



DIE ÖSTERREICHISCHE JUSTIZ

XXI. WETTBEWERBSSYMPOSIUM

26.11.2024

Update - Kartellgericht

Mag. Sonja Köller-Thier
Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien

Aus der kartellgerichtlichen Praxis seit Nov 2023

- 10 Zusammenschlussanträge (6 zurückgezogen
2 mit Auflagen
2 offen)
 - 3 Hausdurchsuchungen (Whistleblower)
 - 2 Anträge wegen verbotener Durchführung
 - 2 Abstellungsanträge und 2 EV
 - 11 Geldbußenanträge wegen § 1 KartG (Art 101 AEUV)
 - 1 Feststellungsantrag wegen § 1 KartG (Art 101 AEUV)
 - 2 Geldbußenanträge wegen § 5 KartG (Art 102 AEUV)
 - 1 Geldbußenantrag wegen § 5c FBWG
-



Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Personelle Ausstattung: 3,25 Richter*innenkapazitäten

Senatsgerichtsbarkeit!

SP Sonja Köller-Thier	(75%)
RiOLG Romana Wieser	(50%)
RiOLG Iris Ingemarsson	(50%)
RiOLG Robert Marchel	(50%)
RiOLG Paul Meinl	(50%)
RiOLG Doris Zwettler-Scheruga	(50%)

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

§ 1 KartG (Art 101 AEUV)

- Baukartelle
- Abfallwirtschaft
- Submetering

§ 5 KartG (Art 102 AEUV):

- Skisportbereich
- Autobahnmaut
- Post (Rabatte)
- Kfz- Vertrieb (Peugeot)
- Bier

FWBG:

- Lebensmitteleinzelhändler
(EuGH C-311/24)
 - Apfel-Vermarkter
-



Viele Rechtsfragen wurden höchstgerichtlich geklärt:

- Kein ne bis in idem - Diversion, § 190 StPO (16 Ok 6/23b-Tischlereikartell; 16 Ok 5/23f- Meinungsforschungskartell)
- Angemessene Geldbuße (16 Ok 4/24k - § 17 KartG, 16 Ok 6/23b, 16 Ok 7/23z, 16 Ok 4/23h - § 17 KartG) → Fortschreibung von 16 Ok 2/22p:
Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist
- Keine Anwendung des § 191 StPO (§ 19 Abs 2 VbVG) bei verbotener Durchführung (16 Ok 4/23h)
- Marktbeherrscher – kann Aufnahme der Geschäftsbeziehung aus sachlichen Gründen verweigern (intransparente Preisgestaltung, über Widerrufsrecht nicht belehrt (16 Ok 2/23i))



Update zur Akteneinsicht

Übersicht

- Vorabentscheidungsverfahren C-2/23 (1 bis 3)
 - 16 Ok 8/23x (4 bis 5)
 - 16 Ok 1/24v, 16 Ok 2/24s, 16 Ok 3/24p (6)
-

Update zur Akteneinsicht - 1

1. Vorabentscheidungsverfahren C-2/23
(Schutz der Kronzeugenerklärung)

Schlussanträge des Generalanwalts MACIEJ SZPUNAR vom 24. Oktober 2024

- „Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2019/1 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die es den **Privatbeteiligten** in einem Strafverfahren, das keine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zum Gegenstand hat, ermöglicht, **Zugang zu diesen Dokumenten** zu erhalten, die von einer Strafverfolgungsbehörde zum Akt eines Strafverfahrens genommen wurden;

Update zur Akteneinsicht - 2

1. Vorabentscheidungsverfahren C-2/23
(Schutz der Kronzeugenerklärung)

Schlussanträge des Generalanwalts MACIEJ SZPUNAR vom 24. Oktober 2024

- Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2019/1 ist dahin auszulegen dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die es **Personen, gegen die im Rahmen dieses Strafverfahrens ermittelt wird** und bei denen es sich nicht um die Verfasser der Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen handelt, ermöglicht, **Zugang zu diesen Dokumenten zu erhalten**, die von einer Strafverfolgungsbehörde zum Akt eines Strafverfahrens genommen wurden.



Update zur Akteneinsicht - 3

1. Vorabentscheidungsverfahren C-2/23
(Schutz der Kronzeugenerklärung)

Schlussanträge des Generalanwalts MACIEJ SZPUNAR vom 24. Oktober 2024

- Der durch die Richtlinie 2019/1 den Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen zuerkannte Schutz erstreckt sich **nicht** auf andere **Dokumente, die eigens** für die Zwecke eines Verfahrens einer Wettbewerbsbehörde **erstellt** und freiwillig **oder** auf Verlangen dieser Behörde **vorgelegt wurden**.
-

Update zur Akteneinsicht - 4

Rechtsprechung KOG zur Akteneinsicht 16 Ok 8/23x

- ➔ Fortschreibung von 16 Ok 1/22s und 16 Ok 2/23t
- ➔ **Gesamtbetrachtung** der Möglichkeiten zur Informationsgewinnung ist vorzunehmen, die einem durch einen Wettbewerbsverstoß geschädigten Rechtsträger zur Verfügung stehen.
- ➔ Die Akteneinsicht begehrende Person hat **darzutun**, dass trotz Berücksichtigung aller ihr zu Verfügung stehenden Möglichkeiten der Informationsgewinnung die **Durchsetzung** ihres durch die Wettbewerbsrechtsverletzung verursachten (behaupteten) Schadenersatzanspruchs **praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert ist**.

Update zur Akteneinsicht - 5

16 Ok 8/23x

→ abgewickelte Bauvorhaben aus eigenen Geschäftsunterlagen zu entnehmen, aus denen die bloße Teilnahme der Antragsgegnerinnen an Ausschreibungen bzw Angebotsprozessen der Einschreiterin hervorgehen.

→ Wird dazu nichts behauptet → Verletzung der Darlegungspflicht dahin, dass sie alle Möglichkeiten der Informationsgewinnung tatsächlich ausschöpfte.



Update zur Akteneinsicht - 6

Unterbrechung der Verfahren auf Akteneinsicht in

16 Ok 1/24v

16 Ok 2/24s

16 Ok 3/24p

wegen zu AZ G 26–27/2024 eingebrachten Parteiantrag auf Normenkontrolle, mit dem unter anderem die Aufhebung der Bestimmung des § 39 Abs 2 Satz 1 KartG 2005 als verfassungswidrig angestrebt wird.

Antrag auf Normenkontrolle zurückgezogen

→ OGH wird demnächst entscheiden

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

„Ist Art. 6 Abs. 1 Buchst. e der UTP-Richtlinie dahin auszulegen, dass diese Bestimmung in einem Fall, in dem ein Käufer aufgrund eines **einheitlich motivierten Willensentschlusses** am selben Tag verschiedene Lieferanten (...), entgegen Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der genannten Richtlinie je separat zu einer Zahlung auffordert, einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach diese **Zahlungsaufforderungen in ihrer Gesamtheit** als eine einzige einheitliche Zuwiderhandlung (**Tateinheit**) mit nur einmaliger Sanktionierungsbefugnis gewertet werden?“

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

- 16 Anträge wegen unzulässiger Zahlungsforderungen (Proformarechnungen) an 16 Lieferanten zur Finanzierung eines Transformationsprozesses - § 5c Abs 1 iVm Anh I Z 4 FWBG
 - § 6 Abs 2 FWBG Geldbuße bis EUR 500.000,--
 - Verfahren wurden nach Geschäftsverteilung auf alle Senate nach dem Rotationsprinzip verteilt
 - Verhängung von 16 Geldbußen?
-

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

Gründe für Vorlage:

- Die Geldbuße nach dem österreichischen Kartellgesetz ist nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter (RS0120560; EuGH in C-151/20) → Überlegungen auf Gelbuße nach FWBG übertragbar
- Konzepte im österreichischen Strafrecht bei mehrfachem Gesetzesverstoß – Konkurrenzlehre
- Im Unterschied zum österr. Strafgesetzbuch (StGB - § 28 StPO) und dem österr. Verwaltungsstrafgesetz (VStG - § 22 VStG) fehlt im FWBG eine Regelung dazu, in welcher Form die **Sanktionierung bei mehrfacher Zuwiderhandlungen** zu erfolgen hat.



Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

Tateinheit im Strafrecht:

Tatbestandliche Handlungseinheit ist materiell wie prozessual eine Tat (11 Os 51/11a).

Voraussetzungen für tatbestandliche Handlungseinheit (RS0122006):

- wiederholte Verwirklichung des gleichen Tatbestands, also quantitative Steigerung (einheitliches Unrecht)
 - in kurzer zeitlicher Abfolge,
 - bei einheitlicher Motivationslage (einheitliche Schuld)
-

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

Tateinheit im Verwaltungsstrafrecht - Figur des fortgesetzten Delikts

- gesetzwidrige Einzelhandlungen
- Gleichartigkeit der Begehungsform und äußeren Begleitumstände
- erkennbarer zeitlicher Zusammenhang
- einheitlicher Willensentschluss („Gesamtvorsatz“) gerichtet auf sukzessive Verwirklichung eines feststehenden Gesamtziels = einheitliches Motiv

Lewisch in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG³, § 22 Rz 20

Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

Kartellrecht – einheitliche fortgesetzte Zuwiderhandlung

((EuGH C-642/13P; EuGH C-702/19P; ua; 16 Ok 2/15b; 16 Ok 3/23m).

- Verhaltensweisen miteinander durch Übereinstimmung des Zwecks verbunden – Beseitigung, Verfälschung des Wettbewerbs
 - Komplementaritätsverhältnis – Folgen des normalen Wettbewerbs verfälschen
 - einzelnen Teilhandlungen in Begehungsweise gleichartig
 - zeitlicher Zusammenhang einheitliches wirtschaftliches Ziel - Gesamtplan
-



Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

Passt Einheitstat zur Zielsetzung der UTP-Richtlinie?

- Ausgleich für bestehende Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht **zwischen Käufer und Lieferanten** in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette
- Zentrum der Betrachtung im Sinne der UTP-Richtlinie immer die **einzelne Lieferbeziehung** und das in dieser bestehende **relative Verhandlungsmachtgefälle**
- Wird dem Gebot der Androhung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Strafe im Falle der Einheitstat entsprochen?



Aus der kartellgerichtlichen Praxis 2024

Vorlage an EuGH zum FWBG am 29.4.2024 (C-311/24)

- Stellungnahmen eingelangt:
- Europ. Kommission,
 - Bundesregierung
 - BWB
 - Antragsgegnerin
-



Marktmachtmissbrauch

1. Provisorialverfahren: 16 Ok 1/21i

- Dt. Antragstellerin mit Geschäftsmodell des Vertriebs von Autobahnvignetten mit sofortigen Gültigkeitsbeginn - Serviceentgelt!
 - Kundenkonto gesperrt von Marktbeherrscher
 - Marktmachtmissbrauch durch Liefer- oder Abschlussverweigerung ohne sachlich gerechtfertigte Gründe
 - Neues Produkt wird durch die Weigerung verhindert.
-

Marktmachtmissbrauch

2. Hauptverfahren 16 Ok 2/23i

- Abweisung des Abstellungsantrags bestätigt:
 - Eingetretene **Entwicklungen** seit EV stellen sachlich gerechtfertigte Gründe für die Verweigerung des Erwerbs digitaler Mautprodukte zur Weiterveräußerung dar.
 - **Intransparente** Gestaltung der Preisinformation, insb des Serviceentgeltes
 - **Fehlende Belehrung** über Widerrufsrecht für Verbraucher
 - Vorläufige Aufnahme der Geschäftsbeziehung ist nicht nach strengen Maßstäben des Abbruchs einer Geschäftsbeziehung zu beurteilen;
 - Prüfungsmaßstab bleibt jener für Verweigerung der Aufnahme einer Lieferbeziehung
-

Marktmachtmissbrauch

3. Provisorialverfahren 24 Kt 1/24p OLG Wien

Antragstellerin: Automobilfachmarkt

Antragsgegnerin: ASFINAG

- Kündigung des Vignettenvertriebsvertrags nach Insolvenzeröffnung – Sanierungsverfahren- ASFINAG erlitt keinen Zahlungsausfall (Bankgarantie)
 - Nichteinhaltung der vereinbarten wöchentlichen Abrechnung - wurde jedoch anders gelebt
 - 5% des Gesamtrohertrages durch Vignettenverkauf
-

Marktmachtmissbrauch

3. Provisorialverfahren 24 Kt 1/24p OLG Wien

EV erlassen – Zugang zum Vertriebspartnerportal Lieferung von Klebevingetten aufgetragen

Rechtlich:

- keine detaillierte Marktabgrenzung im EV-Verfahren
 - Obj. Eignung der negativen Auswirkung auf Wettbewerbsverhältnisse reicht (RS0119533)
 - Abbruch laufender Geschäftsbeziehung: zwingende wirtschaftl. oder techn. Gründen notwendig (16 Ok 1/21i) – Beweislast trägt Antragsgegnerin
 - Interessensabwägung (welches Interesse überwiegt)
 - Verhältnismäßigkeitsprüfung – mildere Maßnahmen waren möglich
-



Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/23h

Pachtung von Geschäftsfläche für LEH in einem Einkaufszentrum

Erwerb eines wesentlichen Unternehmensteils § 7 Abs 1 Z 1 KartG

Gesamtbetrachtung

- Übertragung von Assets bereits stillgelegter Unternehmen
 - Eintritt in Marktposition
 - Teilerwerb einer Betriebstätte reicht, wenn Marktanteil übergeht
 - Übernahme von Kundenstock
 - Wirtschaftliche Betrachtungsweise ob Wirtschaftsstandort übernommen wird (altes LEH – neuer LEH)
 - Widmung als großer LEH-Standort übertragen
-



Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/23h

Besonderheiten:

- 11 Monate Schließung
 - Verlegung des bisherigen LEH im Gebäude
 - nunmehr zwei LEH-Geschäfte
 - neues Raum- und Geschäftskonzept
 - Betriebsteil machte Umsätze im einstelligen Millionenbereich (§ 9 Abs 2 Z 1 KartG)
 - Anmeldung erfolgte während des Verfahrens – „Genehmigung in Phase I“
-

Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/23h

KOG lehnt Zurückweisung wegen Geringfügigkeit
(analoge Anwendung § 191 StPO) im Anlassfall ab.

Auftrag an das Kartellgericht: Verhängung einer spürbaren Geldbuße

*„Auch wenn ein Verstoß durch Unterlassung der gebotenen Anmeldung milder zu beurteilen sein mag als ein Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 KartG) oder das Missbrauchsverbot (§ 5 KartG), kann hier nicht mit der Verhängung einer „quasi symbolischen“ Geldbuße das Auslangen gefunden werden, weil die Geldbuße eine solche Höhe erreichen muss, dass sie **spürbar** ist und zum Ausdruck bringt, dass die Unterlassung von Zusammenschlussanmeldungen in Österreich **kein „Kavaliersdelikt“** ist (16 Ok 2/13).“*



Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/24k

Zusammenschluss:

Textilunternehmen P gründet mit L.AG ein Gemeinschaftsunternehmen zur Produktion von Schutzmasken

Timeline:

- Vor **24.4.2020**: Gemeinsame Investition in Produktionsinfrastruktur am Standort W.
- **24.4.2020** gemeinsame Pressemitteilung über vollfunktionsfähiges GU zur Herstellung und Vertrieb von Schutzmasken
- Sofortiger Beginn der Produktion von Probemasken ohne Anmeldung
- **11.5.2020**: Anmeldung bei BWB
- **26.5.2020**: Vorzeitiger Prüfungsverzicht der BWB



Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/24k

Kartellgericht stellte verbotene Durchführung vom 24.4.2020 bis 25.5.2020 fest.

- Kein Kavaliersdelikt – heiß umkämpfter Markt
- Aber kurze Dauer und pandemiebedingte Begleitumstände
- Ziel: wirtschaftlicher Erfolg aber auch Beitrag zur Bekämpfung der Pandemie
- Entscheidungsträger nahmen Verstoß in Kauf

→ KG verhängt EUR 5.000,-- Geldbuße

Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses

16 Ok 4/24k

KOG: erhöht Geldbuße auf EUR 100.000,--

- Untersagungsfernes Zuwiderhandeln gegen § 17 KartG
- Pandemiebedingte Begleitumstände sind nicht zu berücksichtigen
- Vorsatz

„Die Zuwiderhandlung ist an sich von (sehr) geringfügigem Schweregrad (Verstoß gegen das Verbot der Durchführung des „untersagungsfernen“ Zusammenschlusses für nur sehr kurze Zeit)“.

Jedoch ist Geldbuße von EUR 5.000 nur von symbolischer Höhe (Promillebereich des Strafrahmens) → Erhöhung auf EUR 100.000.



Conclusio

Neue Zeiten für die Geldbußenbemessung
iS einer spürbaren **abschreckenden Wirkung**

16 Ok 2/22p

16 Ok 7/23z

16 Ok 4/23h

16 Ok 6/23b

16 Ok 4/24k



DIE ÖSTERREICHISCHE JUSTIZ

DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT
