernis zu berücksichtigen, dass wir in Österreich keine GVO haben, die eine Beurteilung vieler Sachverhalte erleichtern würde.<sup>199)</sup> Aber auch Fehleinschätzungen anhand einer gemeinschaftsrechtlichen GVO können je nach Fall durchaus geringe Schuld oder Schuldlosigkeit bedeuten.

Das Gleiche mag für manch andere Rechtsfragen gelten (wie etwa für die – das zeigen die Fälle *Lenzing* und *ERSTE Bank* – nicht immer vorhersehbar entschiedene Anmeldepflicht bei Inlandsbezug<sup>200)</sup>), deren Fehlbeurteilung zu Geldbußen führen kann. In manchen Fällen wird man eine vertretbare Rechtsansicht annehmen können, die das Verschulden ausschließt.

Auch bei den generell schwierigen – und von Fall zu Fall abweichenden – **Marktabgrenzungen** (relevant ua für die Selbstfreistellung oder Marktbeherrschungsfrage) können durchaus vertretbare Sichtweisen bestehen, die einmal von der BWB oder ein andermal vom Kartellgericht oder KOG nicht geteilt werden. Das zeigte sich etwa jüngst im Zusammenschlussfall *Moser Holding/Styria Medien AG* betr *Gratiswochenzeitungen*<sup>201)</sup> oder bei der – vom bekannten BWB-Standpunkt (vgl *Factory Outlet Center Parndorf*<sup>202)</sup>) abweichenden

190) Vgl zB *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht [2006], Rn 64 zu § 81 GWB; *Langen/Bunte*, Kommentar Band 1 Deutsches Kartellrecht<sup>10</sup>, Rn 132 zu § 81 GWB.

191) AA aber EuGH 18.9.2003, C-338/00 P – *Volkswagen/Kommission* – Rn 91–98. EuG 8.7.2004, T-67/00 ua – *JFE Engineering, Nippon Steel, JFE Steel, Sumimoto Metal* – Rn 370 wörtlich: „Dass einzelne Unternehmen bei der Verfolgung eines gemeinsamen Zieles unterschiedliche Rollen spielten, ändert nichts an dem wettbewerbswidrigen Zweck und damit an der Zuwiderhandlung, sofern jedes Unternehmen auf seiner Ebene zur Verfolgung des gemeinsamen Ziels beitrug“ unter Hinweis auf EuG 15.3.2000, T-25/95 ua – *Cimenteries CBR*.

192) So ausdr *Langen/Bunte* Kommentar Band 1 Deutsches Kartellrecht<sup>10</sup>, Rn 131 zu § 81 GWB mwN.

193) Die erstinstanzliche Geldbuße wurde verdoppelt: OGH als KOG 21.1.2008, 16 Ok 8/07 – *Auftrag zur Beantwortung eines BWB-Auskunftsverlangens bei der Branchenuntersuchung Lebensmittel Einzelhandel* (Geldbuße gg *Manner AG*).

194) OGH als KOG (FN 165) Pkt 16.4 wörtlich: „[...] im Hinblick auf die über lange Zeit andauernden Kartellrechtsverstöße in zwei Richtungen, die marktabschottenden Auswirkungen auf einen ganzen Wirtschaftssektor, den hohen Marktanteil der Antragseinerin und die durch Ausschaltung des Entgeltwettbewerbs bewirkte vermögensrechtliche Schädigung der anderen Marktteilnehmer schweres Verschulden vorzuwerfen ist.“

195) Dazu *Dieter Schmidtchen*, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6 (insb 12).

196) Beispielsweise teilte der OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 22/04, nicht die Ansicht der BWB, dass die Bildhonorarordnung 2003 der *Bundesinnung der Fotografen* Kartellcharakter habe und gegen Art 81 EG verstoße.

197) Freistellung gem Art 81 Abs 3 EG bis 31.12.2007 gem Kommission 24.7.2002, COMP/29.373 – *Visa International Multilateral Interchange Fee*. Nun ist aber wieder ein Verf anhängig (vgl Kommission 6.4.2009, MEMO /09/151).

198) Verstoß gg Art 81 EG, Art 53 EWR festgestellt, von einer Geldbuße wurde aber abgesehen, Kommission 19.12.2007, COMP 34.579 – *MasterCard*. Dazu vgl die noch vor der E verfasste Analyse von *Hofmann*, Wettbewerb bei Visa und MasterCard, WuW 2006, 17. Schließlich kam es zu einer Einigung mit *MasterCard* zur Entgeltensenkung (vgl Kommission 1.4.2009, IP/09/515).

199) *Brugger*, Braucht Österreich eine Verordnung nach § 3 KartG – OZK 2009, 3.

200) Vgl etwa OGH als KOG 27.2.2006, 16 Ok 49/05 – *ERSTE Bank* – versus OGH als KOG 14.2.2005, 16 Ok 1/05 – *Lenzing*.

201) Vgl die krit Anm von *Schoisswohl*, OZK 2009, 81/82 zu der von den Gerichten anders als von der BWB beurteilten Markt-abgrenzung zuletzt in OGH als KOG 17.12.2007, 16 Ok 15/08 – *Moser Holding/Styria Medien AG* betr *Gratiswochenzeitungen*.

202) Siehe bei FN 88.

den – nach der Bündeltheorie erfolgten kartellrechtlichen Beurteilung von Radiusklauseln im *Einkaufszentrum Euro-park*.<sup>203)</sup> Selbst für gerichtlich bestellte Sachverständige ist die Markt-abgrenzung bisweilen zu schwer, wie ein anderer Radiusklauselfall *UNO-Shopping* L.onding gegen *Einkaufszentrum PLUS City* Pasching (beide bei Linz) zeigt.<sup>204)</sup> Auch die Markt-abgrenzungsentscheidungen der Kommission sind übrigens nicht immer konsistent.<sup>205)</sup>

Solche Fehlbeurteilungen eines normunterworfenen Unternehmens oder einer normunterworfenen Behörde sind ja nur Fehlbeurteilungen „aus der Sicht der letzten (!) Instanz“; hat das Unternehmen das – *ex ante* betrachtet – fachlich kompetent erarbeiten und beurteilen lassen, wird idR nicht einmal der Fahrlässigkeitsvorwurf möglich sein. So entschied auch das OLG Wien im Fall *Kinopachtverträge*, dass kein Verschulden vorliegt, wenn ein Unternehmen fachliche Beratung zu den (schwierigen und laut Gericht auch von der BWB im konkreten Fall mehrfach falsch beurteilten) kartellrechtlichen Implikationen eingeholt und somit die gebotene zumutbare Sorgfalt beachtet hat.<sup>206)</sup>

### e) Wiederholungstäterschaft

Ein „Rückfalls- oder Wiederholungstäter“, noch dazu, wenn es um die selbe Art des Verstoßes (zB Preisabsprachen

mit Mitbewerbern) geht, kann nach diesem Kriterium des Verschuldens deutlich strenger bestraft werden, worauf das KOG im wiederholten Missbrauchsfall der *Telekom Austria* hinwies.<sup>207)</sup> So judizierte auch das EuG bei *BASF*<sup>208)</sup> und unlängst die Kommission bei *Saint-Gobain*<sup>209)</sup> und bei *Akzo Nobel* und *Degussa*<sup>210)</sup>.

Wiederholungstäterschaft kann mE erst angenommen werden, wenn ein Kartellant nach Rechtskraft der Geldbußenverhängung ein neues kartellrechtswidriges Verhalten setzt, weil bis dahin die Unschuldsvermutung gilt (die Kommission verwertet bereits ein neuerliches Verhalten nach Erlass einer Verbotsentscheidung, und zwar idR beim ersten Wiederholungsfall mit 50% Aufschlag<sup>211)</sup> und auch nach dem EuGH liegt eine Wiederholung vor, wenn neuerliches Verhalten nach einer behördlichen Untersagung gesetzt wird<sup>212)</sup>).

Keine Wiederholungstaten liegen vor, wenn nach einem ersten Kartellverfahren in einem zweiten Verfahren ein vor dem ersten Verfahren gelegenes Verhalten zu beurteilen ist (Beispiel: Zuwiderhandlungen, die gleichzeitig erfolgten, wie etwa Kartelle in benachbarten Märkten im gleichen Zeitraum).<sup>213)</sup> Diesfalls wäre sogar in der zweiten Geldbußenentscheidung auf die erste insoweit Bedacht zu nehmen, als die Summe beider Geldbußen nicht höher sein darf, als sie

203) OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 1/09 – Das *Designer Outlet Center* (Betreiber: *McArthurGlen*) in Wals-Siezenheim bei Salzburg (auf dem Gelände des ehemaligen Einkaufszentrums *Airportcenter*) unterlag mit der BWB bei der Bekämpfung der Radiusklauseln des *Einkaufszentrums Europark* (eine EV sei an sich zulässig, in diesem Fall aber liege mangels erheblicher Abschottungswirkung keine unzulässige Vereinbarung vor). Die erstinstanzliche E OLG Wien als KG 23.10.2008 25 Kt 35, 36/08-6 findet sich in OZK 2009, 68 (*Pirko*).

204) OGH als KOG 25.3.2009 16 Ok 14/08 (m Anm *Pirko* in OZK 2009, 119 [122]): Der zunächst nach UWG erfolglos (vgl 3.5.2000, 4 Ob 112/00z) und nun nach KartG geführte Rechtsstreit der Antragsteller *Einkaufszentrum UNO Shopping* in L.onding, assistiert von der BWB, betr Radiusklauseln im angeblich marktbeherrschenden *Einkaufszentrum PLUS City* in Pasching ist noch nicht beendet, weil der OGH als KOG die Fragestellung des SV betr Markt-abgrenzung für verfehlt hielt. Die erstinstanzliche E OLG Wien als KG 30.7.2008, 25 Kt 34/07-49 findet sich in OZK 2008, 188.

205) Vgl beispielsweise Kommission 8.12.2004, COMP/M.3572 – *Cemex/Readymix* –, in der die vorangegangenen durchaus divergenten und widersprüchlichen Markt-abgrenzungsannahmen der Kommission (sachliche Markt-abgrenzung bei Sand und Kies, vgl Rn 18; geografische Markt-abgrenzung bei Transportbeton, Rn 22–24, sowie Sand und Kies, Rn 27) referiert werden und sich die Kommission weiterhin nicht zu einer Klarstellung der bislang inkonsistenten Markt-abgrenzungspraxis durchringt.

206) OLG Wien als KG 24.11.2008, 26 Kt 10/08 u 26 Kt 11/08 (rk) – *Kinopachtverträge/Betriebsüberlassung als Zusammenschluss* – OZK 2009, 112.

207) OGH (FN 14) mit Hinweis auf ein früheres einschlägiges und gerichtlich abgestelltes Verhalten, nämlich im Fall OGH als KOG 17.11.2003, 16 Ok 11/03 – *Telekom Austria Schnurlos-telefon Carrier Pre-Selection*. Im Gemeinschaftsrecht muss – mangels ausdr Verschuldenskriteriums – die Wiederholungstäterschaft unter den Begriff der „Schwere“ subsumiert werden, vgl EuGH 7.1.2004, C-204/00 P ua – *Aalborg Portland* – Rn 91. 208) Das EuG 12.12.2007, T-101/05, T 111/05 – *BASF, UCB Vitaminprodukte Cholinchlorid (Vitamin B 4)* – bestätigte die Kommissionsentscheidung, wonach *BASF* 50% Straferhöhung wegen Wiederholungstäterschaft zahlen muss (*UCB* hingegen erhielt für die Zusammenarbeit 90 % Reduktion durch die E des EuG).

209) Kommission 12.11.2008, IP/08/1685 – *Autoglashersteller Asahi, Pilkington, Saint-Gobain und Soliver* – Erhöhung um 60% bei *Saint-Gobain* wegen zweier vorangegangenen Fälle Flachglas Benelux (1988) und Flachglas Italien (1984). Ebenfalls 60% bei zwei Vortaten von *ENI* im Fall Kommission 5.12.2007 – *Chloropren-Kautschuk (Bayer, Denka, DuPont, Dow, ENI und Tosoh)*. 90% Aufschlag bei drei Vortaten von *Arkema France* im Fall Kommission 11.6.2008 – *Natriumchlorat*.

210) Kommission, FN 47: Erhöhung um 100% bei *Akzo Nobel* (nur theoretisch, denn *Akzo Nobel* blieb als erster Kronzeuge letztlich straffrei), Erhöhung um 50% bei *Degussa*.

211) Dazu ausf *Kienapfel*, Wiederholungstaten im Kartellrecht, OZK 2009, 8.

212) Vgl EuG 6.5.2009 T-122/04 – *Outokumpu Oyj und Luva-ta Oy* Rz 59ff.

213) So auch Kommission, Pressemitteilung vom 23. Januar 2008, IP/08/78 zum *Synthetic-kautschukkartell; Kienapfel*, Wiederholungstaten im Kartellrecht, OZK 2009, 8 (11).

bei gemeinsamer Entscheidung über beide Zuwiderhandlungen gewesen wäre. (Ein ähnlicher Gerechtigkeitsgedanke findet sich in § 40 StGB).

Fraglich ist dabei übrigens, ob und welche Tilgungsfristen (analog?) anzuwenden sind.<sup>214)</sup>

Freilich bleibt sogar ein Wiederholungstäter dann straffrei, wenn er erster Kronzeuge ist, weil Wiederholungstäterschaft kein Ausschlussgrund vom Kronzeugenprogramm der BWB ist; ähnlich auch im Gemeinschaftsrecht.<sup>215)</sup>

Milder beurteilt kann auch ein Unternehmen werden, das erstmals mit dem Kartellrecht (oder einer konkreten Begehungsform<sup>216)</sup>) in Konflikt gerät.

Schwer wiegt hingegen, wenn die Zuwiderhandlung (wie im Fall *Lenzing/Tencel* nach gegenteiliger Gerichtsentscheidung oder geklärter Rechtslage) wiederholt oder fortgesetzt wird.<sup>217)</sup>

### 9. Die Leistungsfähigkeit

Das Kriterium der wirtschaftlichen *Leistungsfähigkeit*<sup>218)</sup> des Unternehmens drückt sich nur tw in der Höchstgrenze (Kappungsgrenze mit 1% bzw 10% des Jahresumsatzes) aus. Deshalb ist es nicht redundant, sondern sehr sinnvoll, dass in § 30 KartG gesondert das Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als Maßstab für die Geldbußenbemessung normiert wird.

Daher ist die – allenfalls begrenzte – Leistungsfähigkeit natürlich auch dann ausdrücklich zu berücksichtigen, wenn die Höchstgrenze erst gar nicht auszuschöpfen ist.

Somit entspricht nicht jede Geldbuße, sofern sie nur unter der gesetzlichen Kappungsgrenze liegt, automatisch der

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; letztere ist vielmehr nach der ausdr Anordnung des § 30 KartG ein **gesondert zu prüfendes Kriterium**. Die Kappungsgrenze, die vom weltweiten Konzernumsatz ausgeht, mag zwar die Unternehmensgröße und Marktmacht (§ 4 Abs 2 KartG) indizieren; doch ist über die Leistungsfähigkeit damit noch nicht endgültig etwas ausgesagt. In der bisherigen Jud des OGH als KOG kam das – wohl mangels konkreten Anwendungsbedarfs in den Anlässen – mE nicht ausreichend klar zum Ausdruck.<sup>219)</sup>

Demnach ist – *ceteris paribus* – ein „größeres“ (wirtschaftlich leistungsfähigeres) Unternehmen mit einer höheren Geldbuße zu belegen als ein „kleineres“ (weniger leistungsfähiges).<sup>220)</sup> Maßstab für die Leistungsfähigkeit ist mE vorwiegend der **Gewinn** (Bilanzgewinn oder Bilanzverlust iSv § 231 Abs 2 Z 29 UGB oder § 231 Abs 3 Z 28 UGB), und zwar natürlich des Konzerns (Konzerngewinn oder Konzernverlust). Allenfalls kann auch die Bilanzsumme zur Beurteilung herangezogen werden. Erst subsidiär könnte auch der Umsatz<sup>221)</sup> in Betracht kommen. Eine ähnliche Beurteilungsfrage ergibt sich bei § 4 Abs 4 VbVG. (Fußnote 221a: Dazu *Zirm/Limberg*, Zur Tagesatz-Bemessung im VbVG, ÖJZ 2009, 708.)

Häufig (so auch vom OGH im Fall *Industriechemikalienkartell*<sup>222)</sup>) wird – als mE unzulässige Vereinfachung – überhaupt nur auf den **Umsatz** (Konzernumsatz) als Indikator für die Größe oder Finanzkraft eines Unternehmens geschaut.<sup>223)</sup> Dies ist mE aber **kein zutreffendes Kriterium**, weil der



Die neue Zeitschrift für Beihilfen- und Subventionsrecht!

Alle Themen des aktuellen Heftes unter [www.BRZ.voe.at](http://www.BRZ.voe.at)

214) Das Gemeinschaftsrecht anerkennt hier keine Tilgungs- oder Verjährungsargumente, vgl EuGH 8.2.2007, C-3/06 P – *Groupe Danone* – Rn 36–41. Zur Verjährung allgemein beachte aber Art 25 VO 1/2003.

215) *BASF* blieb straffrei im Fall synthetisches Chloropren-Kautschuk und im Fall Emulsionsstyrol-Kautschuk (höchste Geldbußen gegen *ENI* und *Shell*).

216) EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Commission* – Rn 390: "... the fact that the same undertaking had already been the subject of a finding of infringement and that, despite that finding and the penalty imposed, it had continued to participate in a similar infringement of the same Treaty provision, were proof of repeated infringement."

217) OLG Wien (FN 189).

218) Die Kommission will – freilich aufgrund anderer Rechtslage im Gemeinschaftsrecht – ein solches Kriterium nur „unter außer-

gewöhnlichen Umständen“ anwenden, s Leitlinien (s FN 26) Rn 35.

219) So heißt es – die Kriterien vermischend und somit verkennend – in OGH als KOG (im *Aufzugskartell* vgl FN 4) Seite 37, die Kappungsgrenze „stellt den zeitlichen Zusammenhang zwischen Verstoß und Leistungsfähigkeit sicher.“ Ohne Berücksichtigung des weltweiten Gesamtumsatzes (so S 40/41) „würde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht ausreichend berücksichtigt werden“, denn es komme dabei auf die „Finanzkraft des Konzerns“ an (ebenso S 46).

220) EuGH 22.5.2008, C-266/06P – *Evonik Degussa* – Rn 119.

221) OGH als KOG 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.

222) OGH als KOG siehe FN 5.

223) Vgl *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Kartellrecht VO 1/2003 Art 23 Rn 103.

Umsatz zwar die Marktpräsenz reflektieren kann, nicht aber die Finanzkraft und Leistungsfähigkeit. Es ist (nicht zuletzt in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise) evident, dass ein zwar umsatzstarkes aber infolge von Bilanzverlusten konkursreifes Unternehmen nicht „wirtschaftlich leistungsfähig“ ist.<sup>224)</sup> Auch in anderen Rechtsbereichen wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht am Umsatz bemessen,<sup>225)</sup> sondern am Gewinn.<sup>226)</sup> Der OGH freilich schaut verkürzend nur auf die Umsatzzahlen.<sup>227)</sup>

Im Fall *Europay* war bei einer wirtschaftlich durchaus leistungsfähigen Partei (Umsatz EUR 90 Mio, Jahresgewinn EUR 21 Mio) angesichts einer Bereicherung von EUR 7 Mio innerhalb von 12 Monaten (und 19 Monaten Zuwiderhandlungsdauer) eine Geldstrafe in Höhe von EUR 7 Mio (80% des höchstzulässigen Betrages bzw 7,7% des Umsatzes bzw 30% eines Jahresgewinns) laut OGH als KOG angemessen,<sup>228)</sup> die erste Instanz hatte für das Absichtskartell samt Marktmachtmissbrauchs zuvor nur EUR 5 Mio verhängt. Bei einem leicht geringeren Jahresgesamtumsatz (*Constantin Film*, konsolidiert: 68 Mio), einem Jahresgewinn von EUR 3 bis 6 Mio und deutlich längerem Verstoßzeitraum wurde die Geldbuße mit EUR 0,15 Mio (2,2% der möglichen Höchstgeldbuße; 2,5% bis 5% des Jahresgewinns) bemessen.<sup>229)</sup> *BASF* musste gem EuG eine Geldbuße von EUR 35 Mio zahlen (also rund 1% des Gesamtumsatzes von EUR 33,4 Mrd; kartellierter Umsatz im EWR war EUR 9,9 Mio).<sup>230)</sup> Diese wenigen Beispiele zeigen schon, dass in der Jud keine eindeutige Korrelation zwischen Leistungsfähigkeit des Unterneh-

mens (Gesamtumsatz, Gewinn) und tatsächlicher Geldbußenhöhe nachvollziehbar zu finden ist; dies liegt ganz offensichtlich daran, dass bei der Strafbemessung ja auch die anderen Kriterien zu berücksichtigen sind.

Einerseits wird durch die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit die Spürbarkeit der Sanktion für große, leistungsstarke Unternehmen unterstrichen und andererseits sollen kleine, leistungsschwache Unternehmen durch die Geldbuße nicht in den Ruin gebracht werden,<sup>231)</sup> was ja zu noch größeren Wettbewerbsverzerrungen führen kann als der zu bestrafende in der Vergangenheit liegende Kartellverstoß. ZB könnte ein bereits finanzschwaches Unternehmen angesichts eines drohenden oder eingeleiteten Wettbewerbsverfahrens (bilanzielle Rückstellung für Geldbuße in Millionenhöhe!) wegen Überschuldung (§ 67 Abs 1 KO) in Konkurs gehen. Auch eine Zunahme der Arbeitslosigkeit oder eine Beeinträchtigung der dem betreffenden Unternehmen vor- und nachgelagerten Wirtschaftssektoren ist zu beachten.<sup>232)</sup> Bei einem Unternehmen am Rande der Zahlungsunfähigkeit kann ein besonderer Abschlag von der sonst zu verhängenden Geldbuße gerechtfertigt sein.<sup>233)</sup>

Dass auch eine kritische wirtschaftliche Situation in einem Wirtschaftssektor eine Reduktion der Geldbuße rechtfertigen kann, wurde schon oben beim Verschulden erwähnt.<sup>234)</sup>

Im Gemeinschaftsrecht wurde von der Kommission sogar mit 33% (!) Geldbußenermäßigung berücksichtigt, dass ge-

224) Die *AIG* hatte 2007 einen Umsatz von USD 110 Mrd und hätte ohne staatl Hilfe (2009) nicht überleben können. Man denke – nur in Österreich – an die knapp abgewendete Insolvenz der *Constantia Privatbank AG* (Umsatz über EUR 274 Mio), den Konkurs bzw *Autoglan Maculan* (Umsatz über EUR 1 Mrd, dennoch Insolvenz) oder die *Pleite* (formellen Konkurs gab es ja nicht) des *Konsum* (der hohe Umsatz war für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit irrelevant bei laufenden Verlusten, die sich auf EUR 1,8 Mrd aufsummiert hatten).

225) Im Familienrecht oder Fürsorgerecht zB ist klar, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Person sich nicht am Bruttoeinkommen (als Analogon zum „Umsatz“ oder „EBIT“ oder „EGT“), auch nicht am Nettoeinkommen bemisst, sondern erst nach Berücksichtigung von Aufwendungen wie Sorgepflichten (was unterm Strich nach Abzug von Aufwendungen und Steuern verbleibt, also ein Analogon zum „Bilanzgewinn“) beurteilt werden kann. Das BVergG 2006 verlangt beispielsweise einen Nachweis für die finanziell-wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; dafür darf eine Bonitätsauskunft einer Wirtschaftsauskunftei (zB KSV) oder einer Bank verwendet werden und solche Bonitätsauskünfte knüpfen bekanntlich typischerweise nicht primär an den Umsatz, sondern vielmehr an den Gewinn an.

226) Bonitätsprüfungen fußen auf Unternehmensbewertungen, diese fußen (nach alten Methoden auf dem Substanzwert oder nach neueren Methoden *lege artis*) auf dem Ertragswert, also

den kapitalisierten Jahresgewinnen (vgl *W. Doralt*, Steuerrecht 2008<sup>9</sup> [2008] Rn 633/634); auch *Kranebitter [Hrsg]*, Unternehmensbewertung für Praktiker, 67 stellt auf die Ertragssituation ab. Vgl auch *Brugger*, Übersicht über die Unternehmensbewertungsmethoden, *ecolex-Skript* 1998, 4.

227) OGH als KOG *Industriechemikalienfall* (FN 5).

228) OGH als KOG (FN 165) Pkt II.6.1-6.2.

229) OGH 26.6.2006, 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*.

230) EuG (FN 208) – Rn 49.

231) Vgl Geldbußenreduktion gegen das (nicht mit der Kommission kooperierende) Unternehmen *Conradty* wegen dessen geringer Unternehmensgröße in EuG 8.10.2008, T-68/04, 69/04 und 73/04 – *Kohlenstoff- und Graphitprodukte (carbon and graphite)* – jeweils Rn 12.

232) Der EuGH 29.6.2006, C-308/04 P – *SGL Carbon ua* – Rn 106 spricht ausdr von „Zunahme der Arbeitslosigkeit oder einer Beeinträchtigung der dem betreffenden Unternehmen vor- und nachgelagerten Wirtschaftssektoren.“

233) Kommission 11.3.2008 (Pressemitteilung IP/08/415) – *Belgische Umzugsdienste* – gewährte 70% Nachlass für *Interdean*. Das war übrigens – wie der Aufzugsfall – einer der wenigen Fälle, in denen die Kommission ein Kartell ohne Hilfe eines Kronzeugen aufdeckte.

234) Vgl bei FN 186.

gen *SGL Carbon AG* mehrere parallele Kartellstrafverfahren liefern (und darin bereits hohe Geldbußen verhängt worden waren und die Finanzlage des Unternehmens auch deshalb angespannt war).<sup>235)</sup> Die Kommission ist zu einer solchen Berücksichtigung aber nicht generell bei jedweder wirtschaftlichen Schwierigkeit verpflichtet,<sup>236)</sup> weil der EuGH eine Gewährung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile zugunsten von Unternehmen befürchtet, die an die Marktgegebenheiten am schlechtesten angepasst sind.<sup>237)</sup>

Insoweit weicht § 30 KartG, der die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend vorsieht, vom Gemeinschaftsrecht ab.

Unabhängig davon kann der Präsident des OLG Wien nachträglich für die Bezahlung der Geldbuße Raten gem § 32 KartG, § 9 Abs 1 GEG gewähren – so geschehen im *Grazer Fahrerschulkartell*.<sup>238)</sup>

## 10. Mitwirkung, Einsichtigkeit

Bei Kartellverstößen ist nach § 30 KartG als Zumessungskriterium die **Mitwirkung an der Aufklärung** (Nachtatverhalten, Geständnis) zu berücksichtigen. Bei Marktmissbrauch (ist übrigens nicht nur keine Kronzeugenregelung vorgesehen, sondern) scheint – erstaunlicherweise – laut Gesetzestext die Mitwirkung an der Aufklärung nicht als

Milderungsgrund auf. ME wäre wohl eine analoge Anwendung beim Marktmissbrauch angebracht.

Die Kronzeugenregelung (§ 11 Abs 3 WettbG) dient als *investigative Instrument*.<sup>239)</sup> Die in § 30 KartG genannte Mitwirkung an der Aufklärung hingegen dient der *Verfahrenseffizienz*. Letztere ist ein Milderungsgrund und zwar unabhängig<sup>240)</sup> von der Kronzeugenregelung, und zwar insoweit,<sup>241)</sup> als nicht ohnedies die BWB aufgrund der Kronzeugenregelung von einem Geldbußenantrag absieht oder diesen ausreichend betragsmäßig mindert (§ 11 Abs 3 vorletzter Satz WettbG, vgl § 36 Abs 2 letzter Satz KartG).

Als Milderungsgrund ist also die positive, konstruktive Mitwirkung des Unternehmens am Verfahren zu bewerten.<sup>242)</sup> Dabei sind – in Anlehnung an die Praxis von Kommission und EuG – je nach Grad der Mitwirkung ME schon 20%,<sup>243)</sup> 35%<sup>244)</sup> bis 40%<sup>245)</sup> Reduktion von der sonst zu verhängenden Geldbuße zu gewähren. Mehrere Verfahrensbeteiligte, die gleichermaßen zur Aufklärung beitragen, sind gleich zu behandeln,<sup>246)</sup> sonst ist wohl nach dem Aufklärungsbeitrag abzustufen.

Das Gericht entscheidet hier nach eigenem Ermessen unabhängig von den Abschlägen laut Punkt 3 oder 5 des BWB-Kronzeugen-Handbuchs (§ 11 Abs 4 WettbG), weil ja der BWB-Antrag nur die Obergrenze für die gerichtliche Zumessung bildet (§ 36 Abs 2 Satz 2 KartG).

235) Kommission 3.12.2003, 2004/420/EG C.38.359 – *SGL Carbon, Schunk, Le Carbone Lorraine (Kronzeuge Morgan Crucible)* wegen Kohlenstoff- und Graphitprodukten – Rn 360.

236) EuG 6.5.2009, R-127/04 – *KME Germany/Kommission* – Rz 122: „... die Kommission nicht verpflichtet ist, die schlechte Finanzlage der betroffenen Branche als mildernden Umstand zu berücksichtigen. Die Kommission muss nicht deshalb, weil sie in früheren Rechtssachen die wirtschaftliche Situation der Branche als mildernden Umstand berücksichtigt hat, diese Praxis unbedingt fortsetzen. Kartelle entstehen nämlich im Allgemeinen gerade dann, wenn eine Branche in Schwierigkeiten ist.“

237) Vgl verb Rs 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82 – *IAZ International Belgium u a/Kommission*, Slg 1983, 3369, Rz 54 und 55, und verb Rs C-1 89/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P *Dansk Rorindustri u a/Kommission*, Slg 2005, I-5425, Rz 327; C-308104 P *SGL Carbon AG/Kommission*, Slg 2006, I-5977, Rz 105.

238) Vgl OLG Wien als KG 13.2.2006, 25 Kt 30/05 – *5 Grazer Fahrerschulkartell* – unter Hinweis auch auf § 409a Abs 1 StPO. Am Kartell beteiligt waren *Powerdrive Andritz, Powerdrive Strassgang, Fahrerschule Koiner, Advantage und Clever*, vgl OLG Wien als KG 28.10.2005.

239) Zu diesem Aspekt vgl *Öhlberger*, Ein verlockendes Angebot?, *ÖBl* 2006, 100.

240) *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich, Rn 560 aE.

241) *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 210 vertreten zu Recht, dass das KG diesen Milderungsgrund auch dann anwenden kann, wenn die BWB infolge Kronzeugenregelung bereits eine geminderte Geldbuße beantragt hat. Ebenso *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht [2005], 56 und *Hoffer*, Kartellgesetz [2007], 251.

242) Dazu meint der EuGH 10.5.2007 C-328/05P – *SGL Carbon/Kommission* – Rn 88: “The Commission enjoys a wide discretion in assessing the quality and usefulness of the cooperation provided by an undertaking, in particular by reference to the contributions made by other undertakings.”

243) Nur 20 % Reduktion bei halbherziger Kooperation gewährte die Kommission (20.12.2006, COMP/F/39.234), bestätigt vom EuG 1.7.2009, T 24/07 – *ThyssenKrupp/Kommission* – Rz 313/314. Die Kommission gewährte etwa auch in der E 26.5.2004, COMP/C-3/37.980 *Souris – Topps Pokémon-Aufkleber* – Rn 189 für die umfassende Kooperation bei der Aufklärung des Falles nur 20 % Reduktion vom Grundbetrag.

244) 35% Reduktion für die Kooperation als „zweiter Kronzeuge“ mit Mehrwertinformationen im Fall Kommission FN 47, Rz 346.

245) Erst kürzlich gewährte das EuG 40 % (statt nur 30 %) Straf-Reduktion für ein mit der Behörde kooperierendes Unternehmen (EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB*).

246) EuG 30.4.2009, T-12/03 – *Itochu* und T-13/03 – *Nintendo* und T-18/03 – *CD Contact Data*.

Auch die Einstellung der Zuwiderhandlung sofort nach Eingreifen der Behörde kann – wie im Fall *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)* – ein Milderungsgrund sein<sup>247)</sup> oder – wie im Fall *HOA*<sup>248)</sup> und ähnlichen Fällen – sogar dazu führen, dass die BWB erst gar keinen Geldbußenantrag beim Kartellgericht stellt; das Gemeinschaftsrecht ist strenger.<sup>249)</sup>

Die Kommission wertete die anlassbezogene Einführung eines *Competition Compliance*-Programms („Befolungsprogramm“ zwecks Vermeidung weiterer Kartellrechtsverstöße) als Milderungsgrund,<sup>250)</sup> so auch die deutsche Kartellpraxis.<sup>251)</sup>

Mangelnde Mitwirkung hingegen ist kein Erschwerungsgrund, sondern im Verwaltungs-<sup>252)</sup> und Gerichtsverfahren die Folge der verfahrensrechtlichen **Beweislastverteilung** zu Lasten der Amtsparteien BWB und BKartA. Die Beweislast beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder seine

eigenen ihm dienlichen Behauptungen zu beweisen hat und – hier vor allem – auf der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK.<sup>253)</sup> (Allerdings reicht idR ein Indizienbeweis, weil Kartelle meist geheim und ohne ausgiebige Dokumentation praktiziert werden.<sup>254)</sup>)

Andererseits aber ist **Obstruktion** im Verfahren durchaus ein Erschwerungsgrund, so zB systematische Irreführung<sup>255)</sup> der Behörde, Verfahrensbehinderung durch Warnung eines Mitkartellanten.<sup>256)</sup> Das Gleiche gilt für Dokumentenvernichtung<sup>257)</sup> oder (wie im von der Kommission und vom EuG entschiedenen Fall *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft*) für Verschleierung.<sup>258)</sup> Der OGH stellte im *Industriechemikalienfall* aber auch klar, dass das bloße Fehlen offizieller Sitzungsniederschriften oder von Dokumente, also einer Dokumentation der Besprechungen oder Vereinbarungen unter den Kartellanten, für sich allein keinen Erschwerungsgrund bildet.<sup>259)</sup>

247) OLG Wien als KG 3.6.2004, 26 Kt 37, 76, 103, 104, 105/04-21 – bestätigt von OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 21/04 – *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)*. Die Kommission (26.5.2004, COMP/C-3/37.980 *Souris – Topps Pokémon-Aufkleber* – Rn 128) gewährte dafür weitere 20% Reduktion vom Grundbetrag.

248) Über Druck von BKAAnw und BWB (Brief 31.7.2006) widerrief die *Kammer der Architekten* die Honorarordnung Architekten (HOA) per 31.12.2006; ein Geldbußenantrag unterblieb, obwohl alle Kriterien eines Kartells bzw eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung iSd Art 81 EG erfüllt waren. Ähnlich bei den *Honorarleitlinien der Ziviltechniker*. Ähnlich auch im Fall der *Möbeltransportentgelte 2002 des Fachverbandes Spedition & Logistik*.

249) Das EuG entschied, dass die Beendigung einer vorsätzlich begangenen Zuwiderhandlung nicht als mildernder Umstand gewertet werden kann, wenn sie auf das Eingreifen der Kommission zurückzuführen ist; EuG 11. 3. 1999 – *Ensidesa/Kommission* – T 157/94, Rn 498; EuG 6.5.2009, R-127/04 – *KME Germany/Kommission* – Rz 119.

250) Nach stRsp, vgl EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB/Kommission* – Rn 423 ist die Kommission freilich nicht dazu verpflichtet: “The mere fact that in certain cases the Commission took the implementation of a competition law compliance programme into consideration as a mitigating factor does not mean that it is obliged to act in the same manner in any given case (Case T-224/00 *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v Commission* [2003] ECR II-2597, paragraph 280).” Gegen eine solche Berücksichtigung *Pampel*, BB 2007, 1636 [1638ff].

251) KG WuW/E OLG 4572; *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff*, Kartellrecht Band 2 (GWB), Rn 66 zu § 81.

252) Deshalb ist die BWB wohl beraten, den Parteien schon im Verwaltungsverfahren rechtliches Gehör zu gewähren, vgl *Brugger*, Kein rechtliches Gehör vor einem Geldbußenantrag der BWB –, *ecolex* 2008, 648.

253) OGH *Europay Bankomatvertrag* (FN 11); EuGH 8.7.1999, C-235/92 P – *Montecatini* – Rn 175f; EuGH 8.7.1999, C-199/92 P – *Hüls* – Rn 149f. Jüngst auch *Taurer*, Die Last mit der Beweislast im Kartellrecht, *OZK* 2008, 105.

254) EuG 8.7.2008, T-53/03 – *BPB* – Rn 63; EuGH C-204/00 P u a – *Aalborg Portland* Rn 36, 55–57.

255) ZB Straferhöhung 30% für *Henss/Isoplus* bei Kommission COMP 35691, IV/35.691/E-4 – *Preinsulated pipe cartel (Fernwärmetechnikkartell)* – Rn 179; Straferhöhung 10% für *Minoan Lines* bei Kommission 9.12.1998, COMP 34466; IV/34.466 – *Greek ferries* – Rn 161; Straferhöhung wegen Nichtkooperation 10% und weitere 10% wegen Fortsetzung nach Erhalt des Auskunftersuchens gegen *John Menzies* in Kommission 30.10.2002, COMP/35.587, *PO Video Games*, COMP/35.706 *PO Nintendo Distribution*, COMP/36.321 419 – Rn 412–420. Deutliche Erhöhung gegen *Advanced Fluid Connections* (statt einer Kronzeugenermäßigung) in Kommission 20.9.2006, COMP/F/38.121 – *Fittings* (straffrei blieb Kronzeuge *Muel-ler*).

256) Vgl zB 25% Erhöhung gegen *SGL Carbon* wegen Warnung vor Nachprüfungen der Kommission 18.7.2001 COMP/E-1/36.490 – *Graphite electrodes* – Rn 164 in der Fassung des EuG T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01 u T-252/01 – *Tokai Carbon and others* [2004] – Rn 310; EuGH 29.6.2006, C-308/04 P – *SGL Carbon va* – Rn 64ff.

257) Vgl zB 30% Erhöhung gegen *Sony* wegen Dokumentenvernichtung während einer Hausdurchsuchung und Auskunftsverweigerung in Kommission 20.11.2007, COMP/38.432, *Sony, Fujii, HitachiMaxell Professional Videotapes Video-Magnetbänder für den Fachbedarf*, Rn 227 (Zusammenfassung Rn 18). 10% Erhöhung gegen *Bischof + Klein* wegen Dokumentenvernichtung in Kommission 30.11.2005, COMP/38.354 – *Industrial Bags* – Rn 795.

258) Vgl das Fehlen jeglicher offiziellen Sitzungsniederschriften oder Dokumente als Versuch, das wahre Ausmaß der Absprachen zu verschleiern, Vorkehrungen gegen das Anfertigen von Notizen; Maßnahmen mit dem Ziel, die Zeitpunkte und die zeitliche Reihenfolge der Preiserhöhungsankündigungen so zu inszenieren, dass die Unternehmen behaupten können, einem Preisführer zu folgen usw im Fall EuG 14.5.1998, T-347/94 – *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft/Kommission* – Rn 257.

259) Vgl FN 5, Pkt II.5.

Ein Erschwerungsgrund ist zB auch Widerstand<sup>260)</sup> gegen eine Hausdurchsuchung.

Eine solche Straferhöhung steht aber durchaus im Spannungsverhältnis zur an sich gesondert vorgesehenen Bestrafung vieler solcher Widerstandsakte in § 29 Z. 2 KartG, wo aber dafür eine Höchstgrenze von (nur) 1% des Jahresumsatzes vorgesehen ist, die nicht (über den Umweg eines „Erschwerungsgrundes“) überschritten werden dürfte.<sup>261)</sup>

## 11. Sonstige Kriterien

Bei Bemessung der Geldbuße sind alle Strafbemessungskriterien und Faktoren heranzuziehen.<sup>262)</sup>

Da die Aufzählung des Gesetzes nicht taxativ ist, kann auch berücksichtigt werden (falls es nicht ohnedies schon bei Prüfung der Schuld geschieht), ob die Zuwiderhandlung sich auf eine behördliche Genehmigung wie im Fall *Telekom Austria TikTak-Tarif*<sup>263)</sup> stützen kann oder gar auf ein Gesetz wie im Fall der *Rinderbesamung*,<sup>264)</sup> wo die BWB aus diesem Grund von Geldbußenanträgen Abstand nahm. Die Kommission

gewährte zB in ähnlichen Konstellationen eine Strafreduktion.<sup>265)</sup>

---

260) Vgl zB 10 % Erhöhung gegen KWS wegen Widerstands gegen eine Hausdurchsuchung, Kommission 13.9.2006, COMP 38.456, COMP/F/38.456 – *Netherlands Bitumen* – Rn 19.

261) Darauf verweist zu Recht *Kienapfel*, European Commission: *Fine for Breaking a Seal*, OZK 2008, 114 [117 liSp] unter Verweis auf Art 23 Abs 1 VO 1/2003.

262) OGH als KOG 16 Ok 3/06 – *BWB/Multiplex/Constantin Filmverleih*. Die Kommission (Leitlinien, s FN 26, Rn 27 ff) hingegen wendet eine Gesamtperspektive (Milderungs- und Erschwerungsgründe) erst nach Ermittlung eines vom kartellierten Umsatz abgeleiteten Grundbetrages und eines Abschreckungszuschlages (*en-try fee*) an.

263) S FN 207. Zur behördlichen Duldung als Milderungsgrund s a OLG Frankfurt WuW/E OLG 4484, 4488.

264) Siehe: [http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/rinder-besamung\\_22022008.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/rinder-besamung_22022008.htm). Weil die Wettbewerbsbehinderungen zum Teil auch auf EU-widrige Landestierzuchtgesetze zurückzuführen sind (gegen die Vertragsverletzungsverfahren anhängig sind), hat die BWB von einzelnen Kartellverfahren bisher Abstand genommen.

265) Kommission 15.10.2008 Pressemitteilung IP/08/1509: „Die Geldbußen von *Dole* und *Weichert [DelMonte]* wurden in Anbetracht der besonderen Umstände des Falles, einschließlich des damaligen ordnungspolitischen Rahmens für den Bananenmarkt, um 60% herabgesetzt.“ Straffreier Kronzeuge war übrigens *Chiquita USA*.