

gelieferte Ware weiterverkaufen habe sollen, durch Vereinbarung und/oder abgestimmte Verhaltensweisen direkt und indirekt festgesetzt worden. Diese vertikalen Preisbindungen seien auch durch eine (indirekte) horizontale Absicherung diverser Wettbewerbsparameter ergänzt worden, indem jeweils im Bewusstsein gemeinsamen Handelns der betreffenden Handelsunternehmen im Zusammenhang mit den parallel auch von anderen Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels mit den Lieferanten der Produkte getroffenen vertikalen Vereinbarungen auch auf die Verkaufspreisstellung anderer Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels Einfluss genommen und die jeweilige Einhaltung der parallelen vertikalen Preisvereinbarungen überwacht worden sei.

Die Antragsgegnerinnen hätten starken Druck auf ihre Lieferanten ausgeübt, die zwischen ihnen und den Lieferanten vertikal abgestimmten Preise mittels weiterer bzw paralleler vertikaler Vereinbarungen im gesamten Einzelhandel durchzusetzen. Die Antragsgegnerinnen hätten von ihren Lieferanten erwartet, dass diese „stabilisierend“ auf die Verkaufspreise der anderen Händler einwirken, also ein Preispflegesystem umsetzen, damit die Preise der Antragsgegnerinnen nicht unterschritten würden.

Die Antragsgegnerinnen beantragten die Abweisung des Antrags. Sie brachten im Wesentlichen vor, die von der Antragstellerin vorgelegten Beweismittel belegen in Wahrheit ein mit dem Kartellrecht in Einklang stehendes Verhalten der Antragsgegnerinnen im Wettbewerb. Der Vorwurf eines Kartellrechtsverstoßes falle deshalb in sich zusammen, weil das Tatbestandselement einer Vereinbarung bzw abgestimmten Verhaltens überhaupt nicht gegeben sei. Dazu komme, dass die Antragstellerin mit diesem Verfahren den betroffenen Konzern „an den Pranger stelle“ und dabei weder die spezifischen Marktgegebenheiten, noch die Funktionsweise des österreichischen Lebensmitteleinzelhandels berücksichtige.

Das Erstgericht bejahte einen Kartellverstoß und verhängte eine Geldbuße in Höhe von EUR 3 Mio. Hiergegen richteten sich die Rekurse der Antragsgegnerinnen.

## Rechtsprechung aus Österreich

### 1 Zur Bemessung von Bußgeldern bei Kartellrechtsverstößen

AEUV Art. 101, KartG

**Für die Bemessung eines Bußgeldes kann es von entscheidender Bedeutung sein, ob es sich um einen Kartellrechtsverstoß handelt, der gemessen an den Kriterien Schwere (Kernverstoß), Dauer (zehn Jahre), Vorsatzgrad und Finanzkraft des betroffenen Konzerns jeweils als deutlich überdurchschnittlich anzusehen ist, und ob ein Verhalten auch noch nach Hinweisen auf dessen Rechtswidrigkeit durch den Österreichischen Verband der Markenartikelindustrie fortgesetzt wird. (Leitsatz der Redaktion)**

OGH 8.10.2015 – 16Ok2/15b (16Ok8/15k)

#### Zum Sachverhalt:

Die Antragstellerin begehrte die Verhängung einer angemessenen Geldbuße über die konzernverbundenen Antragsgegnerinnen wegen vertikaler Abstimmung der Endverkaufspreise (Kurant- und Aktionsverkaufspreise) mit Lieferanten sowie zusätzlicher horizontaler Absicherung dieser vertikal abgestimmten Endverkaufspreise unter anderem mittels Einflussnahme auf die Endverkaufspreise der Mitbewerber (insbesondere Unternehmen der R\*\*\*\*\* Gruppe) über ihre Lieferanten im Zeitraum Juli 2002 bis zumindest Oktober 2012 im Bereich der Molkereiprodukte und in Bezug auf 16 weitere Produktgruppen.

Zu den Absprachen im Bereich der Molkereiprodukte brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Antragsgegnerinnen konzernrechtlich verbundene Unternehmen seien, die sich an einer das gesamte österreichische Bundesgebiet betreffenden komplexen und fortgesetzten Zu widerhandlung gegen Art 101 AEUV bzw § 1 KartG beteiligt hätten. Im Rahmen dieser Zu widerhandlung seien im Zeitraum von Juli 2002 bis zumindest Oktober 2012 österreichweit unter anderem die Endverkaufspreise für Molkereiprodukte zwischen Lieferanten dieser Produkte und den Antragsgegnerinnen abgesprochen worden. Dabei seien insbesondere Fest und Mindestverkaufspreise, zu denen der betroffene Konzern die

#### Rechtliche Beurteilung:

[...]

#### 5.5. Vertikale Preisabsprachen

5.5.1. Vertikale Preisabsprachen sind zweifellos offenkundige Wettbewerbsbeschränkungen, weil sie ein hohes Potential negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, und zwar nicht zuletzt auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen auf Handelsebene (vgl zB Faull/Nikpay, The EU Law of Competition<sup>3</sup> [2014] Rz 3.188). Dem entspricht, dass auch vertikale Preisbindungen („Preisbindungen der zweiten Hand“) in Art 4 lit a) VO 330/2010 (Gruppenfreistellung für Vertikalvereinbarungen) als grundsätzlich unzulässige Kernbeschränkungen eingestuft werden (vgl Kuhn, Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art 101 AEUV, ZWeR 2014/2, 148).

5.5.2. Die Europäische Kommission legt in ihren Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABI 2010/C 130/01, ausführlich dar, in welcher Hinsicht vertikale Preisbindungen eine Gefahr für den funktionierenden Wettbewerb bewirken, und dass vertikale Verkaufspreisabsprachen auch auf indirektem Weg durchgesetzt werden können, zB über Abmachungen über Absatzspannen. Als sogar besonders schädlich im

Hinblick auf die Gefahr des erhöhten Preisniveaus auf Verbraucherebene beurteilt wurde auch die weitere Gefahr, dass wettbewerbsschädliche Wirkungen von vertikalen Preisbindungen auch in der Begünstigung von Kollusionsergebnissen zwischen Abnehmern, das heißt Unternehmen auf Handelsebene, bestehen (VLL Rz 224).

**5.5.3.** Vertikale Preisbindungen sind als Kernbeschränkung vom Rechtsvorteil der gruppenweisen Freistellung ausgeschlossen. Die mit den tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen (Vereinbarung, Beschluss, abgestimmtes Verhalten) verbundenen horizontalen oder vertikalen Preisregulierungen sind als „bezeichnende“ Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, sodass es auf weitere Umsetzungshandlungen und Marktauswirkungen nicht mehr ankommt (Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union [54. Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 179). Vereinbarungen, die Preisabsprachen enthalten, profitieren auch nicht von der Bagatell Bekanntmachung und sind somit stets spürbar (Stockenhuber aaO Art 101 AEUV Rz 179 aE mwN). Art 101 Abs 1 AEUV verbietet ausdrücklich die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Preisabsprachen verletzen demnach per se das Kartellverbot. Das Verbot ist weit auszulegen und betrifft jede Vereinbarung, die direkt oder indirekt geeignet ist, Preiswettbewerb zu behindern. Nicht notwendig ist es, dass ein Kartell tatsächlich funktioniert oder keinerlei Ausnahmen vorsieht (Schroeder in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union [54. Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 775).

## 5.6. Beweisanforderungen

**5.6.1.** Bei vertikalen Preisbestimmungsmaßnahmen ist kein höheres Beweisniveau zu verlangen als im Rahmen einer horizontalen Beziehung (EuGH C 260/09 P, Aktivision Blizzard/Kommission, Rz 71). Auch ein mittelbarer Beweis anhand von Indizien aufgrund der gesamten Umstände des Falls reicht aus, wenn diese vernünftigerweise allein den Schluss auf eine zugrundeliegende Vereinbarung der Beteiligten zulassen (Europäische Kommission 8. 7. 2009, COMP 39.401 E.ON/GDF Tz 187 ff).

**5.6.2.** Ein Nachweis über eine „Verpflichtung“ zur Umsetzung von Fest- bzw Mindestpreisen ist demgegenüber für einen Kartellverstoß nicht erforderlich; eine „Verpflichtung“ ist weder für den Nachweis einer kartellrechtlichen Vereinbarung noch einer diesbezüglichen Abstimmung konstitutiv. Vielmehr sind auch sogenannte Gentlemen-Agreements, bei denen kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Einklagbarkeit besteht, zumindest aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Auch etwaige innere Vorbehalte, die „Vereinbarung“ nicht, nicht konsequent oder nur abweichend zu beachten, sind hierbei ebensowenig relevant wie die Behauptung, es würde nur zum Schein oder aus Gründen der „Verhandlungstaktik“ so gehandelt (16 Ok 8/10; EuG T 67/01, JCB/Kommission, Rz 103, 107; vgl auch EuGH Rs 19/77 Rz 6f: „psychologische Bedeutung“; zu Gentlemen-Agreements auch Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht5 [2014] § 1 GWB Rz 83 ff).

## 5.7. Sonderformen von Vereinbarungen

**5.7.1.** Eine Vereinbarung kann nicht nur eine isolierte Handlung sein, sondern auch aus einer Reihe von Akten, einem kontinuierlichen Verhalten und einer Gesamtheit von Absprachen, Abstimmungen und Regeln bestehen, sofern

sie sich in einen Gesamtplan einfügen (EuGH 21. 9. 2006 RS C 105/04 P, Nederlandske Federatieve Vereeniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission Rz 110; Langen/Bunte, Kartellrecht I12, § 1 GWB Rz 75). Ein Gesamtplan muss nicht von Anfang an existiert haben, sondern kann auch erst im Laufe der Zeit ausgearbeitet worden sein (Kommission 16. 12. 2003, C.38.240, Industrierohe, Rz 182). In der Literatur angeführte Beispiele sind etwa die Gründung eines „Arbeitskreises“ von Wettbewerbern zur Koordination von Preisen oder anderen Geschäftsstrategien (Langen/Bunte aaO) oder der Austausch sensibler Geschäftsdaten (Langen/Bunte aaO mwN).

**5.7.2.** Auch nach deutschem Recht werden in diesem Fall die einzelnen Absprachen oder Abstimmungen durch die Grundvereinbarung zu einer „Bewertungseinheit“ zusammengefasst, sodass sämtliche Teilakte eine einheitliche Tat im prozessualen Sinn bilden (BGH 28. 6. 2005, KRB 2/05, Berliner Transportbeton I).

**5.7.3.** Eine besondere Form der Vereinbarungen sind so genannte Sternverträge („hub and spoke“), die nicht durch Vertrag zwischen den Beteiligten, sondern durch eine Mehrzahl von Vereinbarungen der Beteiligten mit einem identischen Partner abgeschlossen werden. Bei Sternverträgen ist nicht problematisch, ob überhaupt eine Vereinbarung getroffen wurde, denn zwischen dem Partner und den einzelnen Beteiligten wurden offensichtlich Vereinbarungen geschlossen. Fraglich ist vielmehr, ob durch das Bündel koordinierter Vertikalverträge eine (horizontale) Vereinbarung zwischen den Beteiligten bewirkt wurde (Langen/Bunte I12 § 1 GWB Rz 81 mwN).

**5.7.4.** Auch zum deutschen Recht ist anerkannt, dass bei Sternverträgen eine Vereinbarung zwischen den einzelnen Beteiligten gegeben sein kann. Für den praktisch relevanten Fall einer etwaigen horizontalen Vereinbarung aufgrund einer Vielzahl vertikaler Austauschverträge kann dies insbesondere dann anzunehmen sein, wenn entweder die Wirksamkeit des Einzelvertrags nach dem Willen der Beteiligten von den übrigen Verträgen abhängig ist, die parallelen Bindungen nach der Zielsetzung der Beteiligten also nur im Zusammenwirken sinnvoll sind, oder wenn sie auf horizontaler Abstimmung zwischen den gebundenen Unternehmen beruhen (Langen/Bunte I12 § 1 GWB Rz 82 mwN aus der Rsp). Der Hauptzweck der Vertikalverträge muss dabei nicht in der horizontalen Abstimmung liegen; es reicht bereits aus, wenn die Vertikalverträge so gestaltet sind, dass man das vertikale Vertragsverhältnis gar nicht eingehen kann, ohne einer horizontal wirkenden Abstimmung zuzustimmen (Langen/Bunte aaO Rz 82 aE). Auch zu Art 101 Abs 1 AEUV ist anerkannt, dass ein „Bündel“ vertikaler Vereinbarungen einen vertraglichen Rahmen schaffen kann, der eine horizontale Vereinbarung darstellt (Langen/Bunte I12 § 1 GWB Rz 83; EuGH 3. 7. 1985 243/83 Binon/AMP).

## 5.8. Zur angeblichen „Neuartigkeit“ des Verstoßes

**5.8.1.** \*\*\*\*\* versucht die festgestellten Verhaltensweisen als „neuartige Kategorie“ eines kartellrechtlichen Verstoßes darzustellen, die nicht unter Art 101 AEUV bzw § 1 KartG falle. Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr handelt es sich bei den festgestellten Verhaltensweisen um die Ausprägungsform einer komplexen Kernbeschränkung, die sich insofern von einer „klassischen“ Verkaufsabsprache unterscheidet, als hier die vertikalen Preisabstimmungen (unter anderem in Form der vereinbarten sogenannten „Margenneutralität“) durch ausgeprägte horizontale Ele-

mente der „Absicherung“ der vertikalen Vereinbarungen im Hinblick auf das horizontale Verhältnis zwischen Wettbewerbsunternehmen der Handelsebene in ihrer kartellrechtlichen Schädlichkeit noch verstärkt wurden.

5.8.2. Im Rahmen des vom betroffenen Konzern gepflogenen Gesamtsystems sollte sichergestellt werden, dass einerseits die Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis der Konzernunternehmen unverändert gleich bleibt, andererseits ein einheitliches Preisniveau bestehen bleibt; Verkaufspreise sollten harmonisiert, moderiert oder in sonstiger Weise beeinflusst werden. Zu diesem Zweck wurde den Lieferanten die Aufgabe der Preismoderation und Preisberuhigung übertragen (angefochtener Beschluss S 110 f). Dass solche Verhaltensweisen denselben wettbewerbsbeschränkenden Zweck wie „klassische“ Absprachen verfolgten, kann keinem Zweifel unterliegen.

5.8.3. „Neuartig“ daran ist lediglich das den Unwertgehalt deutlich erhöhende Element der „horizontalen Absicherung“ der vertikalen Absprachen auf Händlerebene durch ein System der Stabilisierung der Verkaufspreise und Erhöhung der Planungssicherheit durch Interventionen bei Lieferanten in Bezug auf Verkaufspreise anderer Handelsunternehmen (angefochtener Beschluss S 71).

5.8.4. An der Marktmacht des betroffenen Konzerns (im Sinne von Einkaufsmacht) gegenüber seinen Lieferanten besteht kein Zweifel. Entgegen der Auffassung im Rechtsmittel der Antragsgegnerinnen können in diesem Zusammenhang nicht dieselben Kriterien wie beim Tatbestand des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung verlangt werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass Lieferanten regelmäßig geringe Gewinnmargen haben und deshalb den Wegfall eines wesentlichen Absatzkanals (wie jenen des betroffenen Konzerns) nicht kompensieren können, ohne in finanzielle Schwierigkeiten zu geraten. Entgegen der Auffassung der Rekurswerberinnen hat das Kartellgericht ausdrücklich festgestellt, dass ein „Kräfteungleichgewicht“ zwischen den beteiligten Unternehmen besteht und der betroffene Konzern angesichts seiner hohen Marktanteile gegenüber den Lieferanten eine sehr starke Marktmacht besitzt (angefochtener Beschluss S 65 f). Auch insoweit geht der Rekurs daher nicht von den getroffenen Feststellungen aus.

5.8.5. Entgegen dem Rekursvorbringen der Antragsgegnerinnen hat das Erstgericht die Marktstruktur im Lebensmitteleinzelhandel und den wirtschaftlichen Zusammenhang der Absprachen ausführlich gewürdigt und dazu detaillierte Feststellungen getroffen (angefochtener Beschluss S 35 bis 39, 51 ff und 65 ff).

5.8.6. Der Verweis der Antragsgegnerinnen auf die Entscheidung des EuGH vom 11. 9. 2014, RS C 97/13p, Groupement des Cartes Bancaires/Kommission, geht ins Leere. Diese Entscheidung ist in völlig anderem Zusammenhang ergangen. Dort ging es um eine Vereinbarung, die den Kampf gegen „Trittbrettfahrer“ im Rahmen eines Systems zur Interoperabilität von Zahlungs- und Abhebungssystemen der Mitglieder dieses Systems betraf. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisbindungen wurde in dieser Entscheidung in keiner Weise thematisiert. [...]

## 5.10. Zur Spürbarkeit

5.10.1. Angesichts des Marktanteils des betroffenen Konzerns im Lebensmitteleinzelhandel und des festgestellten Umfangs der Absprachen, die sich im Regelfall von ein-

zelnen Ausnahmen abgesehen auf das gesamte Bundesgebiet bezogen, besteht kein Zweifel an der „Spürbarkeit“ der festgestellten Verhaltensweisen. Zutreffend hat das Kartellgericht erkannt, dass ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegt, wenn sich der Händler an einem objektiv auf Preismoderation gerichteten Informationsaustausch beteiligt oder sich gar gegenüber Lieferanten auf eine Vereinbarung in Bezug auf Preise bei anderen Handelsunternehmen beruft, weil dadurch einerseits das Preissetzungsverhalten der Lieferanten gegenüber den anderen Händlern (vertikal) beschränkt wird und sich andererseits der eine Händler gegenüber den anderen in seinem Preissetzungsverhalten mit der Folge eines abgestimmten Preises auf der Handelsstufe (horizontal) beschränkt (Röhling/Haus, Hub and spoke Kartelle im Handel, KSZ 01.2011, 32 [36]).

5.10.2. Zu Art 101 AEUV ist anerkannt, dass die zu beurteilende Maßnahme nicht isoliert zu betrachten ist. Der Effekt für den zwischenstaatlichen Handel kann sich aus dem Zusammenwirken der zu beurteilenden Maßnahme mit anderen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen oder Verhaltensabstimmungen des selben oder anderer Unternehmen ergeben. Solche Wirkungen sind bei der Feststellung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu berücksichtigen (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 202). Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang formuliert, dass die Wirkungen in dem Rahmen zu betrachten sind, in dem sie auftreten, dass heißt in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang, in dem die Verträge, Beschlüsse oder Verhaltensweisen stehen und zusammen mit den anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können (EuGH 12. 12. 1967 Rs 23/67, De Haecht/Janssen, ähnlich EuGH 11. 12. 1980, Rs 31/80, L'Oréal Rz 19).

5.10.3. Eine derartige Gesamtbetrachtung spielt insbesondere bei ganzen Märkten umfassenden Vertragssystemen eine Rolle. In Fällen dieser Art würde eine isolierende Betrachtungsweise, die nur auf den konkreten wettbewerbsbeschränkenden Vertrag abstellt, nicht dem Umstand gerecht, dass die Auswirkungen dieses Vertrags durch das Zusammenspiel mit anderen gleichartigen Verträgen verstärkt werden können. Diese „Bündeltheorie“ ist auch bei der Feststellung der Spürbarkeit der Handelsbeeinträchtigung relevant (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 202 und 208). In diesem Sinne kann die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auch deshalb spürbar sein, weil ein Vertrag Teil eines umfassenden Vertragssystems ist, das in seiner Gesamtheit geeignet ist, den Binnenmarkt spürbar zu beeinträchtigen (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 208).

## 5.11. Zur Zurechnung

5.11.1. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann einer Muttergesellschaft das kartellrechtswidrige Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Mutter befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen den beiden Rechtsobjekten. In einem solchen Fall sind die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft Teile derselben wirtschaftlichen Einheit und bilden somit ein Un-

ternehmen iSd Art 101 AEUV, weshalb auch der Muttergesellschaft eine Geldbuße auferlegt werden kann, ohne dass ihre persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachzuweisen ist. Hält die Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft, die einen Verstoß gegen das Kartellverbot begangen hat, besteht die widerlegbare Vermutung, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt; in diesem Fall obliegt es der Muttergesellschaft, diese Vermutung zu widerlegen, also unter Beweis zu stellen, dass ihre Tochtergesellschaft auf dem Markt eigenständig auftritt (EuGH, C-97/08 P, Akzo Nobel ua/Kommission, Slg 2009, I-8237, Rn 60 f; EuGH 20. 1. 2011, C 90/09 P, General Química SA mwN; dazu krit Koppensteiner, Compliance und Kartellrecht, GES 2013, 432).

5.11.2. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ist nicht zu beanstanden, wenn das Erstgericht davon ausging, dass die Erst-, Dritt und Siebentantragsgegnerin für das Fehlverhalten der Viertertantragsgegnerin als ihre Tochter-, Enkel bzw Urenkelgesellschaft einzustehen habe. Dass die Viertertantragsgegnerin auf dem Markt eigenständig auftrete, haben die Antragsgegnerinnen gar nicht behauptet. Zutreffend verweist das Erstgericht auch darauf, dass eine solche Annahme angesichts der festgestellten weitgehenden Personenidentität in der Unternehmensleitung lebensfremd wäre.

5.11.3. Die Entscheidung 16 Ok 5/08 betrifft die Zusammenrechnungsregel des § 2a KartG 1988 (nunmehr § 22 KartG 2005), behandelt jedoch die hier relevante Frage der Passivlegitimation von Muttergesellschaften nicht.

## 5.12. Verjährung

5.12.1. Zutreffend gelangte das Erstgericht zu dem Ergebnis, dass die Kartellrechtsverstöße der Antragsgegnerinnen nicht verjährt sind. Gemäß § 33 KartG darf eine Geldbuße nur verhängt werden, wenn der Antrag binnen fünf Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung gestellt wurde. Damit differenziert § 33 KartG im Gegensatz zur unionsrechtlichen VO 1/2003 nicht zwischen einmaligen, dauernden und fortgesetzten Zuwiderhandlungen bzw Zustands- und Dauerdelikten. Nach dem Gesetzeswortlaut muss das Verhalten insgesamt beendet sein, um den Beginn der Verjährungsfrist auszulösen (Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 33 Rz 6).

5.12.2. Bei Dauerdelikten ist zwischen dauernden und fortgesetzten Zuwiderhandlungen zu unterscheiden. Eine dauernde Zuwiderhandlung besteht aus einer andauernden Handlung, eine fortgesetzte aus mehreren Handlungen, die jede für sich die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen. Somit handelt es sich bei einer dauernden Zuwiderhandlung um ein abgrenzbares rechtswidriges Verhalten, das ohne Unterbrechung über einen längeren Zeitraum gesetzt wird. Eine fortgesetzte Zuwiderhandlung liegt demgegenüber immer dann vor, wenn eine zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasste Vielzahl rechtswidriger aufeinander folgender Verhaltensweisen oder mehrere abgrenzbare Handlungen, die auf die Durchführung einer einzigen Zuwiderhandlung gerichtet sind, erfolgen (Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 33 Rz 7 f mwN).

5.12.3. Nach der Definition des Europäischen Gerichtshofs umfasst der Begriff der fortgesetzten Zuwiderhandlung eine Mehrzahl von rechtswidrigen Verhaltensweisen

oder von Handlungen zur Durchführung einer einzigen Zuwiderhandlung, die durch ein gemeinsames subjektives Element zu einer Einheit verbunden sind (EuGH 8. 7. 1999, C 235/92 P Montecatini/Kommission).

5.12.4. Der Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung erfasst eine Situation, in der mehrere Unternehmen an einer Zuwiderhandlung beteiligt waren, die aus einem kontinuierlichen Verhalten bestand, mit dem ein einziges wirtschaftliches Ziel verfolgt wurde, nämlich die Verfälschung des Wettbewerbs, oder an einzelnen Zuwiderhandlungen, die miteinander durch eine Übereinstimmung des Zwecks (dieselbe Zielsetzung sämtlicher Bestandteile) und der Personen (Übereinstimmung der beteiligten Unternehmen, die sich der Beteiligung am gemeinsamen Zweck bewusst waren) verbunden waren (EuG 6. 2. 2014, T 27/10 AC-Treuhand/Kommission, Rz 238).

5.12.5. Ein Verstoß gegen Art 101 AEUV kann sich nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder einem kontinuierlichen Verhalten ergeben. Bei der Einstufung unterschiedlicher Handlungen als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung ist zu prüfen, ob zwischen ihnen insoweit ein Komplementaritätsverhältnis besteht, als jede von ihnen eine oder mehrere Folgen des normalen Wettbewerbs beseitigen soll und durch Interaktion zur Verwirklichung sämtlicher wettbewerbswidriger Wirkungen beiträgt, die ihre Urheber im Rahmen eines auf eine einheitliche Zielsetzung gerichteten Gesamtplans anstreben. Insoweit sind alle Umstände zu berücksichtigen, die dieses Verhältnis belegen oder in Frage stellen können, wie der Anwendungszeitraum, der Inhalt (einschließlich der verwendeten Methoden) und im Zusammenhang damit die Zielsetzung der verschiedenen fraglichen Handlungen (EuG 6. 2. 2014, T 27/10).

5.12.6. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass dann, wenn die Rechtsverletzung in Vertragsbestimmungen begründet ist, der Verstoß nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern für die Dauer des aufrechten Vertrags besteht (16 Ok 4/07; vgl auch Bauer/Müller, Verjährung im Kartellrecht, OZK 2009, 23). Bei fortgesetzten Delikten, also solchen Verstößen, die aus mehreren Teilhandlungen bestehen, die in ihrer Begehungsweise gleichartig sind, in einem nahen zeitlichen Zusammenhang stehen und von einem Gesamtversatz getragen sind, beginnt die Verjährungsfrist erst mit Beendigung des letzten Teilakts zu laufen (Bauer/Müller, Verjährung im Kartellrecht, OZK 2009, 23 [26]; vgl auch Maritzén, Die einheitliche und fort dauernde Zuwiderhandlung – ein kartellrechtliches Oxymoron?, OZK 2010, 92).

5.12.7. Nach den Feststellungen des Erstgerichts lag im vorliegenden Fall eine fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht vor, beruhten doch alle Einzelverstöße auf einem einheitlichen Gesamtplan und Gesamtsystem. Da die Zuwiderhandlungen weniger als fünf Jahre vor Einbringung des Geldbußenantrags beendet waren, ist der Verjährungseinwand nicht berechtigt. Auf die strafrechtliche Rechtsprechung zum fortgesetzten Delikt (vgl 13 Os 1/07g) kommt es aufgrund der besonderen Rechtsgrundlagen im Kartellrecht nicht weiter an.

5.12.8. Entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerinnen ist die dreijährige Verjährungsfrist des § 143c KartG 1988 im vorliegenden Fall nicht anzuwenden, weil ein Delikt vorliegt, das über den Wirksamkeitsbeginn des Kartellgesetzes 2005 hinaus fortgesetzt wurde. Im Übri-

gen wurde der Geldbußenantrag bereits am 28. 11. 2013 und damit innerhalb von weniger als drei Jahren nach Beendigung des kartellrechtswidrigen Verhaltens eingebracht.

## 6. Zur Höhe der Geldbuße

### 6.1. Rekurslegitimation und Beschwer

6.1.1. Vorweg ist festzuhalten, dass entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerinnen dem Bundeskartellanwalt im vorliegenden Verfahren Rekurslegitimation zu kommt. Der Bundeskartellanwalt ist als Treuhänder der von ihm gesetzlich wahrzunehmenden Interessen (§ 75 Abs 1 KartG) anzusehen (16 Ok 1/08; 16 Ok 13/04). Als Amtspartei ist der Bundeskartellanwalt der Bundeswettbewerbsbehörde aus verfahrensrechtlicher Sicht gleichgestellt (Hoffer, KartG 328 mwN; vgl auch E. Solé, Das Verfahren in Kartellsachen Rz 68 ff) und hat wie diese die Möglichkeit, alle nach dem Kartellgesetz vorgesehenen Anträge einzubringen sowie jederzeit auch in Verfahren, in denen er nicht Antragsteller ist, als Partei aufzutreten und Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Kartellgerichts zu erheben (Reidlänger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht<sup>3</sup>, 304 mwN).

6.1.2. Der Bundeskartellanwalt hat sich am vorliegenden Verfahren wenn auch nicht durch eigene Antragstellung beteiligt. Rekurslegitimation käme ihm aber sogar dann zu, wenn er sich am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt hätte (16 Ok 6/10; E. Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 282).

6.1.3. Auch die Beschwer als besondere Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses für die Anrufung einer höheren Instanz (vgl 16 Ok 1/07) ist im vorliegenden Fall gegeben. Bei Anträgen auf Verhängung einer Geldbuße wird im Allgemeinen außerhalb des Falls des § 36 Abs 2 KartG keine bestimmte Geldbuße beantragt. Es reicht grundsätzlich aus, wenn die Amtsparteien die Verhängung einer „angemessenen“ Geldbuße beantragen; die Anführung einer bestimmten beantragten Strafhöhe ist nicht erforderlich (16 Ok 8/07). Daran hat auch das KaWeRÄG 2012 nichts geändert (ErläutRV KaWeRÄG 2012 1804 BlgNR 22. GP 9).

6.1.4. Dies entspricht auch der Rechtslage in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Strafverfahren (vgl § 255 Abs 1 Satz 2 StPO, dazu Danek in WK-StPO § 255 Rz 6) und im Exekutionsverfahren (vgl schon 3 Ob 92/81 SZ 54/115; Klicka in Angst, EO<sup>2</sup> § 355 Rz 11a). Auch die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs, wonach bei einer Anklage gegen einen Landeshauptmann ein Antrag der Bundesregierung auf bloße Feststellung der Gesetzesverletzung nicht zulässig ist, sondern ein derartiger Auspruch nur angeregt werden kann (VfGH E 1/84 VfSlg 10.314; vgl auch VfGH E 2/84 VfSlg 10.510), beruht auf der Erwägung, dass die Sanktionsbemessung von Amts wegen und weitgehend unabhängig von Anträgen der Parteien erfolgen soll.

6.1.5. Daraus kann aber entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerinnen nicht abgeleitet werden, dass der Antragstellerin oder dem Bundeskartellanwalt keine Möglichkeit zukäme, die Höhe der vom Erstgericht verhängten Geldbuße zu bekämpfen. Vielmehr genügt immer dann, wenn kein konkreter Antrag gestellt wird, für das Vorliegen des entsprechenden Rechtsschutzinteresses zur Erhebung eines Rechtsmittels das Vorliegen materieller Beschwer (dazu Kodek in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 45 Rz 50).

6.1.6. Dabei erfordert das Kriterium der materiellen Beschwer nicht einen Eingriff in die eigene individuelle Rechtsposition einer Verfahrenspartei; es genügt, dass dieser Eingriff von der betreffenden Partei wahrzunehmende öffentliche Interessen betrifft. Dass die Höhe einer im kartellgerichtlichen Verfahren zu verhängenden Geldbuße von den Amtsparteien wahrzunehmende Interessen (§ 75 Abs 1 KartG) betrifft, kann keinem Zweifel unterliegen.

### 6.2. Bemessungsfaktoren

6.2.1. Gemäß § 29 Z 1 lit a und d KartG ist bei einem vorätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 1 KartG bzw gegen Art 101 AEUV eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes zu verhängen. Gesamtumsatz ist der weltweite Umsatz des jeweils am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmers, wobei die Berechnungsbestimmung des § 22 KartG heranzuziehen ist. Für die Bemessungsgrundlage sind demnach nicht nur die Umsätze des unmittelbar an der Zu widerhandlung beteiligten Unternehmers heranzuziehen, sondern auch die Umsätze derjenigen Unternehmer, an der der unmittelbar beteiligte Unternehmer eine Beteiligung inne hat. Aufgrund der Bestimmung über die Berechnung von Umsatzerlösen in § 22 KartG gelten Unternehmen, die iSd § 7 KartG verbunden sind, als ein einziges Unternehmen, dessen Gesamtumsatz heranzuziehen ist (Petsche/Tautscher in Petsche/Urslesberger/Vartian, KartG § 29 Rz 13).

6.2.2. Bei der Bemessung der Geldbuße ist gemäß § 30 Abs 1 KartG insbesondere auf die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, auf den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen.

6.2.3. Ein Erschwerungsgrund ist es gemäß § 30 Abs 2 KartG insbesondere, wenn

1. das Kartellgericht gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung schon wegen einer gleichartigen oder ähnlichen Zu widerhandlung eine Geldbuße verhängt oder eine solche Zu widerhandlung festgestellt hat oder

2. der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung als Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung oder einer solchen Rechtsverletzung führend beteiligt gewesen ist.

6.2.3. Ein Milderungsgrund ist es gemäß § 30 Abs 3 KartG insbesondere, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung

1. an einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung nur in untergeordneter Weise beteiligt war;

2. die Rechtsverletzung aus eigenem beendet hat oder

3. wesentlich zur Aufklärung der Rechtsverletzung beige tragen hat.

### 6.3. Präventionszweck

6.3.1. Der Geldbuße kommt nach dem Willen des Gesetzgebers Präventionsfunktion zu (ErläutRV 1005 BlgNr 21. GP 32; vgl 16 Ok 3/06; zur Höhe der Geldbuße auch Rosbaud, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang lebe das „Kartellstrafrecht“! Zur Rechtsnatur der Geldbußen nach § 142 Z 1 KartG idF KartG Novelle 2002, JBl 2003, 907). Nur eine angemessen hohe Geldbuße kann abschreckende Wirkung erzielen (16 Ok 4/07; 16 Ok 5/08 mwN; 16 Ok

4/09). Auch die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abl C 210 vom 1. 9. 2006 (LL Geldbußen), weisen darauf hin, dass Geldbußen eine ausreichend abschreckende Wirkung zu entfalten haben (Einleitung Z 7; Rz 30, 37). Der Zweck der Geldbußen besteht nämlich darin, unerlaubte Verhaltensweisen zu ahnden sowie der Wiederholung unabhängig davon vorzubeugen, ob das Verhalten noch andauert oder dessen Wirkungen noch bestehen (16 Ok 4/07).

6.3.2. Eine Kartellstrafe kann nur dann abschreckend wirken, wenn die Höhe und Wahrscheinlichkeit der Strafen zu erwartenden Kartellgewinn übersteigt (LL Geldbußen Rz 31). Zutreffend wird daher in der Literatur ausgeführt, die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell rechtlichen Wettbewerbsverstoß sei der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zu widerhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist (Bechthold/Bosch/Brinker, EU Kartellrecht<sup>3</sup> [2014], VO I/2003 Art 23 Rz 30; 16 Ok 5/08).

#### 6.4. Ermessensentscheidung

6.4.1. Die Festsetzung einer kartellrechtlichen Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den nicht taxativ aufgezählten gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zu widerhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich dabei um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller Umstände und nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf Grundlage etwa des Gesamtumsatzes (16 Ok 3/06; 16 Ok 4/07; 16 Ok 8/07 SZ 2008/5; 16 Ok 5/08; 16 Ok 4/09; 16 Ok 2/13).

6.4.2. Die Kontrolle der Höhe einer Geldbuße im Rechtsmittelverfahren richtet sich danach, inwieweit das Kartellgericht bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind (16 Ok 5/10; 16 Ok 4/09; 16 Ok 5/08; 16 Ok 4/07).

#### 6.5. Zu den Leitlinien der Kommission

6.5.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass das Geldbußensystem des Unionsrechts (Art 23 VO 1/2003) mit jenem des nationalen Rechts nicht deckungsgleich ist. Die LL Geldbußen (dazu etwa Reidlinger, Verfolgung und Sanktionierung von Kartellverstößen durch die Europäische Kommission Update 2006, in Schick/Hilf, Kartellstrafrecht [2007] 124 ff) können deshalb im Verfahren über eine nach österreichischem Recht zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrundeliegenden Wertungen vergleichbar sind (16 Ok 4/09 Industriechemikalien = ecolex 2009, 507 [Brugger] = ÖZK 2009, 151 [Polster/Zellhofer]).

6.5.2. Eine sinngemäße Anwendung der LL Geldbußen ist lediglich insofern unbedenklich, als sich das Kartellgericht an der europäischen Geldbußenpraxis orientiert, ohne dabei jedoch das eigenständige inländische Sanktionensystem zu missachten und eigene Überlegungen zu vernachlässigen (16 Ok 4/07 Europay; 16 Ok 5/08 Aufzugskartell OZK 2008, 224 [Lukaschek] = ÖBl 2009/25 [Hoffer/Innerhofer]).

6.5.3. Ein wichtiger Unterschied betrifft die Frage, welcher Umsatz als Basis für die Ermittlung der Höhe der

Geldbuße heranzuziehen ist. Nach der Rechtsprechung ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut auf den Gesamtumsatz im letzten Jahr des Zu widerhandelns abzustellen (16 Ok 4/09 Industriechemikalien). Die in § 29 KartG vorgesehene Obergrenze ist nicht bloß „Kappungsgrenze“, sondern bildet den Strafraum, innerhalb dessen sich das Kartellgericht bei der Bemessung der Geldbuße zu orientieren hat (ebenso zum deutschen Recht BGH 26. 2. 2013, KRB 20/12). Demgegenüber ist nach den LL Geldbußen auf den tatbezogenen Umsatz abzustellen; ein bestimmter Prozentsatz (idR maximal 30 %) dieses Betrags bildet dann den je nach Erschwerungs und Milderungsgründen zu erhöhenden oder verringerten Grundbetrag der Geldbuße (LL Geldbußen Rz 12 ff). Dazu hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass diese Vorgangsweise nach österreichischem Recht nicht in Betracht kommt, weil dadurch die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht ausreichend berücksichtigt würde (16 Ok 4/09; 16 Ok 5/08).

6.5.4. Die LL Geldbußen, wonach zur Bestimmung des Grundbetrags je nach Schwere des Verstoßes ein bestimmter Anteil am Umsatz des betroffenen Geschäftszweigs (bis zu 30 %) berechnet und mit der Anzahl der Jahre der Zu widerhandlung multipliziert wird, sind daher für das Kartellgericht nicht bindend (16 Ok 2/13). Aus diesem Grund ist auch eine detaillierte Ermittlung von „tatbezogenen“ Umsätzen nicht erforderlich.

#### 6.6. Zur Bedeutung der Settlement Verfahren

6.6.1. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts kann hier die Höhe der Geldbuße nicht gleichsam mechanisch aus der gegen einen Mitbewerber des betroffenen Konzerns im Zuge eines abgeschlossenen Settlement Verfahrens festgesetzten Geldbuße abgeleitet werden. Abgesehen davon, dass in diesem Fall die Bundeswettbewerbsbehörde gemäß § 36 Abs 2 KartG eine Geldbuße in bestimmter Höhe beantragt hatte, über die das Kartellgericht nicht hinausgehen konnte, weshalb dieser Entscheidung von vornherein nur geringe Aussagekraft zukommt, unterlagen die in Settlement Verfahren im Lebensmitteleinzelhandel verhängten Geldbußen keiner Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof. Auch sind Settlement Verfahren in der Praxis vielfach dadurch gekennzeichnet, dass die Bundeswettbewerbsbehörde den betreffenden Unternehmen auf zweifache Weise, nämlich bei der Umschreibung des zugestandenen Sachverhalts und bei der Höhe der Geldbuße, entgegenkommt, was im Schrifttum auch auf Kritik gestoßen ist (vgl G. Kodek, Absprachen im Kartellverfahren, ÖJZ 2014, 443, 444).

6.6.2. Weiters ist zu beachten, dass die gegen den Mitbewerber im Settlement Verfahren verhängte Geldbuße in Höhe von 20,8 Mio EUR 20 Produktgruppen betroffen hat, wobei nicht beurteilt werden kann, in welchem Ausmaß Molkereiprodukte in die dort verhängte Gesamtbuße eingeflossen sind. Auch aus diesem Grund ist das Ergebnis dieses Settlement-Verfahrens für die Höhe der hier festzusetzenden Geldbuße nicht maßgeblich.

#### 6.7. Höhen bisher verhängter Geldbußen

6.7.1. Im Fall bargeldloser Zahlungssysteme (16 Ok 4/07) wurde eine Geldbuße in Höhe von 7,7 % des Umsatzes für ein Absichtskartell kombiniert mit Marktmisbrauch verhängt; beim Industriechemikalienkartell (16 Ok 4/09) betrug die Geldbuße rund 10 % des betroffenen Regionalumsatzes, beim Aufzugskartell (16 Ok 5/08) rund 30 %

des Inland Umsatzes (vgl Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, ÖZK 2009, 172 [178]). Für einen sogar relativ kurzzeitigen Verstoß im vertikalen Bereich wurden 2,2 % des Gesamtumsatzes verhängt (16 Ok 3/06).

## 6.8. Zusammenfassende Würdigung

6.8.1. Schon das Kartellgericht hat zutreffend ausgesprochen, dass das Verhalten der Antragsgegnerinnen im Verfahren keinen Erschwerungsgrund bildet, hat sich dieses doch auf die zulässige Rechtsverteidigung beschränkt. Neutral wirkt sich auch der sehr weit gehende Versiegelungsantrag der Antragsgegnerinnen aus, über den noch nicht entschieden wurde, da derzeit nicht beurteilt werden kann, ob dieser Rechtsbehelf grundlos und mutwillig ergriffen worden ist.

6.8.2. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Kartellrechtsverstoß, der gemessen an den Kriterien Schwere (Kernverstoß), Dauer (zehn Jahre), Vorsatzgrad und Finanzkraft des betroffenen Konzerns jeweils als deutlich überdurchschnittlich anzusehen ist. Die Antragsgegnerinnen haben ihr Verhalten zudem auch noch nach Hinweisen auf dessen Rechtswidrigkeit durch den Österreichischen Verband der Markenartikelindustrie fortgesetzt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich das festgestellte Verhalten der Antragsgegnerinnen nur auf einen kleinen Teil der von ihnen angebotenen Produkte bezog.

6.8.3. Die Antragsgegnerinnen gestanden selbst einen konsolidierten Konzernumsatz für das Jahr 2013 in Höhe von 8,67 Mrd EUR zu, wovon über 400 Mio EUR Molkereibprodukte betreffen (S 21 in ON 70). Damit beträgt die vom Erstgericht verhängte Geldbuße lediglich 0,0346 % des Gesamtumsatzes oder umgerechnet auf jedes einzelne Jahr der Zuwiderhandlung sogar nur 0,00346 % des Gesamtumsatzes. Die Festsetzung einer Geldbuße von 3 Mio EUR wäre nach dem zuvor zur abschreckenden Wirkung Gesagten (Punkt 6.3.2.) nur dann angemessen, wenn man davon ausgehen kann, dass der potentielle Nutzen des festgestellten Kartellverstoßes in jedem Jahr des Verstoßes unter 300.000 EUR, in 10 Jahre sohin unter 3 Mio EUR, lag. Dass dies völlig lebensfremd ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Bei einem Abstellen auf die bei Molkereiprodukten erzielten Umsätze entspricht die verhängte Geldbuße einer Gesamtbelaistung von 0,7 % bzw gar nur 0,07 % bei jährlicher Betrachtung.

6.8.4. Zusammenfassend erscheint daher eine Geldbuße von 30 Mio EUR angemessen, was etwa 3,5 % der gesetzlich möglichen Obergrenze von 867 Mio EUR entspricht.

### Anmerkung von RA Dr. Georg Huber, LL.M, Greiter Pegger Kofler & Partner, Innsbruck, [www.lawfirm.at](http://www.lawfirm.at):

Die Entscheidung des OGH, 16 Ok 2/5k in Sachen Spar ist mit Spannung erwartet worden, hatte sich doch der Spar-Konzern im Vorfeld heftige mediale Gefechte mit der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) geliefert und im Gegensatz zu den ebenfalls involvierten Mitbewerbern erklärt, ein Settlement abzulehnen. Statt dessen strebte Spar eine gerichtliche Klärung der Vorwürfe an.

Zur Vorgeschichte: Die BWB hat seit dem Jahr 2011 zahlreiche Hausdurchsuchungen durchgeführt, unter anderem auch im Lebensmitteleinzelhandel (siehe dazu ZVertriebsR 2015, 151 ff). Im Wesentlichen ging es dabei im

LEH immer um vertikale Vertriebsvereinbarungen (Sternkartelle, hub & spoke), die Auswirkungen auf der horizontalen Ebene mit sich brachten.

Bis auf Spar haben sich alle betroffenen Unternehmen des LEH im Wege eines Settlements mit der BWB geeinigt. Die höchste Geldbuße fasste dabei der Rewe-Konzern aus, dem insgesamt, sohin für alle von kartellrechtswidrigen Ansprüchen betroffenen Produktgruppen, eine Geldbuße in Höhe von EUR 20,8 Millionen auferlegt wurde (OLG Wien als Kartellgericht, 25 Kt 29/30).

Die BWB beantragte gegen Spar – ohne vorheriges Settlement – die Verhängung einer Geldbuße beim OLG Wien als Kartellgericht wegen vertikaler Abstimmung der Endverkaufspreise (Kurant- und Aktionsverkaufspreise) mit Lieferanten sowie zusätzlicher horizontaler Absicherung dieser vertikal abgestimmten Endverkaufspreise unter anderem mittels Einflussnahme auf die Endverkaufspreise der Mitbewerber über ihre Lieferanten im Zeitraum Juli 2002 bis zummindest Oktober 2012 im Bereich der Molkereibprodukte. Betroffen sind noch 16 weitere Produktgruppen, wie zB Mehl oder Bier, die nicht Gegenstand dieses Antrages waren.

Spar habe im Sinne eines „Gesamtplans“ sicherstellen wollen, dass einerseits die Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis für Spar unverändert gleich („Margenneutralität“) und andererseits ein einheitliches Preisniveau auf Ebene des Einzelhandels bestehen bleibt. Endverkaufspreise sollten harmonisiert, moderiert oder in sonstiger Weise beeinflusst werden. Zu diesem Zweck wurde den Lieferanten die Aufgabe der Preismoderation und Preisberuhigung übertragen. Die Einhaltung einheitlicher Preise wurde von Spar kontrolliert und notfalls wurde beim Lieferanten zur Erzielung des einheitlichen Preisniveaus auch interveniert.

Zu diesem Zweck verlangten die Spar-Einkäufer von ihren Lieferanten, dass diese „empfohlene Verkaufspreise“ als Richtpreise festsetzen und diese auch den Wettbewerbern des Konzerns mitteilten. Auf diese Weise sollte erreicht werden, dass auch die Wettbewerber entsprechende Verkaufspreiserhöhungen für diebetroffenen Produkte vornehmen. Zum Nachweis der Umsetzung hatten die Lieferanten dem Konzern jeweils Preisspiegel bzw. Kassabons der Wettbewerber zu übermitteln. Diese Forderung wurde von den Lieferanten befolgt. Sie erwirkten dadurch regelmäßig, wenn auch nicht in allen Fällen, eine entsprechende Verkaufspreisanpassung auch bei den Wettbewerbern des Spar-Konzerns.

Für den OGH bestand kein Zweifel, dass dieses Vorgehen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 101 AEUV und des § 1 öKartG darstellte. Es handle sich um die Ausprägungsform einer komplexen Kernbeschränkung, die sich insofern von einer „klassischen“ Verkaufsabsprache unterscheidet, als die vertikalen Preisabstimmungen durch ausgeprägte horizontale Elemente der „Absicherung“ der vertikalen Vereinbarungen in ihrer kartellrechtlichen Schädlichkeit noch verstärkt wurden.

Der Spar-Konzern wandte dagegen ein, dass es sich bei diesen Verhaltensweisen um eine neuartige Kategorie von Kartellverstößen handele, die nicht in den Anwendungsbereich des Art 101 AEUV bzw. § 1 öKartG falle. Diesem Argument folgte der OGH nicht. Neuartig“ daran sei lediglich das den Unwertgehalt deutlich erhöhende Element der „horizontalen Absicherung“ der vertikalen Absprachen auf Händlerebene durch ein System der Stabilisierung der

Verkaufspreise und Erhöhung der Planungssicherheit durch Interventionen bei Lieferanten in Bezug auf Verkaufspreise anderer Handelsunternehmen.

Der OGH hatte auch keinen Zweifel an der Marktmacht des Spar-Konzerns. Der österreichische Lebensmitteleinzelhandel ist nach den Feststellungen der Erstgerichtes durch eine hohe Konzentration geprägt, wobei der Rewe-Konzern über ca. 35% und der Sparkonzern über ca. 30% Marktanteile verfügten. Der nächst größere Mitbewerber verfügt über ca. 20%.

Die Marktmacht ist laut OGH nicht nach denselben Kriterien wie beim Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen. Vielmehr sei zu berücksichtigen, dass Lieferanten regelmäßig geringe Gewinnmargen haben und deshalb den Wegfall eines wesentlichen Absatzkanals nicht kompensieren können, ohne in finanzielle Schwierigkeiten zu geraten. Das erinstanzliche Kartellgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass ein „Kräfteungleichgewicht“ zwischen den beteiligten Unternehmen besteht und der Spar-Konzern angesichts seiner hohen Marktanteile gegenüber den Lieferanten eine sehr starke Marktmacht besitzt.

Die von Spar ins Treffen gebrachte Entscheidung des EuGH vom 11. 9. 2014 (RS C-97/13p, Groupement des Cartes Bancaires/Kommission) war nicht einschlägig, da ihr ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt. Dort ging es nicht um Preisbindungen, sondern um eine Vereinbarung, die den Kampf gegen „Trittbrettfahrer“ im Rahmen eines Systems zur Interoperabilität von Zahlungs- und Abhebungssystemen der Mitglieder dieses Systems betraf.

Das bemerkenswerteste an der Spar-Entscheidung des OGH dürfte aber sein, dass der OGH die Geldbuße gegen die beteiligten Unternehmen des Spar-Konzerns von EUR 3 Mio auf EUR 30 Mio erhöhte. Das ist die höchste Geldbuße, die gegen ein einzelnes Unternehmen bzw. gegen Unternehmen einer einzelnen Konzerngruppe je in Österreich verhängt wurde. Sie darf durchaus als „massiv“ bezeichnet werden, vor allem, wenn man bedenkt, dass sie lediglich für eine von 17 Produktgruppen verhängt wurde und Rewe für alle betroffenen Produktgruppen „nur“ EUR 20,8 Mio zu zahlen hatte.

Der OGH begründete die Verzehnfachung des Bußgeldes damit, dass es sich um einen Kartellrechtsverstoß handelte, der – gemessen an den Kriterien Schwere (Kernverstoß), Dauer (zehn Jahre), Vorsatzgrad und Finanzkraft des Spar-Konzerns – jeweils als deutlich überdurchschnittlich anzusehen ist. Außerdem wirke eine Geldbuße nur dann abschreckend, wenn deren Höhe und Wahrscheinlichkeit den zu erwartenden Kartellgewinn übersteigt. Bei der Bemessung muss eine wirtschaftliche und rechtliche Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. Das österreichische Geldbußensystem erschöpft sich somit nicht in einer reinen Rechenoperation und ist auch nicht deckungsgleich mit jenem des Unionsrechtes.

Für das Jahr 2013 erzielte Spar einen konsolidierten Konzernumsatz in Höhe von EUR 8,67 Mrd, wovon über EUR 400 Mio Molkereiprodukte betreffen. Damit beträgt die vom Erstgericht verhängte Geldbuße lediglich 0,0346 % des Gesamtumsatzes oder – umgerechnet auf jedes einzelne Jahr der Zu widerhandlung – sogar nur 0,00346 % des Gesamtumsatzes. Die Festsetzung einer Geldbuße von EUR 3 Mio wäre aus Präventionsgründen nur dann angemessen, wenn man davon ausgehen kann, dass der potentielle Nutzen des festgestellten Kartellverstoßes in jedem

Jahr des Verstoßes unter EUR 300.000, in 10 Jahre sohin unter EUR 3 Mio, lag. Das betrachtete der OGH als lebensfremd. Bezogen auf Molkereiprodukte entspricht die Geldbuße einer Gesamtbelastung von 0,7 % bzw gar nur 0,07 % bei jährlicher Betrachtung.

Spannend bleibt, wie die Sache „Spar“ weitergeht. Man darf vermuten, dass Spar nach dieser Entscheidung hinsichtlich der verbleibenden 16 Produktgruppen ein Settlement mit der BWB suchen wird. Die Entscheidung des OGH als Kartellobergericht hat jedenfalls deutlich gemacht, dass Preisbindungen auch auf vertikaler Ebene, besonders wenn sich horizontal auswirken und „abgesichert“ werden, scharf zu ahnden sind. Diese Klarstellung ist durchaus zu begrüßen. ■