

Geldbußenentscheidung im Industriechemikalienkartell

1. Die Geldbußen des österreichischen Kartellrechts verfolgen präventive und repressive Zwecke. Nur eine angemessen hohe Geldbuße kann abschreckende Wirkung erzielen. Die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen Wettbewerbsverstoß ist der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist.

2. Die Festsetzung einer kartellrechtlichen Geldbuße ist grds eine Ermessensentscheidung, bei der neben den – nicht taxativ aufgezählten – gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich dabei um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller Umstände, nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf Grundlage etwa des Gesamtumsatzes. Die Kontrolle der Höhe einer Geldbuße im RMVerf ist darauf beschränkt, inwieweit das Kartellgericht (KG) bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind.

3. Das Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts (Art 23 VO [EG] Nr 1/2003) ist mit jenem des nationalen Rechts nicht deckungsgleich. Die Leitlinien für das Verf zur Festsetzung von Geldbußen können deshalb im Verf über eine vom KG nach nationalem Recht zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen vergleichbar sind.

4. Nach der klaren gesetzlichen Vorgabe ist bei Bemessung der Geldbuße vom erzielten Gesamtumsatz auszugehen. Dabei ist die Zusammenrechnungsregel des § 22 KartG 2005 anzuwenden. Eine Einschränkung allein auf den tatbezogenen Umsatz kommt nicht in Betracht, weil dadurch die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht ausreichend berücksichtigt würde.

5. Zwar darf das KG keine höhere Geldbuße verhängen als beantragt (§ 36 Abs 2 KartG 2005), dies ändert aber nichts an den für das KG maßgeblichen Bemessungskriterien des § 30 KartG. Bei Festsetzung der Geldbuße ist daher nicht vom Antrag der BWB auszugehen und davon – entsprechend den Mildegründen – allenfalls ein Abschlag vorzunehmen. Vielmehr bleibt der Umsatz Ausgangspunkt der Beurteilung. Lediglich wenn das KG im Rahmen seiner Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis kommt, dass eine höhere als die beantragte Geldbuße zu verhängen

gewesen wäre, darf es diesen Betrag nicht ausschöpfen, sondern lediglich die beantragte Geldbuße verhängen.

6. Bei der Ermessensentscheidung über eine kartellrechtliche Geldbuße bedarf es keines detaillierten Beweisverfahrens zur Ermittlung des exakten Ausmaßes der erzielten Bereicherung.

7. Die BWB hat kein Feststellungsinteresse an der Feststellung eines Wettbewerbsverstößes durch einen (straffreien) Kronzeugen, bloß weil allenfalls künftig ein Umstand eintreten könnte, der den Kronzeugenstatus beseitigen könnte, oder sich in Zukunft ergeben könnte, dass die BWB eine Voraussetzung des § 11 Abs 3 WettbG zu Unrecht angenommen hat.

Anmerkung:

Das seit 1. 1. 2006 eingeführte Kronzeugenprogramm zeigt allmählich auch in Österreich Wirkung. Dem Vernehmen nach wurden bis Ende 2008 insgesamt 15 Kronzeugenanträge bei der BWB eingereicht, die jedoch in den meisten Fällen noch nicht zu abschließenden E des KG führten. Der Fall „Industriechemikalienkartell“ ist nach dem Aufzugskartell (OGH als KOG 8. 10. 2008, 16 Ok 5/08) der zweite österreichische Geldbußenfall, der auf einen Kronzeugen zurückgeht, und zeigt einige Besonderheiten, die kurz hervorgehoben werden sollen:

- *Es gab hier insgesamt nur zwei Kartellanten (genauer: vier Ges, von denen zwei zu einer Unternehmensgruppe und zwei zu einer anderen Unternehmensgruppe gehören). Eine Unternehmensgruppe meldet sich als Kronzeuge (bei der BWB und – wie üblich – bei allen weiteren in Betracht kommenden Wettbewerbsbehörden einschl EK), während die andere (die Dritt- und Viert-AG) in diesem Verf ein kartellrechtswidriges Verhalten – zumindest weitgehend – bestritt. Das ErstG folgte in der Beweiswürdigung trotz mehrerer Ungereimtheiten in der Beweislage und widersprüchlicher Urkunden letztlich den Zeugen aus dem Unternehmen des Kronzeugen. Auch wenn Aussage gegen Aussage steht, ist die Beweiswürdigung im RekVerf an den OGH nicht überprüfbar. Hier zeigt sich besonders deutlich das Rechtsschutzdefizit, dass es trotz der hohen Geldbußen nur eine einzige Tatsacheninstanz gibt (krit zur Praxis mangelhaft begründeter Beweiswürdigung bei widersprechenden Zeugenaussagen auch Schoißwohl in OZK 2009, 81).*
- *Alle AG hatten im erstinstanzl Verf vor dem OLG Wien den Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt. BWB und Bundeskartellanwalt stimmten dem zu*

§ 28, § 30, § 36
Abs 2 KartG 2005

OGH als KOG
25. 3. 2009,
16 Ok 4/09
– Industriechemika-
lienkartell –

2009/197

und die Öffentlichkeit wurde gem § 47 Abs 1 KartG iVm § 19 Abs 3 AußStrG ausgeschlossen.

- Die BWB hat – gem ihrer ständigen Praxis – den Geldbußenantrag erst am Ende des erstinstanzl Verf ziffernmäßig konkretisiert; eine Bezifferung wäre rechtl gar nicht erforderlich gewesen (vgl OGH als KOG 21. 1. 2008, 16 Ok 8/07). Die BWB wandte die Berechnungsgrundsätze der EK-Leitlinien aus 2006 an, und zwar (wie auch im Aufzugskartellfall) als Bottom-up-Berechnungsmethode ausgehend vom betroffenen Umsatz (und nicht top-down ausgehend von der Kappungsgrenze). Der OGH betont – wie im Aufzugsfall –, dass bei der Geldbußenbemessung vom erzielten Konzern-Gesamtumsatz auszugehen sei, und spricht damit die Kappungsgrenze an, ohne sich aber zwingend für eine Top-down-Berechnungsmethode auszusprechen. Letztlich billigt der OGH die (ausgehend vom kartellierten Regionalumsatz) gefundene Zumessung, betont aber, dass die Geldbuße insg angemessen sein soll und Milderungsgründe nicht zu Abschlägen vom BWB-Geldbußenantrag führen. Das Gericht habe vielmehr autonom nach § 30 KartG zuzumessen und darf – wenn es eine höhere Geldbuße als angemessen ansähe – lediglich nicht den BWB-Antrag überschreiten.
- Die BWB berechnete – anders als beim Aufzugskartell (vgl Hummer, *ecolex* 2009, 146) – die Geldbuße mit 10% des von der Zuwiderhandlung betroffenen Regionalumsatzes (= € 0,47 Mio) multipliziert mit der Anzahl der Jahre (vier); Ergebnis € 1,9 Mio. Das ErstG gab dem Antrag nach Zitierung der gesetzlichen Zumessungskriterien des § 30 KartG statt, ohne die BWB-Berechnung nachzuvollziehen oder eine eigenständige Rechnung aufzumachen. Im Rek wurden – erfolglos – die detaillierte Berücksichtigung der Kriterien des § 30 KartG und ein Vergleich mit den Geldbußen im Aufzugskartell releviert. Der OGH meinte dazu (nach Zusammenfassung der in der bish OGH-Rsp aufgestellten allg Grundsätze) nur, dass eine Ermessenentscheidung vorliege und das ErstG zur Ermittlung der Strafzumessungskriterien (zB Bereicherung, tat-

sächliche Durchführung der Absprachen) kein aufwendiges Beweisverfahren müsse. Während es zB im Fall *Europay* (OGH als KOG 12. 9 2007, 16 Ok 4/07) noch eine „plausible Schätzung“ der Bereicherung gab, war diese im hiesigen Fall lt OGH „wegen des weniger formstrengen Charakters des Verf außer Streitsachen“ gar nicht mehr nötig. Schon im Aufzugskartell hatte das ErstG (KG 14. 12. 2007, 25 Kt 12/07) eine plausible Schätzung der Bereicherung unterlassen („Auf eine konkrete Bereicherung ist – mangels Feststellung – bei der Festsetzung nicht Bedacht zu nehmen“) und der OGH hatte das nicht als mangelhafte Begründung beanstandet. Nun verwirft der OGH auch das Argument, dass die Geldbuße (vgl § 30 KartG 2005: „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“) eine Relation zum Gewinn des Unternehmens haben müsse. Schließl prüfe der OGH nur, ob das ErstG bei der Ermessensentscheidung rechtl korrekt alle Faktoren berücksichtigt habe. Selbst der Wegfall eines angenommenen Erschwerungsgrundes führt nicht zur Geldbußenreduktion. ME scheint sich die Begründungsintensität gerichtlicher E in Kartellsachen zunehmend zu reduzieren, was angesichts drastischer Geldbußen als weiteres Rechtsschutzdefizit (Rechtsstaatlichkeitsdefizit) erscheint.

- Die BWB richtete gegen den Kronzeugen zwar keinen Geldbußenantrag, wohl aber – im Unterschied zum Aufzugskartell – einen Feststellungsantrag, den das ErstG jedoch wegen gleichzeitiger Anwendung des Gemeinschaftsrechts, wo eine Feststellung der EK vorbehalten wäre (Art 7 und 10 VO [EG] Nr 1/2003), zurückwies. Der OGH verneint im konkreten Fall das Feststellungsinteresse der BWB, wendet also nationales Verfahrensrecht an, ohne aber auf die spannende Frage einzugehen, ob infolge Anwendungsvorrangs überhaupt nationales Verfahrensrecht, auf das sich der BWB-Feststellungsantrag gestützt hatte, anzuwenden ist.

Walter Brugger

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger war am Verf beteiligt; er ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis RAe GmbH, Wien.