

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

www.nzkart.de

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Armin Jungbluth

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

Aus dem Inhalt

J. Laitenberger

Energiepolitik der EU und Wettbewerbspolitik
(Editorial)

49

O. Gänswein

Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten

50

B. C. Becker

Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagen-
entscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadens-
ersatzklägern

58

R. Hoffer

Beurteilung vertikaler Preisabsprachen in Österreich
nach der „Spar“-Entscheidung

64

EuGH

Verhältnis der Kronzeugenmodelle der EU und
der Mitgliedstaaten (DHL Italien)

67

EuG

Geldbußenbemessung beim Missbrauch einer markt-
beherrschenden Stellung (Orange Polska)

72

BGH

Zur Zulässigkeit des deutschen Pressevertriebssystems
(Presse-Grosso)

78

OLG Frankfurt

Vertriebsbeschränkungen in qualitativen selektiven
Vertriebssystemen (Funktionsrucksäcke)

84

Oberster Gerichtshof von Österreich

„Spar“-Urteil

92



2/2016

S. 49–96 10. Februar 2016



P350201602

dens schließt und (3.) die *Théorie de la perte d'une chance* zur Begründung eines Schadensersatzes zur Anwendung bringt. Andererseits weicht der letztlich zugesprochene Schadensersatz ganz erheblich vom Klägerantrag ab. Es wird sich zeigen, ob andere mitgliedstaatliche Gerichte die Tür noch weiter öffnen werden. Angesichts des letzten Endes geringen Erfolges der Klage von DKT ist es fraglich, ob potentiell

geschädigte Unternehmen überhaupt daran interessiert sind, durch die Tür zu gehen und das entsprechende Prozessrisiko auf sich zu nehmen. Mit einiger Spannung kann das zweitinstanzliche Urteil der *Cour d'appel* erwartet werden. Möglicherweise gibt die *Cour* in ihrer Urteilsbegründung einen tieferen Einblick in die Motive, die zu ihrer Entscheidung führen. ■

Kurze Beiträge

Dr. Raoul Hoffer, Wien*

Beurteilung vertikaler Preisabsprachen in Österreich nach der „Spar“-Entscheidung

Mit der „Spar“-Entscheidung¹ beendet der österreichische Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (KOG) die Diskussion betreffend etwaiger Grauzonen für vertikale Preisabstimmungen bzw. Preiskommunikation im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel (LEH). Die betreffenden Verhaltensweisen von Spar werden vom KOG als klar kartellrechtswidrig gesehen. Zentral sind hier die Aussagen des KOG zu Meistbegünstigungsklauseln und „Hub-and-Spoke“-Abreden. Insbesondere bei ersterem könnte der Entscheidung eine weit über den Anwendungsfall des Einzelhandels hinausgehende Bedeutung zukommen. Mit der Verzehnfachung der Geldbuße gegenüber dem erstinstanzlichen Beschluss werden überdies neue Maßstäbe im österreichischen Geldbußensystem gesetzt.

I. Einleitung

In den letzten Jahren kam es in Österreich vermehrt zu Hausdurchsuchungen im Zusammenhang mit sogenannten „Hub-and-Spoke“-Absprachen im stark konzentrierten österreichischen LEH. Unter Hub-and-Spoke-Absprachen oder Sternverträgen versteht man ein Bündel an vertikalen Preisabsprachen zwischen mehreren Abnehmern und einem gemeinsamen Lieferanten, der als Schnittstelle zwischen den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Handelsstufe fungiert. Betroffen waren hier insbesondere die beiden großen österreichischen LEH-Ketten, REWE und Spar. Untersucht wurden auch deren Lieferanten, insb. aus den Bereichen Milchprodukte, Bier und nichtalkoholische Getränke (v.a. Fruchtsäfte und Mineralwasser). Neben dem LEH waren in den letzten Jahren jedoch auch andere Branchen Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden wegen etwaiger Vertikalabsprachen ausgesetzt; z. B. die Elektronikbranche und der Baustoffhandel. Fast alle der auf die Hausdurchsuchungen folgenden Bußgeldverfahren wurden durch sogenannte „Settlements“ abgeschlossen. Dabei handelt es sich um eine vergleichsweise Einigung zwischen dem jeweiligen Unternehmen und den österreichischen Wettbewerbsbehörden, Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und Bundeskartellanwalt, die das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) dann in einem verkürzten Verfahren per Beschluss formalisiert. Die meisten in diesem Zusammenhang verhängten Geldbußen waren relativ gering: Sie bewegten sich zum größten Teil deutlich unter EUR 1 Mio.² Lediglich in dem Settlement-

Verfahren gegen REWE wurde die nicht unerhebliche Geldbuße von EUR 20,8 Mio. festgelegt.³

Umso gespannter war man daher auf die Entscheidung des KOG im Bußgeldverfahren gegen den REWE-Konkurrenten Spar.

II. Vorgeschichte der Spar-Entscheidung und Sachverhalt

Nach den oben genannten Hausdurchsuchungen, stand Spar vor derselben Entscheidung wie Konkurrent REWE, entweder ein Settlement einzugehen oder die Rechtssache vor dem Kartellgericht auszufechten und entschied sich für letzteres.

Das KG als Erstgericht stellte fest, dass Spar über einen Zeitraum zwischen Juli 2002 und zumindest Oktober 2012 die Endverkaufspreise (Kurant- wie Aktionspreise) mit Lieferanten abgestimmt hatte. Diese vertikalen Preisbindungen seien horizontal abgesichert worden, indem Spar über die besagten Lieferanten die Endverkaufspreise der Mitbewerber, wie etwa der REWE-Gruppe, beeinflusst haben soll. Während sich die Preisabsprachen nach den Ermittlungen der BWB auf 17 Produktgruppen bezogen haben sollen, widmete sich das konkrete Verfahren ausschließlich der Preismanipulationen bei Molkereiprodukten. Spar soll laut KG starken Druck auf die Lieferanten ausgeübt haben, sodass diese die von Spar anvisierten Endverkaufspreise bei ihren Abnehmern mittels „Preisempfehlungen“ durchsetzten. Dieses Preispflegesystem, das u. a. durch Nachweis von Kassenbons der Mitbewerber kontrolliert worden sein soll, hätte zum Ziel gehabt, aggressive Aktionspreispraktiken auszuschalten und die Preise zu stabilisieren, um preisaktive Mitbewerber von Marktanteilsgewinnen abzuhalten. Das Erstgericht verhängte eine Geldbuße von EUR 3 Mio., deren

* Dr. Raoul Hoffer, ist Partner bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1 KOG, Beschl. v. 8.10.2015, 16 Ok 2/15 b (16 Ok 8/15 k) – Spar, abgedruckt in diesem Heft auf S. 92. Im Folgenden beziehen sich alle Randnummern ohne weitere Angabe auf diese Entscheidung.

2 Vgl. z. B. KG, Beschl. v. 2.7.2015, 26 Kt 9/15 – Zielpunkt (LEH, Geldbuße EUR 562.500); sowie KG, Beschl. v. 23.4.2014, 26 Kt 19/14 – Media-Saturn (Elektronikeinzelhandel, EUR 1,2 Mio.).

3 Wobei hier mehrere Produktgruppen erfasst waren, insb. Bier und Molkereiprodukte; KG, Beschl. v. 13.5.2013, 25 Kt 29/30 – REWE.

Höhe es aus der Geldbuße im Settlement-Verfahren gegen REWE abgeleitet hatte.⁴

Begleitet wurde die Auseinandersetzung durch Vorwürfe von Spar, dass die BWB im Rahmen der Hausdurchsuchungen ungerechtfertigter Weise „Spionagesoftware“ gegen Spar verwendet hätte. Mit diesen „Nebenansprüchen“ hat sich Spar letzten Endes auch nicht durchgesetzt.⁵

Das KOG hat in seiner Entscheidung eine Reihe von kartellrechtlichen Themen angesprochen. Im Folgenden sollen die Aussagen des KOG, dass sowohl Meistbegünstigungsklauseln als auch Hub-and-Spoke-Absprachen kartellrechtswidrig sind, näher analysiert werden. Zudem soll kurz auf die Verzehnfachung der vom Erstgericht festgelegten Geldbuße von EUR 3 Mio. auf EUR 30 Mio. eingegangen werden. Eine derartige Erhöhung gab es in der Geschichte der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit bisher nicht. Es handelt sich auch um die höchste kartellrechtliche Einzelgeldbuße, die je in Österreich verhängt wurde.⁶

III. Bisherige Rechtsprechung des KOG zu Hub-and-Spoke-Absprachen

Die vorliegende Entscheidung ist der erste materiell-rechtliche Beschluss des KOG zum Komplex der Hub-and-Spoke-Absprachen. Im Vorfeld gab es bisher nur erstinstanzliche Entscheidungen – allerdings, wie vorher erwähnt, jeweils im Rahmen von Settlements, die daher insofern nicht aussagekräftig waren. Zudem gab es Entscheidungen des KOG im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Aspekten von Hausdurchsuchungen, die Hub-and-Spoke-Absprachen betrafen.⁷ Aus diesen konnte daher allenfalls indirekt auf eine etwaige kritische Einschätzung des KOG betreffend derartige Absprachen geschlossen werden.⁸

IV. Preisempfehlungen und Meistbegünstigungsklauseln

Zunächst stellt das KOG klar, dass auch „vereinbarte Preisempfehlungen“⁹ verboten sein können. So können etwa Preisbindungen durch Nachfrager von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sein, wenn dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.¹⁰ Eine derartige Form einer solchen verbotenen Preisbindung seien sogenannte Meistbegünstigungsklauseln. Eine Meistbegünstigungsklausel („Most-Favoured-Customer-Clause“ – MFC) liege vor, wenn ein Abnehmer seinem Lieferanten auferlege, dass dieser seine Waren und Dienste an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen verkaufen dürfe.¹¹ Hierdurch würde der Anbieter in seiner Preisfestsetzung rechtlich beschränkt, was einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV begründe.¹²

Diese Festlegung des KOG geht in ihrer Allgemeinheit weit über den Anwendungsbereich von Preisbindungen im LEH hinaus. Tatsächlich sind MFCs in vielerlei Arten von Verträgen üblich. Zwar wurden in letzter Zeit MFCs im Zusammenhang mit Hotelbuchungsplattformen auch durch das deutsche Bundeskartellamt (BKartA) als problematisch identifiziert und gegenüber HRS¹³ und Booking¹⁴ untersagt und sind auch Gegenstand weiterer Untersuchungen des BKartA sowie der Europäischen Kommission (EuK).¹⁵ Allerdings wurde in den genannten Fällen jeweils davon ausgegangen, dass es sich um besondere Konstellationen gehandelt habe und daher MFCs nicht generell unzulässig seien: Beispielsweise wurde im Zusammenhang mit HRS die ungebührlich Erhöhung der Markttransparenz durch die betreffenden Klauseln und die damit verbundene Festlegung eines marktweiten Mindestpreises thematisiert.¹⁶

Die nun getroffene Aussage des KOG über die grundsätzliche Kartellrechtswidrigkeit von Meistbegünstigungsklauseln ist allgemeiner Natur und als solche wohl auch generell zu verstehen. Das wird in der Entscheidung allerdings ohne weitere Erörterung der vielschichtigen rechtlichen und ökonomischen Effekte von MFCs festgehalten.¹⁷ Dies ist vor allem im Hinblick auf die Diskussion, ob und inwiefern MFCs in gewissen Konstellationen sogar wettbewerbsfördernde Effekte zukommen könnten,¹⁸ ein bemerkenswerter Umstand. Auch auf die Frage, ob und inwiefern MFCs in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fallen können, wurde nicht thematisiert, sind solche Klauseln für sich genommen doch noch keine Kernbeschränkung i. S. d. Art 4 lit. a der Vertikal-GVO.¹⁹ Eine Auseinandersetzung mit diesem Thema wäre wünschenswert gewesen. Für den Bereich der Anwendung des österreichischen Kartellrechts bedeutet diese Aussage des KOG somit einen Paradigmenwechsel, da nun wohl davon auszugehen ist, dass Meistbegünstigungsklauseln grundsätzlich als kartellrechtswidrig zu betrachten sind und nur in Sonderkonstellationen einer Rechtfertigung zugänglich sind.

V. Vertikale Preisabsprachen – Hub-and-Spoke Absprachen

Das KOG geht dann auf vertikale Preisabsprachen im Speziellen ein und stellt zunächst fest, dass diese aufgrund ihres vermeintlich hohen Potentials negativer Auswirkungen auf

4 Vor Rn. 1.

5 Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 21.1.2015, Ro 2014/04/0063.

6 In der Sache „Lift- und Fahrtreppenkartell“ (16 Ok 5/08) wurden Geldbußen von insg. EUR 75,4 Mio. verhängt, allerdings über fünf Unternehmen zu jeweils unterschiedlichen Teilen.

7 Z. B. KOG, Beschl. v. 5.3.2013, 16 Ok 1/13; KOG, Beschl. v. 26.11.2013, 16 Ok 5/13.

8 KOG, Beschl. v. 26.11.2013, 16 Ok 5/13: „In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass es Umstände geben mag, unter denen eine vertikale Preisbindung keinen Verstoß gegen Art. 101 AEUV bzw. das KartG bewirkt, so etwa bei Vorliegen der Ausnahmebestimmung des Art. 101 Abs 3 AEUV und bei ganz bestimmten Varianten von Preisabsprachen, nämlich Höchstpreisvereinbarungen. Dass hier solche ausnahmsweisen Umstände vorliegen, ist allerdings nicht erwiesen.“

9 Bei Preisempfehlungen ist eine Vereinbarung insb. dann anzunehmen, wenn eine Zustimmung des Händlers vorliegt; Vgl. auch BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen (abrufbar unter: www.bwb.gv.at), in welcher hohe Anforderungen an die Unverbindlichkeit von Preisempfehlungen gestellt werden.

10 Rn. 5.4.2.

11 Vgl. zur Definition von Meistbegünstigungsklauseln Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 367.

12 Rn. 5.4.3.

13 BKartA Beschl. v. 20.12.2013, B 9-66/10 Rn. 249 ff. – HRS Bestpreis-klausel; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.1.2015, VI – Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148.

14 Pressemitteilung des BKartA v. 23.12.2015.

15 Diese betreffen etwa Amazon E-Books und deren Tochtergesellschaft Audible: s. dazu Pressemitteilung der Europäische Kommission v. 11.6.2015 „Kartellrecht: Kommission leitet förmliche Untersuchung der E-Book-Vertriebsvereinbarungen von Amazon ein“; sowie Pressemitteilung des BKartA v. 16.11.

16 BKartA Beschl. v. 20.12.2013, B 9-66/10 Rn. 231.

17 Rn. 5.4.4. ff.

18 Wie etwa die Lösung des Trittbrettfahrerproblems, gesteigerter Qualitätswettbewerb sowie die Steigerung der Markttransparenz und damit einhergehender Such- und Vergleichskosten senkung der Verbraucher; vgl. hierzu Tamke, Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreis-klauseln von Internetplattformen, WuW 2015, 594, 598; Walter, ZWeR 2015, 157, 162; Hamelmann/Haucap/Wey, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, ZWeR 2015, 245, 259 f., die der Lösung der Trittbrettfahrerproblematik kritisch gegenüberstehen.

19 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission v. 19.5.2010, 2010/C 130/01, Rn. 48, wo MFCs nur als ein Mittel zur Unterstützung vertikaler Preisbindungen genannt werden. Vgl. auch Walter, ZWeR 2015, 157, 160; sowie Bahr, in Langen/Bunte, a. a. O., Nach § 2 GWB Rn. 332.

den Wettbewerb²⁰ – insb. auf der (Einzel-)Handelsebene – offenkundige Wettbewerbsbeschränkungen seien. Es handle sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die stets spürbar sei. Daher könne der Nachweis wettbewerbswidriger Wirkungen unterbleiben. Zumal die mittelbare oder unmittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise als Beispieltatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannt sei, ergebe sich, dass es sich bei (vertikalen) Preisabsprachen um *Per-se*-Kartellverstöße handle.²¹

Im Folgenden geht das KOG auf die Frage ein, ob es sich bei Sternverträgen (Hub-and-Spoke Absprachen) auch um horizontale oder nur um vertikale Vereinbarungen handelt. Es stellt dabei darauf ab, ob durch ein Bündel koordinierter Vertikalverträge eine (horizontale) Vereinbarung zwischen den Beteiligten bezweckt oder zumindest bewirkt wurde und bejaht dies im konkreten Fall. Dies sei – laut KOG – mit Verweis auf die deutsche Literatur insb. dann anzunehmen, wenn entweder die Wirksamkeit des Einzelvertrages nach dem Willen der Beteiligten von den übrigen Verträgen abhängig sei, die parallelen Bindungen nach der Zielsetzung der Beteiligten also nur im Zusammenwirken sinnvoll seien, oder ob sie auf horizontaler Abstimmung zwischen den gebundenen Unternehmen beruhen. Der Zweck der Vertikalverträge müsse dabei nicht in der horizontalen Abstimmung liegen, es reiche bereits aus, wenn die Vertikalverträge so gestaltet seien, dass man das vertikale Vertragsverhältnis gar nicht eingehen könne, ohne einer horizontal wirkenden Abstimmung zuzustimmen, denn auch zu Art. 101 Abs. 1 AEUV sei anerkannt, dass ein Bündel vertikaler Vereinbarungen einen vertraglichen Rahmen schaffen könne, der eine horizontale Vereinbarung darstelle.²² Dem Einwand der Antragsgegnerin, dass es sich um eine neuartige Kategorie eines kartellrechtlichen Verstoßes handle, die nicht unter das Kartellverbot falle, verwarf das KOG.

Das Ergebnis der materiell-rechtlichen Beurteilung von Hub-and-Spoke Absprachen durch das KOG war grosso modo zu erwarten gewesen. Mitunter war gerade diese Einschätzung der Grund, weshalb die meisten derartigen Verfahren in Österreich durch Settlements beendet wurden. Interessant ist es aber, dass sich das KOG nicht mit den betreffenden „Grauzonen“ und Abgrenzungen zu zulässigem Verhalten auseinandersetzt,²³ denn gerade vertikale Vereinbarungen sind wettbewerbspolitisch ambivalent.²⁴ In diesem Zusammenhang sei u. a. die differenzierte Diskussion erwähnt, unter welchen Umständen eine noch kartellrechtlich zulässige „unverbindliche Preisempfehlung“ vorliegt.²⁵ Es sei auch auf die Stellungnahme der BWB zu vertikalen Preisabsprachen vom Juli 2014 hingewiesen, wobei in gewissen Fällen Preisbindungen (z.B. bei Aktionen) oder zumindest vertiefte Preiskommunikationen als kartellrechtlich erlaubt angesehen wurden.²⁶

VI. Geldbußenbemessung

Nach § 29 Z. 1 lit. a bzw. lit. d KartG ist bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 1 KartG bzw. gegen Art. 101 AEUV eine Geldbuße von bis zu 10% des Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres zu verhängen.

1. Neubemessung der Geldbuße in der Entscheidung

In Anlehnung an die LL Geldbußen²⁷ der EuK führt das KOG aus, dass die optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell-rechtlichen Wettbewerbsverstoß der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass

die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist, sei. Seiner bisherigen Judikaturlinie getreu verweist das KOG darauf, dass es sich bei der Bußgeldbemessung nicht um das Ergebnis einer bestimmten Rechenoperation handle, sondern eine Ermessensentscheidung sei, bei der alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. In der Folge kommt das KOG jedoch zu dem Schluss, dass das EU-Geldbußensystem und damit auch die LL Geldbußen nicht ohne weiteres heranzuziehen seien, sondern nur insofern als die Wertung nach den österreichischen Normen mit jenen nach den LL Geldbußen vergleichbar sei.²⁸ Mit Bezug auf das deutsche Recht merkt das KOG weiter an, dass die im § 29 KartG vorgesehene Obergrenze von 10% nicht bloß als Kapungsgrenze zu verstehen sei, sondern als Straffrahmen, innerhalb dessen sich das Kartellgericht bei der Bemessung der Geldbuße zu orientieren habe.²⁹ In weiterer Folge lehnt das KOG die Heranziehung der Geldbuße aus dem Settlement-Verfahren gegen REWE als Maßstab für die Geldbuße im konkreten Verfahren ab. Zum einen, da das KG in einem Settlement-Verfahren die von der BWB beantragte Höhe der Geldbuße nicht überschreiten dürfe,³⁰ und zum anderen, weil Settlement-Verfahren einer Überprüfung durch das KOG entzogen seien. Schließlich könne das Settlement mit REWE auch deshalb nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, als in diesem Fall zusätzlich andere Produktgruppen betroffen waren.³¹

Unter Heranziehung der Schwere (Kernverstoß), der Dauer (10 Jahre), des Verschuldensgrades und der Finanzkraft des betroffenen Konzerns bewertet das KOG den Kartellrechtsverstoß jedenfalls als deutlich überdurchschnittlich.³² Das KOG zieht dann den gesamten konsolidierten Konzernumsatz von Spar für das Jahr 2013 in der Höhe von EUR 8,67 Mrd. heran, wovon über EUR 400 Mio. auf Molkereiprodukte entfallen. Es stellt fest, dass die bisher verhängte Geldbuße in der Höhe von EUR 3 Mio. lediglich 0,0346% des Gesamtumsatzes entspreche und somit zu niedrig sei, um die gebotene Abschreckungswirkung zu entfalten. Die Festsetzung der Geldbuße in dieser Höhe wäre nur dann angemessen, wenn man davon ausgehen könne, dass der potentielle Nutzen des festgestellten Kartellverstoßes in jedem Jahr des Verstoßes unter EUR 300.000, in 10 Jahren somit unter EUR 3 Mio. gelegen hätte, was nach Einschätzung des KOG

20 Kritisch Wollmann/Herzog, in Bornkamm/Montag/Säcker, MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2015, Art. 101 Fn. 793: „Beim derzeitigen Stand der wettbewerbsökonomischen Forschung lässt sich nicht sagen, dass es einen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, wonach vertikale Preisbindungen ihrer Natur nach schädlich für das Funktionieren des Leistungswettbewerbs sind. Vielmehr bedarf es hier einer stark situationsbezogenen Analyse“.

21 Rn. 5.5.3.

22 Rn. 5.7.4.

23 S. Thyri, KOG zu vertikalen Preisabstimmungen mit „horizontaler Absicherung“ / Bußgeldrahmen, *ecolex* 2016, 65, 66, der die vom KOG eingenommene Position bei der Bewertung der Kartellrechtswidrigkeit von Vertikalabsprachen als zu streng bewertet, so dass die Gefahr von „false positives“ in der Rechtswidrigkeitsprüfung bestehe.

24 Vgl. zu Preisbindungen Kasten, *Vertikale (mindest-)Preisbindung im Licht des „more economic approach“*, *WuW* 2007, 997, 998.

25 Vgl. etwa Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 277; sowie Wollmann/Herzog, in MüKoEuWettbR, a. a. O., Art. 101 AEUV Rn. 255.

26 BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen.

27 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. C 210/2006, S. 2 ff. – „LL Geldbußen“).

28 Rn. 6.5.1.

29 Rn. 6.5.3.

30 Vgl. § 36 Abs. 2 KartG.

31 In diesem Zusammenhang kritisiert das KOG auch die bisherige Settlement-Praxis – s. Rn. 6.6.1. f.

32 Rn. 6.8.2.

„lebensfremd“ wäre. Das Höchstgericht setzte daher – ohne nähere Begründung – eine Geldbuße von EUR 30 Mio. fest (etwa 3,5% der gesetzlich möglichen Obergrenze von EUR 867 Mio.).

2. Würdigung

Mit dieser exorbitanten Erhöhung auf das Zehnfache der ursprünglich verhängten Geldbuße setzt das KOG neue Maßstäbe im kartellgerichtlichen Geldbußensystem Österreichs, gab es doch noch keine Geldbußenerhöhung durch das KOG in solchem Ausmaß. Dies wiegt umso schwerer, als Gegenstand der Entscheidung nur eine Produktgruppe war und somit noch 16 Produktgruppen offen sind. Das KOG erteilt damit aber auch allen Spekulationen eine Absage, dass es sich bei der bisherigen Praxis der betreffenden Unternehmen im LEH um eine rechtliche Grauzone handeln könnte. Vielmehr kommt durch die Höhe der Geldbuße der vom KOG in diesem Zusammenhang angenommene Unwertgehalt³³ und auch die Einschätzung des KOG, dass dieser von den betreffenden Unternehmen durchaus abschätzbar war, zum Ausdruck.

Überraschend ist dennoch die Art und Weise der „Berechnung“ der Geldbuße: Nachdem das KOG die Berechnungsmethode nach dem EU-Geldbußensystem, insb. nach den LL Geldbußen der EuK, für diesen Fall ablehnt und als Kriterien den Verschuldensgrad, die Schwere und die Dauer des Verstoßes heranzieht, ist eine detaillierte Berechnung der Geldbuße unter jeweiliger Heranziehung dieser Aspekte aus der Entscheidung nicht erkennbar. Vielmehr ist der Betrag von

EUR 30 Mio., den das KOG dann festlegt, das Ergebnis einer relativ freien Ermessensentscheidung. Vergleicht man dies mit der bisherigen Rspr. des KOG in Geldbußensachen, so stellt man fest, dass in der Vergangenheit zumindest eine Berechnung der ersten Instanz Gegenstand einer detaillierten Nachprüfung durch das KOG war, was viel zur Nachvollziehbarkeit beigetragen hat. So stellte das KOG etwa in seinem *Lifftkartell*-Beschluss die Bußgeldbemessung des Erstgerichtes ausführlich dar und kam unter detaillierter Würdigung der jeweils angeführten Erschwerungs- und Milderungsgründe schlussendlich zu demselben nachvollziehbaren Ergebnis wie das Erstgericht.³⁴

VII. Fazit

Die „Spar“-Entscheidung des KOG verdeutlicht wie problematisch Preiskommunikation und Preisbindungen im Einzelhandel aus Kartellrechtssicht sein können. Das erhebliche Strafmaß, mit dem das KOG in diesem Fall vorgeht, verdeutlicht, dass die Argumentation mit „Grauzonen“, die man sozusagen straffrei „austesten“ kann, nicht immer zielführend ist. Leider lässt die Begründung der Entscheidung (insbesondere bzgl. der Festsetzung der Geldbuße) noch einige Fragen offen, deren Beantwortung für zukünftige Fälle von Wert gewesen wäre. ■

33 S. auch Rn. 5.8.3. sowie 6.8.2.

34 Vgl. KOG, Beschl. v. 8.10.2008, 16 Ok 5/08; vgl. auch KOG, Beschl. v. 12.9.2007, 16 Ok 4/07.

Entscheidungen

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)

1 Zum Verhältnis der Kronzeugenmodelle der Union und der Mitgliedstaaten

Art. 101 AEUV, Art. 23 VO 1/2003

1. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 AEUV] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln, sind dahin auszulegen, dass die im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes beschlossenen Instrumente, insbesondere das Kronzeugenregelungsmodell dieses Netzes, für die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht verbindlich sind.

2. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung Nr. 1/2003, sind dahin auszulegen, dass zwischen dem Antrag auf Erlass der Geldbuße, den ein Unternehmen bei der Europäischen Kommission eingereicht hat oder im Begriff ist einzureichen, und dem für dasselbe Kartell bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde eingereichten Kurzantrag kein rechtlicher Zusammenhang besteht, der diese Behörde verpflichtet, den Kurzantrag im Licht des Antrags auf Erlass der Geldbuße zu beurteilen. Ob der Kurzantrag dem bei der Kommission gestellten Antrag inhaltlich genau entspricht oder nicht, ist hierbei ohne Belang.

Ist der inhaltliche Umfang des bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde gestellten Kurzantrags enger als der des bei der Kommission gestellten Antrags auf Erlass der Geldbuße, so ist diese nationale Behörde nicht verpflichtet, die Kommission oder das Unternehmen selbst zu kontaktieren, um sich zu vergewissern, ob dieses Unternehmen das Vorliegen konkreter Beispiele für rechtswidrige Verhaltensweisen auf dem Sektor festgestellt hat, der angeblich vom Antrag auf Erlass der Geldbuße, nicht aber vom Kurzantrag umfasst ist.

3. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung Nr. 1/2003, sind dahin auszulegen, dass sie eine nationale Wettbewerbsbehörde nicht daran hindern, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens einen Kurzantrag auf Erlass der Geldbuße eines Unternehmens entgegenzunehmen, das bei der Kommission keinen Antrag auf vollständigen Erlass, sondern auf Ermäßigung der Geldbuße gestellt hat. (Tenor des im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils)

EuGH, Urteil v. 20.1.2016 – C-428/14 – DHL Italien

Zum Sachverhalt: Die italienische Kartellbehörde hat u. a. gegen zwei italienische Konzerngesellschaften von DHL Geldbußen mit der Begründung verhängt, dass sie unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV an einem Kartell auf dem Sektor der internationalen Straßenverkehrsdienste von und nach Italien beteiligt waren. DHL hatte am 5.6.2007 bei der Kommission einen Kronzeugenantrag gestellt; am 24.9.2007 gewährte die Kommission DHL daraufhin einen bedingten Erlass der Geldbuße für den gesamten Sektor des internationalen Frachtverkehrs,