



WIEN

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner, Dr. Clemens Appl

WETTBEWERBSVOLLZUG IN ÖSTERREICH IM VERGLEICH ZU AUSGEWÄHLTEN LÄNDERN

Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch
„Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die
Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung

Studie im Auftrag der
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien



GERECHTIGKEIT MUSS SEIN

ISBN 978-3-7063-0469-6

Studie im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
Erscheinungsdatum: September 2013
Medieninhaber: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
Prinz Eugen Straße 20-22, A-1040 Wien
Tel: 0043 1 50165-0
Internet: <http://wien.arbeiterkammer.at>

Verlag- und Herstellungsort: Wien, Eigendruck
© Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien. Alle Rechte vorbehalten.
Jegliche kommerzielle Nutzung ist untersagt.
Bestellung: Diese Publikation ist kostenlos zu bestellen unter:
wp@akwien.at.

Studie

Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern

Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner

Dr. Clemens Appl

Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand der Studie / Auftrag	3
II. Das „Settlement-Verfahren“	5
A. Einvernehmliche Verfahrensbeendigung im europäischen Kartellrecht	6
1. Charakteristika und Rechtsgrundlagen der Settlement Procedure.....	6
2. Entscheidungsveröffentlichung	8
3. Akteneinsicht	9
B. Einvernehmliche Verfahrensbeendigung im österreichischen Kartellrecht	12
1. Allgemeines	12
2. Charakteristika und Rechtsgrundlagen der Settlement Procedure.....	13
3. Verfahrenstransparenz nach dem KaWeRÄG	15
4. Inhalt und Umfang von Entscheidungsveröffentlichungen	19
5. Auswirkungen auf die Beschlussausfertigung nach § 39 AußStrG.....	21
C. Akteneinsicht Dritter ohne Parteistellung im Kartellverfahren	23
1. Einsicht in Gerichtsakten des KG/KOG	23
2. Einsicht in Akten der BWB	25
a) Amtsverschwiegenheit.....	25
b) Übertragung der Rsp des EuGH zur Akteneinsicht?	26
c) Auskunftspflicht der BWB nach Art 20 Abs 4 B-VG	27
D. Rechtsvergleich	29
1. Deutschland	29
E. Schlussfolgerungen und Ausblick	30
III. Bußgeldbemessung im Kartellverfahren.....	32
A. Allgemeines	32
B. Die Natur der Geldbuße im österreichischen Kartellrecht	32
C. Die Leitlinien der EK und die Praxis der BWB	34
1. Ausgangssituation.....	34
2. Methodik der Bußgeldbemessung nach den EK-Leitlinien.....	35
3. Relevanz der Leitlinien für das Kartellverfahren in Österreich.....	37

D. Die Kriterien des § 30 KartG.....	37
1. Die Schwere der Rechtsverletzung	38
2. Die Dauer der Rechtsverletzung	39
3. Das Ausmaß der erzielten Bereicherung	40
4. Der Verschuldensgrad	40
5. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	42
6. Besonderes Nachtatverhalten.....	43
7. Sonstige Kriterien	43
E. Rechtsvergleich – Deutschland.....	44
1. Allgemeines	44
2. Bußgeldleitlinie des dBKartA.....	44
F. Schlussfolgerungen und Ausblick	45
IV. Abschöpfung der Bereicherung.....	47
A. Vorüberlegung: Streuschäden und Abschöpfung	47
B. Ist-Stand.....	48
1. Abschöpfung ieS.....	48
2. Berücksichtigung der Bereicherung bei der Bußgeldbemessung	49
3. Bewertung.....	50
C. Rechtsvergleich	51
1. Andere österreichische Rechtsquellen	51
2. Europa.....	53
3. Deutschland	54
4. Schweiz.....	56
D. Erste Überlegungen de lege ferenda	56
1. Wahl des Systems	56
2. Gesonderte Abschöpfung der Bereicherung	58
3. Bereicherung als Teil der Geldbuße	60
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	62

I. Gegenstand der Studie / Auftrag

Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren ist eine Praktik der BWB zum verwaltungs- bzw verfahrensökonomischen Abschluss von Kartellfällen. Dieser „Settlement Procedure“ liegt folgende Vorgehensweise zugrunde: Die BWB trifft – idR bevor das Verfahren an das Kartellgericht (KG) herangetragen wird – mit dem Kartellanten Abreden, nach denen der Kartellant die Rechtsverletzung eingesteht und im Gegenzug dafür die BWB ein reduziertes (Höchst-)Bußgeld beim KG beantragt. Weiters verpflichten sich alle Parteien zu einem Rechtsmittelverzicht, sodass das Kartellverfahren erstinstanzlich mit der Entscheidung des Kartellgerichts beendet werden kann.¹

Diese Praktik der BWB folgt dem Vorbild des Settlement-Verfahrens der Europäischen Kommission (EK), die – allerdings nur im Bereich der horizontalen Hardcore-Kartelle – die rechtliche Möglichkeit zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung hat. Im Unterschied zur EK, deren Rules of Procedure für das Settlement-Verfahren offengelegt sind, fehlen auf österreichische Ebene publizierte Richtlinien. Hinzu kommt, dass das gerichtliche Kartellverfahren in Österreich ein Außerstreitverfahren ist, sodass – unter bestimmten Voraussetzungen – die gerichtlichen Entscheidungen in einer „verkürzten Beschlussausfertigung“ (§ 39 Abs 4 AußStrG) ohne Begründung ergehen können.

Die österreichische Praxis der Bußgeldbemessung ist, von wenigen Bestimmungen im KartG abgesehen, ebenfalls nicht normativ determiniert. Im Unterschied zum Unionsrecht und anderen europäischen Rechtsordnungen, wie jener Deutschlands, fehlen Leitlinien für die Bußgeldbemessung – zB zur Bußgeldreduktion bei einem Settlement. In diesem Zusammenhang stellen sich zudem Fragen, inwiefern – insbesondere im Rahmen des Bußgelds – eine etwaige Bereicherung des Kartellanten abgeschöpft bzw Streuschäden wirksam erfasst werden können.

Unter Berücksichtigung der aktuellen Änderungen durch das KaWeRÄG 2013 wurden wir von der BAK beauftragt, eine Studie über diese Themenbereiche unter besonderer Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die Transparenz von Verfahren und Bußgeldbemessung zu erstellen. Im Einzelnen widmet sich diese Studie folgenden Schwerpunkten:

- **Analyse der in Österreich verhängten Geldbußen**, insbesondere auch die Frage der Faktoren, die für die Verhängung wesentlich waren (soweit öffentlich bekannt);
- **Untersuchung der gesetzlichen Anforderungen an die Transparenz und die Veröffentlichungspraxis im Kartellverfahren**, insbesondere im

¹ Xeniadis/Kühnert, ÖZK 2012, 83; Hölzl/Hummer, ÖZK 2010, 134; Steinbach/Kühnert, ecolex 2008, 441.

Settlement-Verfahren vor der BWB, unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf Schadenersatzprozesse gegen die Kartellanten;

- **Vergleich dieser österreichischen Gegebenheiten mit denjenigen in der Europäischen Union** bzw in ausgewählten europäischen Vergleichsrechtsordnungen;
- **Feststellung einer etwaigen Lücke** (auch hinsichtlich der präventiven Wirkung des Kartellrechts) und erste Vorschläge für ihre Schließung.
- **Untersuchung der Möglichkeit, Streuschäden auszugleichen** bzw die daraus resultierende Bereicherung abzuschöpfen.

II. Das „Settlement-Verfahren“

Die einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren („plea bargaining“) durch sog. „Settlements“ hat in den vergangenen Jahren auf europäischer und nationaler Ebene an Bedeutung gewonnen. Auf EU-Ebene wurden mit der VO 622/2008² und der Mitteilung der EK über die Durchführung von Vergleichsverfahren³ die unionsrechtlichen Grundlagen für Settlements bei horizontalen Hardcore-Kartellen geschaffen.

Im Jahr 2010 hat die EK erstmals ein Kartellverfahren, das sog. DRAM-Kartell,⁴ durch ein Settlement mit den beteiligten Unternehmen beendet. Im selben Jahr folgte ein weiteres, allerdings „hybrides“,⁵ Settlement zum Tierfutterkartell.⁶ Insgesamt hat die EK bisher insgesamt fünf Kartellverfahren mit Settlement abgeschlossen.⁷

Das Settlement-Verfahren in Österreich steht noch mehr am Anfang. Abgesehen von einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung in einem untypischen Fall des Marktmachtmissbrauchs,⁸ wurde im Jahr 2012 im Verfahren zum Brauereikartell erstmals ein mehrparteiliches Kartellbußverfahren (in den jeweiligen Einzelverfahren) durch ein Settlement beendet.⁹ Jüngst wurden auch die Verfahren zum Molkerei-Kartell¹⁰ und Dämmstoff-Kartell,¹¹ denen jeweils vertikale Preisabsprachen zugrunde lagen, durch Settlement beendet. Allerdings fehlen, im Unterschied zur Situation auf Unionsebene, in Österreich transparente Regelungen für die einvernehmliche Verfahrensbeendigung.

In der Folge sollen ausgehend von europäischen Regelungen die österreichische Rechtslage bzw. die Rahmenbedingungen für das Settlement-Verfahren untersucht werden. Auch die Situation in anderen Mitgliedsstaaten der EU wird einbezogen.

² VO 622/2008/EG der EK vom 30. 6. 2008 zur Änderung der VO 773/2004/EG hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen, ABI 2008 L 171, 3.

³ Mitteilung der EK über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Art 7 und Art 23 VO 1/2003/EG des Rates in Kartellfällen, ABI 2008 C 167, 1.

⁴ EK, COMP/38.511 – *DRAMs*, ABI 2011 C 180, 9.

⁵ Bei einem hybriden Settlement erlässt die EK zwei Kartellbeschlüsse: Gegenüber denjenigen Unternehmen, die einem Vergleich zustimmen und ihre Kartellbeteiligung eingestehen, wird im (verkürzten) Vergleichsverfahren ein Beschluss erlassen. Gegenüber jenen Unternehmen, die sich dem Vergleich nicht anschließen, wird ein Beschluss im ordentlichen Verfahren erlassen.

⁶ EK, COMP/38.866 – *Futterphosphate*, ABI 2011 C 111, 19.

⁷ Neben dem DRAM- und Futtermittel-Kartell: EK, COMP/39.579 – *Wasch- und Reinigungsmittel im Haushalt*, ABI 2011 C 193, 14; EK, COMP/39.605 – *CRT-Glas*, ABI 2012 C 48, 18; COMP/39.600 – *Kühlkompressoren*, ABI 2012 C 122, 6.

⁸ BWB/M-222 – *Telekom*.

⁹ BWB/FD-212 – *Bierbrauer*.

¹⁰ KG 23.1.2013, 29 Kt 77/12 (Fa. Berglandmilch).

¹¹ KG 14.1.2013, 27 Kt 75, 76, 77/12 (Fa. Steinbach) sowie KG 05.11.2012, 27 Kt 57/12 (Fa. Bauhaus)

A. Einvernehmliche Verfahrensbeendigung im europäischen Kartellrecht

1. Charakteristika und Rechtsgrundlagen der Settlement Procedure

Rechtsgrundlage des Vergleichsverfahrens ist auf europäischer Ebene Art 10a DurchführungsVO.¹² Die näheren Einzelheiten sind in einer Mitteilung der EK (ABl 2008 L 167/1) beschrieben. Bei der Einleitung eines Vergleichsverfahrens ist der EK ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt (Art 1 DurchführungsVO).

Mit dem Vergleichsverfahren bezweckt die EK „mit unveränderten Ressourcen mehr Fälle bearbeiten zu können, um dadurch dem Allgemeininteresse an einer wirksamen und rechtzeitigen Ahndung von Zuwiderhandlungen zu entsprechen und die Abschreckungswirkung insgesamt zu verbessern“.¹³ Im Übrigen kann ein Unternehmen, das sowohl in den Anwendungsbereich der Kronzeugenregelung¹⁴ als auch in jenen der Mitteilung zum Settlement fällt, zweifach belohnt werden,¹⁵ was zu einer **Bußgeldminderung von bis zu 60 %** führen kann.¹⁶ Ein Rechtsanspruch der Parteien auf Durchführung eines Vergleichsverfahrens besteht nicht; die EK darf nur auf schriftlichen Antrag der Parteien hin Vergleichsgespräche aufnehmen.¹⁷

In einer **ersten Phase** lotet die EK jene Fälle aus, in denen die Parteien an Vergleichsverhandlungen interessiert sein könnten. Bei dem Entschluss, ob die EK Vergleichsgespräche führt oder nicht bzw abbricht, kommt ihr ein weites Ermessen zu. Die EK berücksichtigt dabei die Wahrscheinlichkeit, ob mit den Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Konsens betreffend die Beschwerdepunkte hergestellt werden kann. Sie berücksichtigt dabei folgende Faktoren:¹⁸

- Anzahl der Parteien,
- vorhersehbare Konflikte bei der Haftungszurechnung,
- Umfang der Anfechtung des Sachverhalts,
- Aussichten auf eine Rationalisierung des Verfahrens aufgrund des in dem Vergleichsverfahren insgesamt erlangten Fortschritts,
- Entstehung eines Präzedenzfalles usw.

¹² VO 773/2004, ABl 2004 L 123, 18 idF VO 1792/2006 und VO 662/2008.

¹³ Pkt. 1 ABl 2008 L 167/1.

¹⁴ ABl 2006 C 298/11.

¹⁵ Pkt. 33 ABl 2008 L 167/1.

¹⁶ Für das erste Unternehmen, das Beweismittel mit erheblichem Mehrwert vorlegt, wird eine Ermäßigung zwischen 30 % und 50 % gewährt (Pkt. 26 ABl 2006 C 298/11).

¹⁷ Pkt. 5 f ABl 2008 L 167/1.

¹⁸ Pkt. 5 ABl 2008 L 167/1.

Daran schließen in einer **zweiten Phase** Sondierungsschritte nach Maßgabe der Pkt 8 ff ABI 2008 L 167/1 an. Dies beinhaltet insbesondere ein Schreiben an die beteiligten Unternehmen (und Mitgliedstaaten) zur Information über den Beschluss, ein Vergleichsverfahren einzuleiten. Danach liegt es in der Hand der Unternehmen, mit der EK in Vergleichsverhandlungen zu treten. Sie haben diesfalls binnen offener Frist schriftlich ihre Bereitschaft zu signalisieren, Vergleichsgespräche im Hinblick auf die mögliche Vorlage von Vergleichsausführungen aufzunehmen (Art 10a Abs 1 DurchführungsVO).

In einer **dritten Phase** finden bilaterale Vergleichsgespräche mit den Unternehmen statt. Dabei sollen Argumente betreffend potenzielle Beschwerdepunkte, Haftung und Geldbußenhöhe sowie diesbezügliche Beweismittel und nicht-vertrauliche Fassungen sonstiger Unterlagen offengelegt bzw ausgetauscht werden (Art 10a Abs 2 DurchführungsVO).¹⁹

In der **vierten Phase** kann die EK gemäß Art 10a Abs 2 DurchführungsVO bei Fortschritten in den Vergleichsgesprächen eine Frist festlegen, innerhalb der sich die Parteien verpflichten können, das Vergleichsverfahren durch die Vorlage von „Vergleichsausführungen“ anzunehmen. Diese Vergleichsausführungen, die von den Parteien nicht einseitig widerrufen werden können,²⁰ haben auf Grundlage der Vergleichsgespräche folgende Punkte zu enthalten:²¹

- ein eindeutiges Anerkenntnis der Haftung für die Zuwiderhandlung (die hinsichtlich ihres Ziels, ihrer möglichen Durchführung, des hauptsächlichen Sachverhalts, dessen juristischer Bewertung, der Rolle der Partei und der Dauer ihrer Teilnahme zusammenfassend dargelegt werden muss);
- eine Angabe zum Höchstbetrag der Geldbuße, die von der EK verhängt werden soll und von den Parteien akzeptiert wird;
- eine Erklärung der Parteien, dass sie über die Beschwerdepunkte hinreichend informiert wurden und Gelegenheit hatten, ihre Auffassungen der EK vorzutragen;
- eine Erklärung der Parteien, dass sie nicht beabsichtigen neuerlich Akteneinsicht oder eine mündliche Anhörung zu beantragen;
- die Zustimmung der Parteien die Mitteilung der Beschwerdepunkte in der vereinbarten Amtssprache entgegenzunehmen.

Schließlich endet das Vergleichsverfahren in der **fünften Phase** durch Zustellung der angepassten Mitteilung der Beschwerdepunkte, die den Inhalt der Vergleichsausführungen wiedergeben. Die Parteien haben binnen offener Frist in ihrer schriftlichen Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu bestätigen, dass die ihnen zugestellte Mitteilung

¹⁹ S dazu auch Pkt. 14 ff (insb Pkt. 16) ABI 2008 L 167/1.

²⁰ Pkt. 22 ABI 2008 L 167/1.

²¹ Pkt. 20 ABI 2008 L 167/1.

der Beschwerdepunkte den Inhalt ihrer Vergleichsausführungen wiedergibt. Daraufhin kann die EK eine „Vergleichs-“Entscheidung nach Art 7 und 23 DurchführungsVO erlassen.

Die Vergleichsausführungen sind nach Ansicht der EK von der **Einsichtnahme im Rahmen der TransparenzVO** ausgenommen.²²

2. Entscheidungsveröffentlichung

Die Veröffentlichung von Entscheidungen der EK ist in Art 30 VerfVO²³ geregelt. Danach sind in der Entscheidungsveröffentlichung die Beteiligten zu benennen und der wesentliche Inhalt der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen wiederzugeben. Zweck der Entscheidungsveröffentlichung nach Art 30 VerfVO ist insbesondere bei Sanktionsentscheidungen der damit einhergehende abschreckende, generalpräventive Effekt: Den Unternehmen soll „*die Effizienz des europäischen Kartellrechts vor Augen geführt werden.*“²⁴ Daneben dient die Veröffentlichung auch der Information der Öffentlichkeit, der Transparenz des Verfahrens sowie der Unterrichtung Dritter, deren Interessen berührt wurden und die erst durch Veröffentlichung in der Lage sind diese Interessen durchzusetzen.²⁵

Die EK publiziert Entscheidung nicht nur – auf den gebotenen Mindestinhalt²⁶ iSd Art 30 VerfVO verkürzt – im Amtsblatt der EU (Abteilung „L“), sondern idR auch in vollem Umfang unter Berücksichtigung der Geschäftsgeheimnisse auf der Website der GD Wettbewerb.²⁷ Während die Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in alle Amtssprachen übersetzt wird, sind jene auf der Website der EK nur in der Verfahrenssprache bzw in den Arbeitssprachen der EK (deutsch, englisch, französisch) verfügbar. Für die (somit nicht anonymisierte) Veröffentlichung auf der Website der EK fehlt eine ausdrückliche Rechtsgrundlage;²⁸ die ganz überwiegende Ansicht hält sie aber für zulässig.²⁹ Denn nach der Rsp müssen gerade in Wettbewerbsfällen nicht näher

²² Pkt. 40 ABI 2008 L 167/1.

²³ VO 1/2003, ABI 2003 L 1, 1 idF VO 411/2004, VO 1419/2006.

²⁴ Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Hg), Kartellrecht², Art 30 VerfVO Rz 2.

²⁵ Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Hg), Kartellrecht², Art 30 VerfVO Rz 2; Miersch in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 1.

²⁶ Der Begriff „wesentlicher Inhalt“ ist dem Sinn zu verstehen, dass der Publikationsumfang nur nach unten nicht aber nach oben hin begrenzt ist: EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439 (II-1464 f).

²⁷ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result [05/2013].

²⁸ Bechthold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art 30 VO 1/2003 Rz 5.

²⁹ Ritter in Immenga/Mestmäcker (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 9. Miersch in Grabitz/Hilf (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 2. AM allerdings Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf (Hg), Kartellrecht², Art 30 VerfVO Rz 4.

spezifizierte Anonymitätsinteressen des Kartellanten hinter die Interessen der Öffentlichkeit und geschädigter Dritter zurücktreten.³⁰

Die Veröffentlichung hat allerdings dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen.³¹ Daher sind die Betroffenen vor der Veröffentlichung zu konsultieren. Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse geht den Publikationsinteressen der Allgemeinheit vor. Nach Art 339 AEUV bilden auch Berufsgeheimnisse eine Publikationsschranke. Dazu zählen die Identität Beschuldigter sowie Art und Höhe vorgeschlagener Sanktionen, solange die Entscheidung nicht rechtskräftig ist.³²

3. Akteneinsicht

Die **Mitteilung der EK zur Akteneinsicht im Kartellverfahren** (ABl 2005 C 325/7) ist im gegebenen Zusammenhang nicht einschlägig, weil darin primär das umfassende Einsichtsrecht des betroffenen Unternehmen (Pkt. 7) geregelt ist. Ein Einsichtsrecht Dritter, insbesondere der durch die Wettbewerbsverletzung Geschädigten, sieht die Bekanntmachung der EK nicht vor. Als Dritte haben lediglich Beschwerdeführer (Pkt. 30) ein begrenztes Einsichtsrecht betreffend bestimmte Verfahrensakte; dies stimmt jedoch nicht mit dem Recht auf Akteneinsicht des Betroffenen überein.³³ Dieses Einsichtsrecht ist zudem für den Fall anwendbar, dass die EK die Absicht mitgeteilt hat, die Beschwerde zurückzuweisen. Danach erhält der Beschwerdeführer auf Antrag einmalig die Möglichkeit zur Einsichtnahme, wobei aber **Geschäftsgeheimnisse und sonstige vertrauliche Informationen** nicht zugänglich gemacht werden.³⁴ Sonstige vertrauliche Informationen sind laut Pkt. 19 der Bekanntmachung *„Informationen, die keine Geschäftsgeheimnisse sind, aber insoweit als vertraulich angesehen werden können, als eine Person oder ein Unternehmen durch ihre Offenlegung erheblich geschädigt werden können.“* Dies geht freilich über den Schutz der Geschäftsgeheimnisse (Pkt. 18) deutlich hinaus.

Das EuG hat in der RS *Österreichische Postparkasse*³⁵ das Recht zur Akteneinsicht über die Bekanntmachung der EK hinaus auch auf Dritte erweitert, die nicht Beschwerdeführer sind. Kann ein **Verbraucher** ein berechtigtes Interesse beweisen, berechtigt ihn das Kartellverfahrensrecht zur Einsicht in die nichtvertrauliche Fassung der Beschwerdepunkte, bevor eine Entscheidung ergeht und veröffentlicht wird. Für ein berechtigtes Interesse genügt es dabei schon, dass der Antragsteller aufgrund der

³⁰ EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439 (II-1465).

³¹ Art 30 Abs 2 VerfVO. *Miersch in Grabitz/Hilf* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 3.

³² *Weiß in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), Kartellrecht², Art 30 VerfVO Rz 7.

³³ EuG Rs T-17/93 – *Matra-Hachette*, Slg 1994, II-595 (II-609). S auch Pkt. 30 ff ABl 2005 C 325/7.

³⁴ Pkt. 17 und 31 f ABl 2005 C 325/7.

³⁵ EuG vBRs T-213, 214/01 – *PSK*, Slg 2006, II-1609.

Wettbewerbsverletzung in seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt ist.³⁶ Dieses Einsichtsrecht ist freilich inhaltlich begrenzt und erfasst insbesondere keine „vertraulichen Informationen“, die aber für Follow-on-Klagen idR entscheidend sind.³⁷

Damit bietet das europäische Kartellverfahrensrecht für durch Wettbewerbsverletzungen Geschädigte, die ihre zivilrechtlichen Ansprüche durchsetzen möchten, kaum zufriedenstellende Instrumente, um den anspruchsbegründenden Sachverhalt durch Akteneinsicht zu erheben.

Neben den kartellverfahrensrechtlichen Vorschriften bietet aber die **TransparenzVO** (VO 1049/2001, ABI 2001 L 145, 43) potenziell Geschädigten mit Blick auf die Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen die Möglichkeit, **Einsicht in Kartellverfahrensakte** zu nehmen. Im Unterschied zu den Regelungen der Akteneinsicht im Kartellverfahren, die dem Schutz von Verfahrensrechten (insb dem Schutz des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Entscheidung) dienen,³⁸ verfolgt die TransparenzVO den Zweck, politisches und administratives Handeln der EU-Organe transparent zu machen.³⁹ Eine solche Transparenz steigere nach ErwGr 2 die „*Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger in einem demokratischen System*“.

Gemäß Art 2 TransparenzVO haben **jeder Unionsbürger** sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat – nach Maßgabe der in der VO festgelegten Bedingungen und Einschränkungen – ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der EU-Organe. Der Antrag auf Zugang zu den Dokumenten (Art 6 TransparenzVO) ist vom EU-Organ unverzüglich nach Einlangen zu bearbeiten; binnen 15 Arbeitstagen nach Registrierung muss entschieden werden, ob die Einsicht gewährt oder abgelehnt wird.

Erfasst sind alle Dokumente eines EU-Organs aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von dem Organ selbst erstellt wurden oder bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden. Dies schließt, wie das EuG in der RS *VKI (Lombard Club)*⁴⁰ klar zum Ausdruck gebracht hat, auch Kartellverfahrensakte mit ein.

Die EK, wie auch jedes andere EU-Organ, kann nach Maßgabe des Art 4 Abs 1-2 Transparenz VO den **Zugang zu ihren Dokumenten verweigern:**

- zum Schutz des öffentlichen Interesses,
- zum Schutz der Privatsphäre und Integrität der Einzelnen,

³⁶ EuG vBRs T-213, 214/01 – *PSK*, Slg 2006, II-1609 (II-1643 ff)

³⁷ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152 (153).

³⁸ *Ritter in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 14.

³⁹ Vgl dazu Pkt. 2 ABI 2005 C 325/7. Siehe auch ErwGr 2 der Verordnung.

⁴⁰ EuG T-2/03 – *Verein für Konsumenteninformation*, Slg 2005, II-1121.

- zum Schutz der geschäftlichen Interessen (Geschäftsgeheimnisse, gewerbliche Schutzrechte),
- zum Schutz von Gerichtsverfahren und Rechtsberatung,
- zum Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten.

Gemäß Art 4 Abs 3 TransparenzVO wird der Zugang zu einem Dokument, das von einem Organ für den internen Gebrauch erstellt wurde oder bei ihm eingegangen ist und das sich auf eine Angelegenheit bezieht, in der das Organ noch keinen Beschluss gefasst hat, verweigert, sofern die Verbreitung den Entscheidungsprozess „*ernstlich beeinträchtigen*“ würde, es sei denn, es besteht ein „*überwiegendes öffentliches Interesse*“ an der Verbreitung. **Dies schließt idR eine Einsicht Dritter in Kartellverfahrensakte laufender Kartellverfahren aus.**

Im Hinblick auf **Dokumente Dritter** – solche liegen in Kartellverfahren häufig vor (zB wesentliche Dokumente von Kronzeugen oder Vergleichsausführungen) – hat das EU-Organ (hier die EK) den Betroffenen gemäß Art 4 Abs 4 TransparenzVO zu konsultieren, ob mit einer Zugänglichmachung schutzwürdige Interessen im Lichte der Ausnahmeregelungen (Art 4 Abs 1-2 TransparenzVO) verletzt werden. Diese Konsultation bindet das Organ nicht.⁴¹

Was bedeutet dies aber konkret für das Settlement-Verfahren? Die EK ist, der Auffassung,⁴² dass eine Offenlegung von Unterlagen sowie schriftlichen oder aufgezeichneten Ausführungen, die im Rahmen des Vergleichsverfahrens eingehen, „*in der Regel*“ bestimmte private oder öffentliche Interessen (zB der Schutz der Inspektions- und Untersuchungstätigkeit) schädigen würde. Das gilt insbesondere auch für die von den Parteien gemachten Vergleichsausführungen. Die EK verweigert daher, auch nachdem die Entscheidung ergangen ist, den Zugang zu diesen Dokumenten (Art 4 VO 1049/2001).

Derart pauschal formulierte Zugangsbeschränkungen sind aber im Lichte der Rechtsprechung des EuG problematisch. Denn die EK ist, wie das EuG in der RS *VKI (Lombard Club)*⁴³ ausdrücklich klargestellt hat, zur **Einzelfallprüfung** verpflichtet. Im konkreten Fall hat das EuG die pauschale Weigerung der EK, einer Interessenvereinigung zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche Zugang zu den der Entscheidung zugrunde liegenden Dokumenten zu gewähren, als Verstoß gegen die TransparenzVO angesehen. Das EuG hat die EK zu einer „*konkreten und individuellen Prüfung*“ verpflichtet, ob Gründe für eine Einsichtsverweigerung oder eine Zugangsbeschränkung vorliegen.⁴⁴ Den Einwand der EK, dass die Einsichtsgewährung eine unzumutbare

⁴¹ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152 (155).

⁴² Pkt. 40 ABI 2008 C 167/1 (vgl auch Pkt. 40 ABI 2006 C 298/11).

⁴³ EuG T-2/03 – *Verein für Konsumenteninformation*, Slg 2005, II-1121.

⁴⁴ EuG T-2/03 – *Verein für Konsumenteninformation*, Slg 2005, II-1121 (II-1146).

Belastung der EK (die Verfahrensakte umfasst 47.000 Seiten) hat das EuG in dieser Allgemeinheit nicht gelten lassen.

Die TransparenzVO berechtigt jedoch nach hA⁴⁵ nicht zur Einsicht in jene Dokumente, mit denen ein Kartellant seine Bereitschaft zur Vorlage geheimer Kartellunterlagen signalisiert, um in den Genuss der Kronzeugenregelung oder eines Settlements zu kommen. Diese Dokumente sind vertraulich, weil sie das Geständnis einer Zuwiderhandlung implizieren. Demgegenüber sind alle Unterlagen, die zur Feststellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind und im Rahmen der Entscheidung verwertet wurden, grds einer Einsichtnahme auf Grundlage der TransparenzVO zugänglich.⁴⁶

B. Einvernehmliche Verfahrensbeendigung im österreichischen Kartellrecht

1. Allgemeines

Anders als auf europäischer Ebene, wo die EK zugleich Ermittlungs- und auch Strafbehörde ist, obliegen auf nationaler Ebene nur die Ermittlung und Verfahrenseinleitung der BWB. Das Entscheidungsverfahren als solches führt hingegen das KG nach dem AußStrG. Mangels sondergesetzlicher Bestimmungen im AußStrG, KartG oder WettbG über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung stellt sich die Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage diese fußt.

In ökonomischer Hinsicht wird die Notwendigkeit von Settlement-Verfahren damit gerechtfertigt, dass diese eine effizientere Nutzung der Ressourcen der Wettbewerbsbehörden ermöglichen.⁴⁷ Gerade in Österreich hat – wie ein Bericht der Sozialpartner⁴⁸ belegt – die Wettbewerbsbehörde eine vergleichsweise dünne Personaldecke. Daher sei die Möglichkeit einvernehmlicher Verfahrensbeendigungen, die den Verfahrensaufwand deutlich reduzieren, für die ohnedies personell unterbesetzte BWB von besonderer Bedeutung.

Ungeachtet der rechtlichen Grundlegung des Settlement-Verfahrens bleibt daher zu bedenken, dass einer verstärkten Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen wohl wichtiger sein dürfte als eine erschöpfende Durchführung des einzelnen Bußgeldverfahrens. Das Effizienzkriterium kann jedoch nicht der alleinige Maßstab sein, sodass auch im Kartellverfahren grundlegende Anliegen der Rechtsstaatlichkeit zu beachten bleiben.

⁴⁵ Ritter in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 15.

⁴⁶ Vgl mwN Ritter in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 15 Rz 6.

⁴⁷ OECD, OECD Journal: Competition Law and Policy 2011, 107 (129); OECD Policy Brief, Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases (2008).

⁴⁸ *Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen*, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, Nr. 84, 2010, 33 f.

Der Nutzen der Kartellanten besteht auch, aber nicht nur darin, das Verfahren zügig und ressourcenschonend abzuschließen. Aus Perspektive der Kartellanten ist vielmehr die Bußgeldreduktion ein erster zentraler Punkt. Der Entwurf eines Standpunkts zu vertikalen Preisbindungen⁴⁹ sieht vor, dass im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bis zu 20% Strafnachlass gewährt werden können. Dem Vernehmen nach soll es auch schon zu höheren Nachlässen gekommen sein.

Zweitens ist – wenn auch nicht offen ausgesprochen – die rudimentäre Publizität der einvernehmlich beendeten Verfahren ein zentrales Motiv für das Settlement. Das Unternehmen ist insofern auch einem gewissen Druck ausgesetzt, eher einem Settlement zuzustimmen, als ein langwieriges Verfahren mit voller Publizität in Kauf zu nehmen, selbst wenn ein – zumindest teilweises – Obsiegen nicht ausgeschlossen ist. Inwiefern die uU bestehende Drucksituation Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Settlement-Verfahrens als solches hat, ist im Schrifttum umstritten.⁵⁰

2. Charakteristika und Rechtsgrundlagen der Settlement Procedure

Anders als auf europäische Ebene fällt das Kartellverfahren in Österreich bereits in erster Instanz in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In diesem Zusammenhang ordnet § 38 KartG an, dass das KG (§ 58 Abs 1 KartG) und das KOG (§ 58 Abs 2 KartG) in Angelegenheit des Kartellrechts im Verfahren außer Streitsachen entscheiden. Das KG wird dabei grds nur auf Antrag tätig (§ 36 Abs 1 KartG), wobei im Bußgeldverfahren nur BWB und BKartA zu den Antragsberechtigten zählen (§ 36 Abs 2 KartG).

Als Rechtsgrundlage für eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung vor dem KG kommt – abgesehen von der Zurücknahme des Antrags (§ 11 AußStrG iVm § 36 Abs 5 KartG) oder einer Ruhensvereinbarung (§ 28 AußStrG) – zunächst der **gerichtliche Vergleich nach § 30 AußStrG** infrage. Ein solcher Vergleich ist aus Perspektive des AußStrG unproblematisch, setzt aber freilich die Disponibilität über den Antrag voraus. Eben diese Disponibilität über den Antrag erscheint insbesondere beim Bußgeldverfahren äußerst fraglich. *Hölzl/Hummer*⁵¹ bringen zutreffend vor, dass damit zwar einer raschen und ressourcenschonenden Verfahrensvereinigung gedient würde, jedoch general- bzw spezialpräventive Gründe gegen die Zulässigkeit sprächen. Der gerichtliche Vergleich habe nämlich verfahrensbeendende Wirkung, wodurch der Kartellant frühzeitig aus dem Verfahren ausscheidet, ohne dass über das Vorliegen der Zuwiderhandlung entschieden wird. Gegen einen gerichtlichen Vergleich wird darauf aufbauend vorgebracht, dass

⁴⁹ <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Bu%C3%9Fgelder/Documents/L%20E%20I%20T%20F%20A%20D%20E%20N%20final%2012062013.pdf> (07/2013).

⁵⁰ S dazu mwN *Xeniadis/Kühnert*, ÖZK 2012, 83 (88 f).

⁵¹ *Hölzl/Hummer*, ÖZK 2010, 134 (135 f).

mangels inhaltlicher Entscheidung die damit einhergehende repressive und präventive Wirkung verloren gehe. Auch führe die vergleichsweise Bereinigung dazu, dass im Wiederholungsfall der Erschwerungsgrund der Wiederholungstäterschaft entfällt.⁵²

Der Vergleich nach § 30 AußStrG entfaltet zudem nicht die Bindungswirkung einer materiell rechtskräftigen Entscheidung.⁵³ Für *Follow-on*-Klagen nach § 37a Abs 1 KartG folgt daher, dass aufgrund des Fehlens einer „rechtskräftigen Entscheidung“ des KG iSd § 37a Abs 3 KartG keine Bindungswirkung der Zivilgerichte entstehen kann und folglich die Rechtsdurchsetzung empfindlich erschwert wird.⁵⁴ Daher scheidet der gerichtliche Vergleich nach § 30 AußStrG als Grundlage für eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung im Bußgeldverfahren aus.⁵⁵

Tatsächlich beruht die **österreichische Settlement-Praxis** auch nicht auf § 30 AußStrG, sondern auf einem Kunstgriff, mit dem die Eigenheiten von AußStrG und KartellG genützt werden. Das KG erkennt lediglich die gleichlautenden Vorbringen und Anträge für Recht und schließt das Verfahren mit formeller Entscheidung ab. Dabei bleibt kaum Raum für eine umfassende Wahrheitsfindung durch das Gericht.

Im Einzelnen gestaltet sich die Settlement-Praxis in Österreich folgendermaßen: Ausgangspunkt ist das Antragsprinzip nach § 36 Abs 1 KartG sowie die alleinige Aktivlegitimation von BWB und BKartA im Bußgeldverfahren nach § 36 Abs 2 KartG. Es liegt nun im Ermessen der Behörde, ob diese ein Settlement anstrebt oder nicht. Dem liegt freilich die nicht unumstrittene Prämisse zugrunde, dass die Behörde über den Bußgeldanspruch nach eigenem Ermessen unter Beachtung des öffentlichen Interesses an einer effektiven Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen disponieren kann.⁵⁶

Wenn ein Settlement angestrebt wird, tritt die Behörde mit dem Kartellanten in Vergleichsverhandlungen ein. Diese haben das Ziel, dass die BWB und der Kartellant den Sachverhalt, die Rechtsverletzung und die Höhe des (Höchst-) Bußgelds außer Streit stellen sowie vor dem KG jeweils auf Rechtsmittel verzichten. Derartige Abreden sind vor und – theoretisch – auch noch im Verfahren vor dem KG möglich, zumal die Bestimmung des Bußgelds durch die BWB idR erst nach Abschluss des kartellgerichtlichen Beweisverfahrens erfolgt (§ 9 Abs 2 AußStrG). Der Bußgeldnachlass sollte dabei nach Ansicht von *Xeniadis/Kühnert*⁵⁷ unter Berufung auf die Praxis in anderen Mitgliedstaaten

⁵² *Hözl/Hummer*, ÖZK 2010, 134 (137).

⁵³ *Rechberger*, AußStrG, § 30 AußStrG Rz 4.

⁵⁴ Vgl *Hözl/Hummer*, ÖZK 2010, 134 (136).

⁵⁵ S bereits *Hözl/Hummer*, ÖZK 2010, 134 (137).

⁵⁶ Dazu *Kodek* in *Matousek/Müller/Thanner* (Hrsg), Jahrbuch Kartell- und Wettbewerbsrecht 2011, 27 (34 ff); *Rechberger* in *Matousek/Müller/Thanner* (Hrsg), Jahrbuch Kartell- und Wettbewerbsrecht 2011, 89 (92 ff, 104).

⁵⁷ *Xeniadis/Kühnert*, ÖZK 2012, 83.

und mit Bedacht auf die Anreizwirkung, mindestens 5 bis 10 % betragen, jedoch 20 % nicht überschreiten; dem Vernehmen nach gehen die Abschlüsse aber auch (deutlich) darüber hinaus. In der Folge werden beim KG akkordierte Vorbringen und Anträge eingebracht, sodass iSd § 39 Abs 4 AußStrG „gleichgerichtete Anträge“ vorliegen.

Das Gericht hat gemäß § 13 AußStrG für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen und dieses so zu gestalten, dass eine „erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands“ und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet ist. Neben dem Grundsatz der Prozessökonomie hat das Gericht gemäß § 16 AußStrG von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen aufgeklärt werden. Der damit statuierte, für das Außerstreitverfahren typische Untersuchungsgrundsatz findet jedoch – insbesondere im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Prozessökonomie – praktische Grenzen. Angesichts der akkordierten Vorbringen von Kartellant und BWB bleibt dem Gericht nur ein sehr theoretischer Spielraum zur Vornahme selbstständiger Untersuchungen, weil die Entscheidungsgrundlagen außer Streit stehen.

Weiters liegt auch darin eine Schranke, dass nach § 36 Abs 4 AußStrG bzw § 36 Abs 2 KartG der Verfahrensgegenstand mit den Anträgen der Parteien begrenzt ist. IZm mit dem Initiativmonopol kommt der BWB (oder dem BKartA) – wenn auch implizit – das Recht zu, das Höchstmaß des Bußgelds festzulegen. Dieser Umstand ist für die Attraktivität des Settlement-Verfahrens entsprechend bedeutsam, weil das KG nur zugunsten des Kartellanten von der beantragten Bußgeldhöhe – theoretisch – abweichen kann.

In der Folge verkündet das KG idR mündlich, bei hinreichend geklärten Entscheidungsgrundlagen bereits am ersten Verhandlungstag, und fertigt seinen Beschluss in verkürzter Form aus, dh ohne Begründung. Letzteres ist nur möglich, wenn gleichgerichtete (bzw nicht widersprechende) Vorbringen bzw Anträge der Parteien vorlagen und die Parteien einen Rechtsmittelverzicht abgeben (§ 39 Abs 4 AußStrG).

Nach dem KaWeRÄG, dessen Änderungen erklärtermaßen der „Steigerung der Transparenz“ dienen sollen,⁵⁸ ergibt sich an der Schnittstelle von AußStrG und KartG im Zusammenhang mit dem Settlement-Verfahren ein spezifisches – und nach wie vor ungelöstes – Dilemma: Ist eine verkürzte Beschlussausfertigung im Lichte des § 37 KartG nF noch zulässig?

3. Verfahrenstransparenz nach dem KaWeRÄG

Gemäß § 47 Abs 1 KartG hat auf Antrag einer Partei eine Verhandlung stattzufinden; sonst kann das Gericht eine mündliche Verhandlung anordnen, wenn es dies zur

⁵⁸ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 1.

Verfahrensbeschleunigung, zur Erhebung des Sachverhalts oder zur Erörterung von Rechtsfragen für zweckmäßig erachtet (§ 18 AußStrG). Die **Transparenz des Verfahrens vor dem KG** wird im Falle einer Verhandlung durch § 19 AußStrG iVm § 47 Abs 1 KartG gewährleistet, wonach mündliche Verhandlungen grds öffentlich durchzuführen sind.

Ausschluss der Öffentlichkeit. Allerdings ist auf Antrag einer Partei die Öffentlichkeit auszuschließen, soweit dies zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen notwendig ist (§ 47 Abs 1 KartG). Einzig Regulatoren (s dazu § 46 KartG) haben – selbst bei Ausschluss der Öffentlichkeit und fehlender Parteistellung Zutritt zur Verhandlung, was mit der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit argumentiert wird.⁵⁹ Hinsichtlich des Umfangs des Ausschlusses der Öffentlichkeit ist darauf hinzuweisen, dass diese nicht für die gesamte Verhandlung ausgeschlossen werden muss. Ein Ausschluss für einzelne Teile ist möglich, wobei das Gericht den Rest der Verhandlung dann öffentlich durchzuführen hat.⁶⁰ Wird im Kartellverfahren der Ausschluss der Öffentlichkeit von einer Partei beantragt, ist das KG bezüglich des beantragten Umfangs an den Antrag der Partei gebunden.⁶¹

Der **Begriff „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“** umfasst einen eigentümlichen und nicht offenkundigen Wissensstand, an dessen Nichtoffenbarung der Inhaber des Unternehmens ein schutzwürdiges Interesse hat. Von einem „Geschäftsgeheimnis“ ist zu sprechen, wenn es sich um Wissensstand kaufmännischen Charakters handelt, von einem „Betriebsgeheimnis“, wenn es um technisches Wissen geht.⁶² In den Mat zu § 125 TKG findet sich folgende Definition: *„Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, die nur einem eng begrenzten, im Wesentlichen geschlossenen Personenkreis bekannt und für andere nicht oder nur schwer zugänglich sind. Der Berechtigte muss an der Geheimhaltung jedenfalls ein schutzwürdiges wirtschaftliches und objektiv berechtigtes Interesse haben.“*

Da mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit das Verfahren an Transparenz verliert und damit Dritten uU zentrale Kenntnisse im Hinblick auf **Follow-on-Klagen** vorenthalten werden, ist bei der Beurteilung, ob ein Geschäfts- bzw Betriebsgeheimnis vorliegt, große Sorgfalt angezeigt. Nach der Rsp zu einer in gewisser Weis verwandten Norm, § 11 UWG, zählen typischerweise die den Kunden gewährten Konditionen, der Kundenstock, die Preisbemessung und die Einkaufskonditionen dazu.⁶³ Damit sind klassische Themen angesprochen, die auch häufig in Kartellverfahren zu behandeln sind und demgemäß einen

ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 11.

⁶⁰ Rechberger, AußStrG, § 19 AußStrG Rz 8.

⁶¹ Rechberger, AußStrG, § 19 AußStrG Rz 8.

⁶² Vgl Schragel in Fasching/Konecny, ZPO² § 172 ZPO Rz 11; Thiele in Wiebe/Kodek, UWG² § 11 UWG Rz 30. die Mat zum TKG: ErläutRV 128 BlgNR XXIII. GP, 23.

⁶³ MWN Thiele in Wiebe/Kodek, UWG² § 11 UWG Rz 34.

Ausschluss der Öffentlichkeit vom Kartellverfahren rechtfertigen können. Zu beachten ist jedoch, dass der Berechtigte an der Geheimhaltung ein objektiv berechtigtes Interesse haben muss, das auch schutzwürdig ist. In zumindest zwei Situationen kann es im Einzelfall an dieser Voraussetzung fehlen: Erstens besteht unter Umständen kein schutzwürdiges Interesse an Informationen (zB zur Preisgestaltung), die bereits älter sind und keinen Rückschluss auf die aktuelle Konditionengestaltung zulassen. Zweitens fehlt es unter Umständen auch an der Schutzwürdigkeit, wenn die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse den Kern der dem Kartellanten vorgeworfenen Rechtsverletzung betreffen (zB der Inhalt der Absprache über die rechtswidrige Aufteilung der Kundenkreise). Generell und insbesondere für den zweiten Aspekt ist allerdings zu bedenken, dass bei der Entscheidung über den Ausschluss der Öffentlichkeit bei der mündlichen Verhandlung noch nicht feststeht, ob überhaupt eine Rechtsverletzung vorliegt, was doch dafür spricht, dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse einen höheren Stellenwert einzuräumen als nach dem Vorliegen eines (rechtskräftigen) Urteils. Hinzu kommt, dass bei der Entscheidung über den Ausschluss der Öffentlichkeit noch nicht in allen Details feststeht, welche Geschäftsgeheimnisse in der Verhandlung offenbart werden.

Dies ist ausgehend von den Grundwertungen des Art 6 Abs 1 EMRK und mit Blick auf die Bestimmungen der ZPO und StPO nicht zu beanstanden. Der Zweck der Öffentlichkeit von Verfahren besteht nach hA darin, die Rechtsunterworfenen vor einer Geheimjustiz zu schützen und das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit zu sichern. Damit geht es grds nicht darum, anderen Rechtsunterworfenen etwaige Follow-on-Klagen zu erleichtern, sondern darum, die Transparenz der Rechtspflege zu gewährleisten und solcherart zu einem fairen Verfahren beigetragen wird⁶⁴.

Neben der öffentlichen mündlichen Verhandlung (einschließlich der öffentlichen Verkündung der Entscheidung) ist die Veröffentlichung der Entscheidung ein weiterer Aspekt der Transparenz von Kartellverfahren. Die Entscheidungsveröffentlichung unterliegt mit § 37 KartG einer sondergesetzlichen Regelung, die jüngst durch KaWeRÄG grundlegend neu gestaltet wurde.

Bis zum KaWeRÄG war die Entscheidungsveröffentlichung in mehreren Bestimmungen geregelt: Gemäß § 10b Abs 3 WettbG hatte die BWB auf ihrer Website über Entscheidungen des KG und KOG zu informieren. Die Veröffentlichung der Entscheidungen des OLG Wien als KG und des OGH als KOG wurde in den §§ 48a f GOG bzw den §§ 14 f OGH-G geregelt. Diese Bestimmungen sehen eine anonymisierte Publikation der Entscheidungen in der „Entscheidungsdocumentation Justiz – JUDOK“ (im RIS) vor, wobei Entscheidungen des KG nur zu veröffentlichen sind, wenn diese von allgemeinem, über den Einzelfall hinausgehendem Interesse sind. Die Bestimmung des

⁶⁴ Vgl Schragel in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 171 ZPO Rz 4.

§ 37 KartG aF hatte lediglich die Veröffentlichung einer Entscheidung über die Abstellung einer Zuwiderhandlung, die Feststellung einer Zuwiderhandlung oder die Verhängung einer Geldbuße über Antrag der obsiegenden Partei auf Kosten des Gegners vorgesehen. Der Beitrag dieser Bestimmung zur Transparenz von Kartellverfahren war freilich von überschaubarer Natur; sie wurde daher durch das KaWeRÄG grundlegend geändert:

§ 37 KartG idF KaWeRÄG sieht mit Wirkung vom 28. Februar 2013 nunmehr vor, dass das KG rechtskräftige Entscheidungen über die Abstellung oder Feststellung einer Zuwiderhandlung, die Verhängung einer Geldbuße oder über Anträge nach den §§ 11 und 16 KartG durch Aufnahme in die Ediktsdatei⁶⁵ gemäß § 89j GOG zu veröffentlichen hat. Die Neufassung des § 37 KartG orientiert sich hinsichtlich des Umfangs der Entscheidungsveröffentlichung an Art 30 VerfVO.⁶⁶ Auf das Antragerfordernis und einen Kostenersatz, wie es § 37 KartG aF noch vorsah, wurde verzichtet. Die Veröffentlichung erfolgt – nach Maßgabe der berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse – unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Dabei statuiert § 37 Abs 2 KartG ein spezielles Verfahren: Das Kartellgericht hat den Parteien Gelegenheit zu geben, jene Passagen der Entscheidung zu bezeichnen, die ihrer Meinung nach Geschäftsgeheimnisse wiedergeben. Daran anschließend entscheidet das Kartellgericht mit Beschluss des Senatsvorsitzenden über die zur Veröffentlichung bestimmte Fassung. Dabei soll das Gericht eine Interessensabwägung zwischen den Informationsinteressen der Öffentlichkeit und den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen vornehmen. Hierbei ist wohl ein strengerer Maßstab anzulegen als vor dem Ausschluss der Öffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung, da bekannt ist, um welche Geschäftsgeheimnisse es genau geht und welche Bedeutung sie für die kartellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts haben. Das spricht dafür, dem Informationsinteresse in dieser Phase mehr Gewicht beizumessen. Der Beschluss des Gerichts kann mit Rekurs, dem im Außerstreitverfahren suspensive Wirkung zukommt, angefochten werden.⁶⁷ Schließlich wurde § 10b Abs 3 WettbG mit Hinweis auf die Publikationspflicht in § 37 KartG ersatzlos gestrichen.⁶⁸

Die Entscheidungsveröffentlichung nach § 37 KartG in der Ediktsdatei ist ein neues und wird sicher ein wichtiges Instrument zur Sicherung der Verfahrenstransparenz sein. Derzeit (8.7.2013) gibt es noch keine Veröffentlichung über Entscheidungen des KG in der Ediktsdatei. Daher lässt sich über praktische Erfahrungen mit der Neuregelung noch nichts berichten.

⁶⁵ <http://kundmachungen.justiz.gv.at/edikte/ek/ekedi17.nsf/suche!OpenForm&subj=e> [5/2013].

⁶⁶ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 10.

⁶⁷ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 10.

⁶⁸ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 13.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass Art 30 VO 1/2003/EG ausweislich der Gesetzesmaterialien als Vorbild für § 37 KartG anzusehen ist. Demzufolge ist der Meinungsstand zur unionsrechtlichen Vorbildbestimmung in die Beurteilung des Telos der Veröffentlichungsbestimmung einzubeziehen. Demnach beschränkt sich der Zweck des § 37 KartG nicht in der Gewährleistung einer transparenten und fairen Rechtspflege bzw. Verwaltung; vielmehr besteht ihr Zweck auch in der **Information der Allgemeinheit**: Einerseits sollen Dritte unterrichtet werden, die möglicherweise erst durch die Publikation der kartellrechtlichen Entscheidung von Wettbewerbsverstößen erfahren, die ihre Interessen berühren und die Grundlage für ein zivilrechtliches Vorgehen begründen (Follow-on-Klagen).⁶⁹ Die Veröffentlichung dient aber auch der Generalprävention, weil andere Unternehmen ihr Marktverhalten in Einklang mit den Grundsätzen der veröffentlichten Entscheidung bringen können, um keine ähnlichen Verstöße zu begehen.⁷⁰

Ob neben der Publikation in der Ediktsdatei⁷¹ die Bestimmungen der §§ 48a f GOG und §§ 14 f OGH-G anwendbar bleiben, kann hinterfragt werden, zumal in den Mat ausdrücklich auf § 35a StPO (Veröffentlichung von Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaften in der Ediktsdatei) verwiesen wird. Es ist aber nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber tatsächlich von der bisherigen Praxis betreffend die Entscheidungsveröffentlichung in „Entscheidungsdokumentation Justiz – JUDOK“ abgehen wollte. In Zukunft werden daher Kartellentscheidungen unter voller Nennung der Parteien in der Ediktsdatei zugänglich gemacht und parallel in anonymisierter Form in die „Entscheidungsdokumentation Justiz – JUDOK“ (im RIS) aufgenommen. Da im Unterschied zu § 35a StPO in § 37 KartG nicht auf die Bestimmungen des OGH-G oder des GOG ausdrücklich Bezug genommen wird und Art 30 VO 1/2003/EG als Vorbild genommen worden ist, werden Veröffentlichungen in Kartellsachen in der Ediktsdatei nicht zu anonymisieren sein (s sogleich unten, II.B.4).

4. Inhalt und Umfang von Entscheidungsveröffentlichungen

Hinsichtlich des Umfangs der Entscheidungsveröffentlichung hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien zu § 37 KartG an Art 30 VO 1/2003/EG orientiert. Diese Vorschrift statuiert, dass die EK ihre Entscheidungen unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen zu publizieren hat. Die EK hat dabei aber dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Damit ist für die weitere Beurteilung die europäische Rechtslage einzubeziehen

⁶⁹ Ritter in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 1; *Weiß* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), Kartellrecht², Art 30 VerfVO Rz 2.

⁷⁰ EuGH Rs 41/69 – *ACF CHEMIEFARMA*, Slg 1970, 661 (695). S auch Ritter in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 2; *Miersch* in *Grabitz/Hilf* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 1.

⁷¹ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 10.

Für das österreichische Recht ist damit zunächst klargestellt, dass Entscheidungen nicht zu anonymisieren sind und neben den verhängten Sanktionen nur der „wesentliche Inhalt“ unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen des Unternehmers zu publizieren ist.

Die EK soll, wie *Ritter* attestiert, „außerordentlich gewissenhaft“ bei der Berücksichtigung individueller Geheimhaltungsinteressen sein und dabei weiter gehen als der Gerichtshof (insbesondere in Bezug auf Marktanteile und Umsatzzahlen).⁷² Die Berücksichtigung berechtigter Interessen und die damit verbundene Konsultation der Unternehmen kann somit zu beträchtlichen **Verzögerungen** bei der Entscheidungspublikation führen (auf europäischer Ebene etwa bis zu 3 Jahren).⁷³

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die *Rs Bank Austria Creditanstalt AG* des EuG.⁷⁴ Das EuG hatte sich unter anderem damit zu befassen, was unter dem Begriff „wesentlicher“ Inhalt einer Entscheidung zu verstehen sei. Nach Ansicht des EuG werde die EK durch die Bestimmung, dass der „wesentliche Inhalt“ zu publizieren ist, nicht in dem Sinne beschränkt, dass eine Veröffentlichung im vollen Wortlaut ausgeschlossen ist. Vielmehr dürfe die EK – unter Beachtung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen – im vollen Wortlaut publizieren, wenn sie dies für angebracht hält und ihre Mittel es erlauben. Insofern bestehe kein Recht sich dagegen zu wehren, dass die EK Informationen veröffentlicht, die für das Verständnis des Tenors der Entscheidung nicht „wesentlich“ sind, sofern sie nicht vertraulich sind.⁷⁵

Nach Ansicht des EuG verdiene weiters das Interesse eines Unternehmens, dem die EK wegen einer Wettbewerbsverletzung eine Geldbuße auferlegt hat, keinen besonderen Schutz vor der Veröffentlichung von Einzelheiten über die geahndete Verletzung angesichts des Interesses der Öffentlichkeit, „möglichst umfassende Kenntnis von den Gründen jedes Handelns der Kommission zu erhalten, des Interesses der Wirtschaftsbeteiligten, zu wissen, welches Verhalten Sanktionen nach sich ziehen kann, und des Interesses der durch die Zuwiderhandlung geschädigten Personen daran, deren Einzelheiten zu erfahren, um gegebenenfalls ihre Rechte gegenüber den mit der Sanktion belegten Unternehmen geltend machen zu können, zumal diesem Unternehmen die Möglichkeit offen steht, eine solche Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen.“⁷⁶ Damit sei es der EK unbenommen, freiwillig eine Fassung der Entscheidung zu

⁷² *Ritter* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 9; *Miersch* in *Grabitz/Hilf* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 3.

⁷³ *MwN Ritter* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 30 Rz 9; *Miersch* in *Grabitz/Hilf* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (40. ErgL), Art 30 VerfVO Rz 3.

⁷⁴ EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439.

⁷⁵ EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439 (II-1464 f).

⁷⁶ EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439 (II-1465).

veröffentlichen, deren Inhalt über das „*erforderliche Mindestmaß*“ hinausgeht und Informationen enthält, deren Publikation nicht vorgeschrieben ist, soweit damit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen verletzt werden.⁷⁷

Für § 37 KartG kann aus diesem Urteil des EuG geschlossen werden, dass als „**wesentlicher Inhalt**“ zumindest jene Information anzusehen ist, die für das Verständnis des Spruchs erforderlich ist. Das werden im Regelfall der Sachverhalt und die zentrale Aspekte der rechtlichen Beurteilung sein. Eine exakte Abgrenzung ist freilich schwierig. Entschärft wird diese Abgrenzungsproblematik dadurch, dass § 37 KartG hinsichtlich des Veröffentlichungsumfangs nur eine gesetzliche Mindestvorgabe darstellt, die einer umfassenden Publikation der Entscheidung – unter Wahrung berechtigter Interessen des Unternehmens – nicht entgegensteht.

Auch gilt für das österreichische Recht die vorgenommene **Interessenabwägung**: Das Interesse des Unternehmens, seinen Wettbewerbsverstoß und die damit einhergegangenen Sanktionen vor der Öffentlichkeit zu verbergen, genießt keinen besonderen Schutz. Vielmehr überwiegt das Interesse der Öffentlichkeit an der Erlangung möglichst umfassender Kenntnisse über die Gründe der Entscheidung, sodass

- andere Wirtschaftsbeteiligte ihr Marktverhalten danach anpassen können, um möglichen Sanktionen vorzubeugen (**Generalprävention**) und
- durch den Verstoß geschädigte Personen jene Einzelheiten erfahren, um ihre Rechte gegenüber dem Wettbewerbsverletzer durchzusetzen (**Follow-on-Klagen**).

Darüber hinaus hat die Entscheidungsveröffentlichung auch den Zweck das gerichtliche Verfahren – also staatliches Handeln – transparent zu machen, was zweifelslos ein Grundanliegen des Rechtsstaats ist. Unstrittig ist aber freilich, dass die Veröffentlichung **keine Straf- oder „Prangerfunktion“** hat. Vor diesem Hintergrund ist auch unstrittig, dass die Entscheidungsveröffentlichung kein „Druckmittel“, des Gerichts oder gar der BWB, sein kann, um etwa ein Settlement oder Anerkenntnis herbeizuführen. Ein solches Vorgehen ist dem Rechtsstaats unzweifelhaft abträglich. Daher unterliegt die Entscheidungsveröffentlichung objektiven Kriterien auf der Basis des Gerichtsinhalts und Umfangs der Veröffentlichung bestimmt. Eine Disposition der Parteien über die Entscheidungsveröffentlichung – insb im Settlement-Verfahren – ist damit ausgeschlossen.

5. Auswirkungen auf die Beschlussausfertigung nach § 39 AußStrG

§ 39 Abs 4 AußStrG sieht die Möglichkeit vor, im Rahmen einer „verkürzten Beschlussausfertigung“ auf eine Begründung der Entscheidung zu verzichten, wenn (vereinfacht gesagt) alle Parteien mit dem Beschlussinhalt einverstanden sind und folglich

⁷⁷ EuG T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt AG*, Slg 2006, II-1439 (II-1465).

auf Rechtsmittel verzichten. Diese Vorschrift dient der Verfahrensökonomie und soll verhindern, dass das Außerstreitgericht eine Entscheidung begründen muss, obwohl die Parteien erkennbar kein Interesse an einer solchen Begründung haben.

Für das Verständnis der außerstreitrechtlichen Norm ist zu bedenken, dass im Außerstreitverfahren das Grundprinzip der Öffentlichkeit – historisch bedingt – weniger stark ausgeprägt ist und auch recht flexibel gehandhabt wird. Das Außerstreitverfahren war grds nicht-öffentlich und eine mündliche Verhandlung war nur im Ausnahmefall vorgesehen. Dazu ist vielfach vorgebracht worden, dass die Besonderheiten des Außerstreitverfahrens, vor allem die Interessen der Beteiligten, die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien betreffend Öffentlichkeit und Mündlichkeit nicht im gleichen Maße erforderlich machen wie im streitigen Verfahren⁷⁸ Mit Blick auf die genuinen Außerstreitmaterien, etwa dem Familienrecht, zeigt sich, dass hier oftmals erhöhte Verfahrenspublizität (iSv Volksöffentlichkeit) nicht notwendig ist. Im Gegenteil gerade im Familienrecht sind die Beteiligten idR an einer vertraulichen Verfahrensdurchführung interessiert. Unstrittig handelt es sich dabei um legitime Interessen.

Hinzu kommt, dass typische Außerstreitentscheidungen nicht publiziert werden, weil sie als unterinstanzliche Entscheidungen nicht von „*allgemeinem, über den Einzelfall hinausgehenden Interesse*“ sind (§ 48a Abs 1 GOG) oder das Verfahren in allen Instanzen nicht-öffentlich geführt wurde und eine Gefahr für die Anonymität der Betroffenen (§ 15 Abs 2 OGH-G) besteht. Zudem ist in den typischen Außerstreitmaterien kein besonderes Interesse der Öffentlichkeit ersichtlich, über den Inhalt der Entscheidung unter Nennung der Parteien informiert zu werden. Unter diesen Rahmenbedingungen ist eine verkürzte Beschlussausfertigung ein wirksames und gerechtfertigtes verfahrensökonomisches Instrument.

Ganz anders ist die Situation im Kartellrecht. Wie weiter oben ausgeführt, enthält § 37 KartG eine Verpflichtung, die Entscheidung unter Nennung der Parteien und des wesentlichen Inhalts öffentlich zu machen. Die Materialien zum KaWeRÄG halten dazu ausdrücklich fest, dass es im kartellrechtlichen Zusammenhang um die Information der Öffentlichkeit über eine konkrete Rechtsverletzung und nicht um die Information über die Auslegung des geltenden Rechts geht.⁷⁹ Diese Information soll – wie die europäische Rechtslage zeigt – einerseits generalpräventive Zwecke verfolgen, andererseits aber auch Betroffenen eine Entscheidungsgrundlage über ihr weiteres Vorgehen geben. Mit diesem kartellrechtlichen Publizitätsanliegen steht die verkürzte Beschlussausfertigung nach § 39 Abs 4 AußStrG erkennbar in einem Spannungsverhältnis.

⁷⁸ *Rechberger*, AußStrG, Einleitung XXXIX.

⁷⁹ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 10.

Hinzu kommt, dass § 37 KartG ein eigenes Verfahren vorsieht, durch welches sichergestellt werden soll, dass berechnigte Interessen des Unternehmers, insbesondere an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, bei der Veröffentlichung der Entscheidung des Kartellgerichts Rechnung getragen wird. Dass ein solches Verfahren überhaupt erforderlich ist, setzt erkennbar voraus, dass eine Begründung der Entscheidung vorhanden ist und nähere Angaben enthält, die für das Unternehmen potenziell schädlich sein können. All dies spricht dafür, dass für eine verkürzte Beschlussausfertigung im außerstreitrechtlichen Sinn bei einer kartellrechtlichen Entscheidung kein Platz ist.

Die Bestimmung des § 39 Abs 4 AußStrG stellt es grds dem richterlichem Ermessen anheim, ob eine Begründung bei gleichgerichteten Anträgen bzw unwidersprochenem Vorbringen unterbleibt oder nicht (arg „... kann ...“). Diese Ermächtigung tritt nun hinter § 37 KartG und dessen spezifischen Publizitätsanliegen zurück, sodass für ein freies richterliches Ermessen kein Raum mehr verbleibt. Eine Ermessensreduktion auf null, wie die hier vorgefundene, ist der Rechtsordnung nicht per se fremd und kann etwa im Verwaltungsrecht häufig vorgefunden werden.

Es obliegt damit dem Gericht, auf Grundlage einer objektiven Interessenabwägung unter Berücksichtigung der legitimen Geheimhaltungsinteressen des Kartellanten und dem öffentlichen Interesse (Generalprävention und Follow-on-Klagen) die Entscheidungsveröffentlichung vorzunehmen. Für einen gänzlichen Entfall der Begründung iSd § 39 Abs 4 AußStrG lässt dabei § 37 KartG keinen Raum. Die Entscheidungsveröffentlichung ist somit kein disponibles Gut der Verfahrensparteien. Sie ist weder Druckmittel, Nebensanktion noch Belohnung der BWB bzw des Gerichts gegenüber dem Kartellanten.

C. Akteneinsicht Dritter ohne Parteistellung im Kartellverfahren

1. Einsicht in Gerichtsakten des KG/KOG

Das Kartellverfahren wird als Außerstreitverfahren vor dem KG/KOG geführt; im AußStrG finden sich nur vereinzelt Spezialregeln betreffend die Akteneinsicht. Daher erfasst der Verweis auf die Zivilprozessordnung des § 22 AußStrG auch die Bestimmung betreffend Akteneinsicht nach § 219 ZPO.⁸⁰ Durch die **Spezialregelung des § 39 Abs 2 KartG** wird den allgemeinen Regeln jedoch insofern derogiert, als in Verfahrensakte des KG/KOG Dritte nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen dürfen. Damit ist die im Außerstreitverfahren an sich vorgesehene Möglichkeit, dass das Gericht Akteneinsicht gewährt, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird, ausgeschlossen.⁸¹ Der Gesetzgeber hat, wie die Materialien zu § 39 Abs 2 belegen, ausdrücklich dem Anliegen

⁸⁰ *Rechberger in Rechberger (Hg), AußStrG², § 22 AußStrG Rz 1.*

⁸¹ ErläutRV 926 BlgNR XXII. GP, 9.

der Vertreter von Konsumenteninteressen, das geschädigte Dritte auch im Kartellverfahren zum Zweck der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen Akteneinsicht nehmen dürfen, eine Abfuhr erteilt.⁸² Der Gesetzgeber hat jedoch ebenso erklärt „*aufmerksam zu beobachten*“, ob durch diese Regelung Defizite im Rechtsschutz entstehen und welche Entwicklungen auf europäischer Ebene stattfinden.⁸³ Vor diesem Hintergrund besteht keine Möglichkeit zur Einsicht in den Verfahrensakt beim KG/KOG zur Vorbereitung einer Follow-on-Klage durch geschädigte Dritte, es sei denn die Parteien stimmen zu.

In einer jüngst ergangenen Vorabentscheidung⁸⁴ hatte der EuGH Gelegenheit, zu § 39 Abs 2 KartG Stellung zu nehmen. Dem Ausgangsverfahren beim OLG Wien liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Der Verband Druck und Medientechnik, eine österreichische Interessenvertretung, beantragte beim OLG Wien ihm Einsicht in die Gerichtsakten zum Verfahren BWB gegen Donau Chemie u.a. zu gewähren, um Informationen für eine mögliche Schadenersatzklage zusammenzutragen. Gemäß § 39 Abs 2 KartG haben alle Beteiligten ihre Zustimmung zur Einsichtnahme verweigert. Das OLG Wien führt dazu aus, das im Unterschied zu § 219 ZPO das Kartellrecht dem Richter keinen Spielraum für eine Interessenabwägung lasse, aber mit Blick auf die Rsp des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz im Kartellrecht, Zweifel an der Zulässigkeit des § 39 Abs 2 bestünden. An diesem Punkt knüpft auch die Vorlagefrage des OLG Wien an.

Der EuGH hält dazu in Beantwortung der Vorlagefragen klar fest, dass es mit dem Unionsrecht und dem Effektivitätsgrundsatz im Besonderen unvereinbar ist, wenn die Einsicht durch (unbeteiligte) Dritte in Verfahrensakte betreffend ein Kartellverfahren nach europäischem Wettbewerbsrecht allein von der Zustimmung aller Verfahrensparteien abhängt, ohne dass das Gericht die Möglichkeit zur Abwägung der betroffenen Interessen hat.

Im Ergebnis ist daher – zumindest im Kartellverfahren nach Unionsrecht – § 39 Abs 2 KartG nicht anwendbar. Dieses Ergebnis überrascht im Lichte der europäischen Rechtslage nicht, weil – im Unterschied zum österreichischen Recht – die Transparenz stärker ausgeprägt und mit der TransparenzVO besonders abgesichert ist (S II.A.3). In jedem Fall bleibt aber ein (überwiegendes) schutzwürdiges und berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Verfahrensparteien betreffend Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren (Vgl Art 4 Abs 1 bis 2 TransparenzVO).

Da der Gesetzgeber in den Mat zu § 39 KartG ausdrücklich betont, die europäische Entwicklung „*aufmerksam zu beobachten*“, ist zu fragen, ob § 39 Abs 2 KartG für rein nationale Verfahren im Lichte dieser aktuellen Entwicklung aufrecht erhalten werden

⁸² ErläutRV 926 BlgNR XXII. GP, 10.

⁸³ ErläutRV 926 BlgNR XXII. GP, 10.

⁸⁴ EuGH 6.6.2013, Rs C- 536/11 – *BWB/Donauchemie ua*, noch nicht in der amtl Slg.

kann. Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrenstransparenz und eines Effektivitätsprinzips lassen sich keine stichhaltigen Argumente dafür finden, erstens eine von § 219 ZPO abweichende kartellrechtliche Sonderregel aufrecht zu erhalten und zweitens in Kartellverfahren nach Unionsrecht und nationalem Recht auf dieser Ebene zu unterscheiden. Da der Gesetzgeber ohnedies berufen ist, die nationale Bestimmung zu reparieren, um sie an das Unionsrecht anzupassen, erscheint eine gänzliche Streichung des § 39 Abs 2 KartG – wodurch wieder § 219 ZPO greift – durchaus angebracht.

Davon abgesehen können Kartellverfahrensakte im Wege der **Amtshilfe in Strafverfahren** (Art 22 B-VG, § 76 StPO) aber auch im **Zivilverfahren** (Art 22 B-VG) als sog „Beiakte“ einbezogen werden. Damit können auf diesem (Um-) Weg die Parteien der „Follow-on“-Verfahren Einsicht in den beige-schafften Akt nehmen, ohne dass es einer Zustimmung der Beteiligten nach § 39 Abs 2 KartG bedarf.⁸⁵ Dabei obliegt es im Zivilverfahren dem Gericht bestimmte Aktenteile – nach Maßgabe des § 17 Abs 3 AVG – von der Verlesung auszunehmen.⁸⁶ Im Strafverfahren ist das Recht auf Akteneinsicht eines Opfers und/oder Privatbeteiligten in § 68 StPO näher ausgestaltet und enthält bestimmte Beschränkungen, denen eine Interessenabwägung immanent ist.⁸⁷

2. Einsicht in Akten der BWB

a) Amtsverschwiegenheit

Staatsorgane sind gemäß Art 20 Abs 3 B-VG zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet. Demgemäß haben alle *„mit Aufgaben der bundes-, landes- und gemeindevverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist,“* alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen vertraulich zu behandeln, wenn deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist. Diese grundlegende verfassungsrechtliche Anordnung, wird an mehreren Stellen auf einfachgesetzlicher Ebene konkretisiert (zB § 46 BDG, § 5 VBG, § 58 RStDG, usw). Nach § 16 Abs 5 WettbG sind die **Mitglieder der Wettbewerbskommission** bei Ausübung ihrer Tätigkeit an keine Weisungen gebunden und zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es bis zum Jahr 1995 eine ausdrückliche **Pflicht zur Amtsverschwiegenheit im Kartellverfahrensrecht** für die

⁸⁵ S zur Akteneinsicht qua Strafverfahren, *Pellech*, *ecolex* 2010, 969 und OGH (KOG) 16 Ok 3/10, wbl 2010/180.

⁸⁶ *Schragel* in *Fasching/Konecny* (Hg), ZPO², § 219 ZPO Rz 4.

⁸⁷ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz* (Hg), WK-StPO, § 68 StPO Rz 1 ff.

Beisitzer des KG bzw KOG gab: Gemäß § 100 KartG 1988 waren die Beisitzer, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, „zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist.“ Nach § 100 Abs 2 KartG 1988 konnte der Vorsitzende des KG/KOG einen Beisitzer für einen bestimmten Fall von der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit entbinden. Schließlich bestand die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit auch im Verhältnis außer Dienst und nach Beendigung des Amtes unverändert fort. Die Gesetzesmaterialien⁸⁸ halten zum Wegfall dieser Bestimmung lediglich fest, dass die §§ 29-31, 34 ASGG – die auf das Bezug das Amtsgeheimnis nehmen – sinngemäß übernommen worden sind; im KartG 1988 und im geltenden Kartellrecht fehlen ausdrückliche Regelungen betreffend die Verschwiegenheitspflicht der Beisitzer.

Als Ausgangssituation ist damit festzuhalten, dass einer Einsichtnahme in die Akten der BWB und des KG/KOG durch Dritte, denen keine Parteistellung zukommt, einerseits das **Amtsgeheimnis** und andererseits das **Grundrecht auf Datenschutz** des betroffenen Unternehmens entgegensteht. Ein Einsichtsrecht bedarf daher einer besonderen gesetzlichen Grundlage.

b) Übertragung der Rsp des EuGH zur Akteneinsicht?

Zwar betraf die Entscheidung des EuGH zur Akteneinsicht⁸⁹ nur die Einsichtnahme in den Gerichtsakt, doch kann die Entscheidung hinsichtlich der vorgenommenen Wertung auf die bei der BWB geführten Verfahrensakte durchaus übertragen werden. Demnach wird – zumindest in Verfahren nach Artt 101 ff AEUV – in Akte die BWB Einsicht zu gewähren sein, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Dies ist mit Sicherung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens, an dem ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht, zu begründen. Soweit Akteneinsicht gewährt wird, sind freilich solche Information von Einsichtnahme auszunehmen, an denen ein überwiegendes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) der Beteiligten besteht. Eine Konsultation der Beteiligten vor Zugänglichmachung des Aktes nach Vorbild der TransparenzVO erscheint durchaus adäquat, um den Interessen der Beteiligten Rechnung zu tragen (Vgl Art 4 Abs 1 bis 2 TransparenzVO).⁹⁰ Informationsweiterverwendungsgesetz

⁸⁸ ErläutRV 196 BlgNR XIX. GP, 10.

⁸⁹ EuGH 6.6.2013, Rs C- 536/11 – *BWB/Donauchemie ua*, noch nicht in der amtl Slg. S oben II.C.1.

⁹⁰ S dazu II.A.3.

Vorab auszuschließen ist das **InformationsweiterverwendungsG**, das in Umsetzung der PSI-RL beschlossen wurde. Ausweislich der Materialien bietet das IWG keine Anspruchsgrundlage auf Zugang zu Dokumenten öffentlicher Stellen; damit besteht keine auch keine Verpflichtung öffentlichen Stellen, Dokumente weiterzugeben. Falls aber Dokumente weitergegeben werden, dann hat dies unter Anwendung der Regelungen des IWG zu erfolgen.⁹¹

c) Auskunftspflicht der BWB nach Art 20 Abs 4 B-VG

Nach Art 20 Abs 4 B-VG (**verfassungsrechtliche Auskunftspflicht**) sind alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts verpflichtet, über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs Auskünfte zu erteilen, es sei denn eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht steht dem entgegen. Diese Verpflichtung gilt auch für die BWB, die alles – was nicht unter das Siegel der Amtsverschwiegenheit fällt – grds zu beauskunften hat. Diese verfassungsrechtliche Bestimmung wird auf Bundesebene durch das Auskunftspflichtgesetz (BGBl 287/1987 zuletzt geändert durch BGBl I 158/1998) konkretisiert. Danach haben die Organe des Bundes über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs ohne unnötigen Aufschub (längstens binnen acht Wochen nach Einlagen des Auskunftsbegehrens) Auskunft zu erteilen, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegensteht. Gemäß § 2 Auskunftspflichtgesetz sind Auskünfte nur in einem solchen Umfang zu erteilen, der die Besorgung der übrigen Aufgaben der Verwaltung nicht wesentlich beeinträchtigt.

Aus den Materialien⁹² zum Auskunftspflichtgesetz geht hervor, dass Auskunftserteilung nicht gleichbedeutend mit Gewährung der im AVG geregelten Akteneinsicht sei. Vielmehr bedeute Auskunftserteilung *„die Weitergabe von Informationen über einen Akteninhalt, die in aller Regel nicht jene Detailliertheit an Informationen aufweisen wird, die bei der Einsicht in die Akten zu gewinnen wäre.“* Der VwGH⁹³ verlangt vor dem Hintergrund des Art 20 Abs 3 B-VG eine Interessenabwägung. Eine Auskunftserteilung ist insbesondere dann auszuschließen, wenn ein „überwiegende Interesse“ der Parteien an der Geheimhaltung besteht. Stehen einander das Geheimhaltungsinteresse und das Auskunftsinteresse gleichwertig gegenüber, so steht der Auskunftserteilung – mangels *überwiegendem* Geheimhaltungsinteresse – keine Geheimhaltungsverpflichtung der Behörde entgegen. Der VwGH hat – in einem lebensmittelrechtlichen Zusammenhang – erkannt, dass es sich beim *„Interesse an einem Schutz vor Wettbewerbsverletzungen“* um ein Interesse handelt, *„das nicht bloß als ein rein*

⁹¹ ErläutRV 1026 BlgNR XXII. GP, 2.

⁹² ErläutRV 41 BlgNR XVII. GP, 3.

⁹³ VwGH 25. 1. 1993, 90/10/0061.

wirtschaftliches Interesse qualifiziert werden kann“ und folglich ein begründetes Interesse an der Auskunftserteilung vorliegt.⁹⁴ Allerdings stellt die Auskunftserteilung keinen vollwertigen Ersatz zur Akteneinsicht dar; sie ist aber ein erstes Hilfsmittel zur Informationsgewinnung.

Die BWB ist als Behörde nicht nach § 17 AVG verpflichtet, bloß Beteiligten oder Dritten Einsicht in einen Kartellverfahrensakt zu gewähren. Sie darf dies aber, insbesondere im Rahmen der Erfüllung der Auskunftspflicht (Art 20 Abs 4 B-VG; § 1 Auskunftspflichtgesetz). Zwar begründet die Auskunftspflicht kein Recht auf Akteneinsicht, sie wird aber – wie die Materialien zum Auskunftspflichtgesetz andeuten⁹⁵ – als Mittel der Auskunftserteilung nicht per se ausgeschlossen. Zu beachten sind freilich etwaige Geheimhaltungsvorschriften, insbesondere § 17 Abs 3 AVG iVm Art 20 Abs 3 B-VG und § 1 DSG.⁹⁶ Kann der Auskunftswerber ein „überwiegendes berechtigtes Interesse“⁹⁷ – und nicht bloß ein wirtschaftliches Interesse⁹⁸ – an der Auskunftserteilung dartun, stehen ihr weder § 17 Abs 3 AVG iVm Art 20 Abs 3 B-VG noch § 1 DSG⁹⁹ entgegen.

Damit ist eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. Im Kartellverfahren besteht, wie die Gesetzesmaterialien zum KaWeRÄG und die europäische Situation zeigen, ein hohes Bedürfnis nach Verfahrenstransparenz. In einen Kartellverfahrensakt kann daher durchaus auch Dritten, die ein (überwiegendes) berechtigtes Interesse am Akteninhalt dartun können, Einsicht gewährt werden, wenn

- das Verfahren abgeschlossen ist – also die Einsichtnahme nicht mehr den **Zweck des Verfahrens** oder die Verfahrensführung beeinträchtigen kann – und
- den berechtigten **Geheimhaltungsinteressen** der Verfahrensparteien Rechnung getragen wird.

Die Akteneinsicht Dritter wird daher so zu gewähren sein, dass ein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen der Verfahrensparteien gewahrt bleibt. Die **Wertungen des § 37 KartG** sind sinngemäß heranzuziehen (s oben II.B.4). Es bleibt aber dabei, dass die BWB im Rahmen der

⁹⁴ VwGH 25. 1. 1993, 90/10/0061.

⁹⁵ ErläutRV 41 BlgNR XVII. GP, 3.

⁹⁶ S allgemein zum Akteneinsicht Dritter im AVG: *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 17 AVG Rz 4 mwN.

⁹⁷ S zum Datenschutzrecht, *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG², § 1 Anm 13 und § 1 Anm 9.

⁹⁸ S dazu VwGH 25. 1. 1993, 90/10/0061, wonach das *Interesse an einem Schutz vor Wettbewerbsverletzungen* kein bloß wirtschaftliches ist.

⁹⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG², § 1 Anm 13.

Auskunftspflicht gemäß Art 20 Abs 4 B-VG zwar Einsicht in den Verfahrensakt gewähren kann, aber eben nicht muss.¹⁰⁰

Zur **Auskunftserteilung in Kartellsachen** ist ein jüngeres, jedoch wenig aussagekräftiges Erkenntnis des VwGH aus dem Jahr 2010 erwähnen.¹⁰¹ Die Beschwerdeführerin hatte 2007 mit einem Auskunftsbegehren nach dem Auskunftspflichtgesetz an die BWB um Auskünfte betreffend konkrete Ermittlungsergebnisse in einem Kartellfall ersucht. In eventu wurde Akteneinsicht begehrt. Die BWB verweigerte die Beauskunftung mit dem Hinweis, dass aufgrund des erheblichen Aktenumfangs die Auskunft nicht ohne Beeinträchtigung der Verwaltungsabläufe erteilt werden könne. Die Beschwerde richtet sich gegen die Weigerung zur Beauskunftung durch die BWB. Der VwGH hat – ohne in der Sache Stellung zu nehmen – die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen, weil der Instanzenzug (im Konkreten bis zum Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend) nicht ausgeschöpft wurde.

D. Rechtsvergleich

1. Deutschland

Wie auch in Österreich bestehen in Deutschland **keine veröffentlichten Richtlinien** für das Settlement-Verfahren des dBKartA. Das dBKartA stützt sich insoweit lediglich auf das ihm zustehende Aufgreif- und Verfolgungsermessen nach § 81 Abs 4 dGWB iVm § 47 Abs 1 dOWiG. Im deutschen Schrifttum wurde das Fehlen transparenter Leitlinien ohne festgelegte Garantien für die Betroffenen und einem hohen Ermessenspotenzial für das dBKartA zwar kritisiert, was in der Praxis allerdings noch keine Auswirkungen gehabt hat.¹⁰²

Hinsichtlich der **Bußgeldbemessung** bestehen allerdings Leitlinien,¹⁰³ die auch den Settlement-Fall erfassen. Als Bonus für die Mitwirkung des Kartellanten kann das Bußgeld uU gänzlich erlassen oder bis zu 50 % ermäßigt werden. Nach der bisherigen Praxis des dBKartA liegt die Settlement-Reduktion bei Kartellen bei bis zu 10 %.¹⁰⁴

Die **Entscheidungsveröffentlichung** ist im deutschen Kartellverfahrensrecht nicht eindeutig geregelt; allerdings belegen die Materialien¹⁰⁵ zum dGWB, dass das dBKartA in

¹⁰⁰ Hengstschläger/Leeb, AVG, § 17 AVG Rz 1 mwN.

¹⁰¹ VwGH 20.5.2010, 2008/04/0093.

¹⁰² Polley/Heinz, WuW 2012, 14 (15).

¹⁰³ **Bußgeldleitlinie** (Bekanntmachung 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vom 15. September 2006); **Bonusregelung** (Bekanntmachung 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen vom 7. März 2006).

¹⁰⁴ Polley/Heinz, WuW 2012, 14 (15).

¹⁰⁵ BT-Drucks 2/1158, 50; BT-Drucks 15/3640, 60.

Ergänzung zu den (rudimentären) Bekanntmachungsbestimmungen des dGWB die Möglichkeit hat, Entscheidungen in geeigneter Form im vollen Wortlaut oder in gekürzter Form – insb auf ihrer Website – zu publizieren. Davon macht das dBKartA auch Gebrauch, sodass Entscheidungen – um Geschäftsgeheimnisse bereinigt – auf ihrer Website¹⁰⁶ publiziert werden.

E. Schlussfolgerungen und Ausblick

- Das Settlement-Verfahren kann grds ohne **öffentliche mündliche Verhandlung** durchgeführt werden, sofern kein Parteienantrag vorliegt oder das Gericht eine solche für nicht erforderlich erachtet. Falls eine mündliche Verhandlung stattfindet ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit auf Antrag möglich, soweit es für den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen erforderlich ist.
- § 37 KartG bezweckt die **Information der Öffentlichkeit** über den Kartellverstoß und erfordert eine Veröffentlichung der Entscheidung unter voller Nennung der Beteiligten und des wesentlichen Entscheidungsinhalts in der Ediktsdatei.
- Aus den Wertungen von § 37 KartG idF des KaWeRÄG folgt, dass im Kartellverfahren im Allgemeinen – und damit auch im Falle eines Settlements – eine **verkürzte Beschlussausfertigung** unzulässig ist. Das Kartellgericht darf somit von der entsprechenden Ermächtigung in § 39 Abs 4 AußStrG keinen Gebrauch machen. Vielmehr ist die Entscheidung zu begründen, was insbesondere eine Aufnahme des entscheidungswesentlichen Sachverhalts und dessen rechtlicher Beurteilung erfordert.
- In der Folge ist der **wesentliche Inhalt der Entscheidung** zu veröffentlichen. Das sind zumindest jene Informationen, die für das Verständnis des Spruchs erforderlich sind. Dazu gehört grundsätzlich auch die Begründung samt Sachverhalt. Eine darüber hinausgehende vollständige Veröffentlichung ist grundsätzlich zulässig und entspricht der Praxis der EK auf europäischer Ebene.
- Dem **Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Unternehmen** ist in dem nach § 37 Abs 2 KartG vorgesehenen Verfahren Rechnung zu tragen. Das Interesse daran, dass der Kartellverstoß nicht (zur Gänze) öffentlich gemacht wird, ist jedoch nicht schützenswert.
- Möglichkeiten zur **Einsicht in Akte der BWB und des KG/KOG** durch Dritte, die durch Kartellverstöße potenziell oder tatsächlich geschädigt wurden und die die in den Akten befindlichen Informationen für Follow-on-Klagen benötigen, bestehen, soweit es sich um Akte aus Verfahren nach Artt 101 ff AEUV handelt. .
- Für **rein nationale Verfahren** gilt vorerst anderes: Die Akteneinsicht beim KG/KOG ist gemäß § 39 Abs 2 KartG nur mit Zustimmung der Parteien zulässig,

¹⁰⁶ <http://www.bundeskartellamt.de>

was in der Praxis freilich nie geschehen wird. Einsicht in Akte der BWB ist nach Maßgabe der Amtsverschwiegenheit nur im Wege des Auskunftspflichtgesetzes möglich, sofern die BWB ihrer Auskunftspflicht durch Gewährung von Akteneinsicht (freiwillig) nachkommt.

Insgesamt erscheint eine rechtliche Regelung des Settlement-Verfahrens als wünschenswert. Denn allen Beteiligten wäre gedient, wenn klare und rechtspolitisch ausreichend diskutierte Rechtsgrundlagen für die Durchführung eines solchen Verfahrens bestehen. Denn nur der rechtspolitische Diskurs vermag Vor- und Nachteile des Settlements ausreichend zu würdigen. Die Anwendung allgemeiner rechtlicher Regelungen in konkreten Verfahren kann die erforderliche Interessenabwägung nicht leisten, weil nicht alle zu berücksichtigenden Interessen in diesen Verfahren vertreten sind.

Dies gilt nicht nur für die Zulässigkeit des Vorgehens, sondern auch für die erforderliche Transparenz – selbst wenn die Anwendung der rechtlichen Grundlagen zumindest für die Veröffentlichung der Entscheidung wie gezeigt zu auch rechtspolitisch ausgewogenen Ergebnissen führt.

III. Bußgeldbemessung im Kartellverfahren

A. Allgemeines

Die Bußgeldbemessung im Kartellverfahren wird durch § 30 KartG geregelt. Diese Bestimmung enthält eine Reihe qualitativer Kriterien, die zunächst von der BWB zur Berechnung des beantragten Bußgelds und in der Folge von KG/KOG zur definitiven Bußgeldbestimmung heranzuziehen sind. Das Gericht darf aber keine höhere als die beantragte Geldbuße verhängen (§ 36 Abs 2 KartG).

In Österreich fehlen – anders als in Deutschland¹⁰⁷ – konkrete, auf § 30 KartG gestützte Leitlinien zur Bußgeldbemessung, wodurch das Verfahren zur Bestimmung von Bußgeldern für den Rechtsunterworfenen intransparent wird. In der Praxis von BWB und KG/KOG spielt zudem der Kriterienkatalog des § 30 KartG bisher nur eine sehr untergeordnete Rolle; er wird mitunter von den Leitlinien der EK zur Bußgeldbemessung¹⁰⁸ „verdrängt“. In der Rsp des OGH, soweit überhaupt konkret auf § 30 KartG Bezug genommen wird, finden sich wenige Anhaltspunkte zur Auslegung der Bußgeldbestimmung. Im Schrifttum ist der Beitrag von *Brugger*¹⁰⁹ hervorzuheben, der sich mit dem Kriterienkatalog (allerdings vor dem KaWeRÄG) auseinandergesetzt und vom OGH regelmäßig zitiert wird.

Einzahlungen aus Geldbußen fließen mangels sondergesetzlicher Zweckwidmung in das allgemeine Budget des Bundes und unterliegen dem Gesamtbedeckungsgrundsatz nach § 48 Abs 1 BHG. Im Unterschied zu Verwaltungsstrafen gibt es somit keine Zweckwidmung (vgl § 15 VStG).¹¹⁰

B. Die Natur der Geldbuße im österreichischen Kartellrecht

Die Geldbuße stellt eine Sanktionsform des Kartellrechts dar und dient primär der Ahndung von Wettbewerbsverletzungen.¹¹¹ Es handelt sich dabei um ein eigenständiges Sanktionssystem.¹¹² *Thyri* spricht von einer „*sui generis* Sanktion des Zivilrechts“¹¹³ und *Rosboud*, der den strafrechtlichen Charakter der Geldbuße stärker betont, von „*zivilrechtlicher Strafe*“.¹¹⁴ Die Geldbuße ist somit weder Kriminal- noch Verwaltungsstrafe im formellen oder materiellen Sinn.¹¹⁵ Nach Auffassung des OGH ist

¹⁰⁷ dBKartA, Bußgeldleitlinien, Bekanntmachung Nr 38/2006.

¹⁰⁸ ABI 2006 C 210, 2.

¹⁰⁹ *Brugger*, ÖZK 2009, 172 und ÖZK 2009, 207.

¹¹⁰ BMJ, Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage, 13865/AB XXIV. GP zu 14098/J.

¹¹¹ Zur Frage der Abschöpfung im Rahmen des Geldbußenverfahrens, s unten IV.

¹¹² *Zeder*, JBI 2007, 477 (479).

¹¹³ *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich, Rz 548.

¹¹⁴ *Rosboud*, JBI 2003, 907 ff.

¹¹⁵ *Rosboud*, JBI 2003, 907 ff.

die kartellrechtliche Geldbuße „nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter“.¹¹⁶ Die Geldbuße sei nach ihrer „wahren Natur“ nicht gegen strafrechtliche Zuwiderhandlungen gerichtet, sondern sei ein „Mittel des staatlichen Zwangs, um die kartellrechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung durchzusetzen.“ Demgemäß werde nicht Kriminalunrecht, sondern die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften pönalisiert. Damit zähle die kartellrechtliche Geldbuße nicht zu den „echten Kriminalstrafen“.¹¹⁷ Als Folge des Strafcharakters der Geldbuße ist ihre steuerliche Absetzbarkeit problematisch;¹¹⁸ diese wird bejaht, wenn die Geldbuße einen – nachweisbaren – „Abschöpfungsanteil“ enthält.¹¹⁹

Nach hA verfolgt die Geldbuße nach österreichischem Kartellrecht präventive sowie repressive Zwecke¹²⁰ und dient als Beugemittel zur Erzwingung des gebotenen Verhaltens.¹²¹ Bei der Festsetzung der Geldbuße handelt es sich grds um eine Ermessensentscheidung, in deren Rahmen die – nicht taxativen – Bemessungskriterien des § 30 KartG, die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung berücksichtigt werden. Der Bußgeldbemessung liegt damit eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller Umstände zugrunde; sie ist nicht bloß „das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf Grundlage etwa des Gesamtumsatzes“.¹²²

Da nur eine angemessene hohe Geldbuße eine abschreckende Wirkung erzielen könne, geht der OGH davon aus, dass die „theoretisch optimale“ Höhe der Geldbuße für einen Wettbewerbsverstoß jener Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge sei, „die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist.“¹²³

Schließlich beschränkt sich der OGH im Rechtsmittelverfahren bei der Kontrolle der Geldbußenentscheidung darauf, „inwieweit das Kartellgericht bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat, die

¹¹⁶ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669; OGH (KOG) 16 Ok 2/11 - DB *MobilityLogistics AG - Masped Schenker*, ecolex 2012, 329 (Brugger).

¹¹⁷ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669. S mwN Huber/Rittenauer in *Matousek/Müller/Thanner* (Hg), *Jahrbuch Kartell- und Wettbewerbsrecht* 2011, 37 (39 f).

¹¹⁸ ESStR 2000, Rz 1523a, GZ 06 0104/9-IV/6/00 idF GZ BMF-010203/0580-VI/6/2011.

¹¹⁹ S dazu im Detail *Huber/Rittenauer* in *Matousek/Müller/Thanner* (Hg), *Jahrbuch Kartell- und Wettbewerbsrecht* 2011, 37 (41 ff).

¹²⁰ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (Brugger) = ÖZK 2009, 151 (Polster/Zellhofer); OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (Lukaschek)

¹²¹ Brugger, ÖZK 2009, 172.

¹²² OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (Brugger) = ÖZK 2009, 151 (Polster/Zellhofer); OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (Lukaschek); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹²³ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (Brugger) = ÖZK 2009, 151 (Polster/Zellhofer).

für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind“.¹²⁴
Damit werden iE wohl nur Ermessensüberschreitungen aufgegriffen.¹²⁵

C. Die Leitlinien der EK und die Praxis der BWB

1. Ausgangssituation

Rechtsgrundlage für die Festsetzung von Bußgeldern im Sekundärrecht ist Art 23 VO 1/2033, auf dessen Grundlage die EK Leitlinien¹²⁶ erlassen hat. Die Leitlinie soll die **Transparenz und Objektivität** der Geldbußenentscheidungen erhöhen, wenngleich der EK im Rahmen der VO 1/2003 ein weites Ermessen bei der Bemessung der Geldbußen zukommt.¹²⁷ Die in den Leitlinien niedergelegte Methodik der Bußgeldbemessung ist aber nur **beschränkt transparent und vorhersehbar**, weil die Leitlinien mitunter unbestimmt bleiben (zB bei den Erschwerungsgründen) bzw weite Ermessensspielräume offen lassen.¹²⁸ Ein gewisses Maß an Unvorhersehbarkeit erschwert es dem Unternehmen allerdings, das Bußgeldrisiko ex ante einzupreisen und wirkt damit abschreckend.¹²⁹

Auch die europäische Rsp räumt der EK einen weiten Ermessensspielraum bei Geldbußen ein. Demnach kann die EK etwa hohe Geldbußen wegen der abschreckenden Wirkung oder – diametral entgegengesetzt – nur symbolische Geldbußen verhängen. Aber auch dieses (weite) Ermessen der EK unterliegt der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle.¹³⁰

Zweck der Verhängung von Geldbußen ist es als Sanktionsmechanismus die Wettbewerbsvorschriften zu bewahren und ihre Einhaltung durch die Unternehmen abzusichern. Daneben verfolgt die Geldbuße das Ziel einer Gewinnabschöpfung (Pkt. 31 ABI 2006 C 210, 2)¹³¹ und repressive sowie spezial- und generalpräventive Zwecke.¹³²

Zwar ordnet Art 23 Abs 5 VO 1/2003 ausdrücklich an, dass die Geldbußen **keinen strafrechtlichen Charakter** haben, aber dennoch ist die Rechtsnatur der Geldbuße auf

¹²⁴ OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹²⁵ *Brugger*, ÖZK 2009, 172 (173).

¹²⁶ ABI 2006 C 210, 2.

¹²⁷ Pkt. 2 und 3 ABI 2006 C 210, 2.

¹²⁸ Vgl mit Bezug zu den Leitlinien aus 1998, *Engelsing/Schneider* in MüKomm EuWettbR, Art 23 VO 1/2003, Rz 98 ff.

¹²⁹ Vgl *Bechthold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art 23 VO 1/2003 Rz 33.

¹³⁰ *Engelsing/Schneider* in MüKomm EuWettbR, Art 23 VO 1/2003, Rz 10.

¹³¹ S dazu mwN *Dannecker/Biermann* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EU-Wettbewerbsrecht⁵, VO 1/2003/EG Art 23 Rz 224.

¹³² *Nowak* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), Kartellrecht², Art 23 VerfVO Rz 4.

europäischer Ebene strittig.¹³³ Zumindest ab einer gewissen Bußgeldhöhe ist die Nähe zum Strafrecht aber offensichtlich, weshalb von einem „*Sanktionsinstrument eigener Art*“¹³⁴ gesprochen wird und strafrechtliche Verfahrensgarantien sinngemäß anwendbar sind.¹³⁵ Mit der Bußgeldentscheidung geht jedoch kein „moralisches Unwerturteil“ einher. Vielmehr stellt der Unionsgesetzgeber mit Art 23 Abs 5 VO 1/2003 klar, dass es sich um „Verwaltungsunrecht“ handelt, um zu verhindern, dass die besonderen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung eintreten.¹³⁶

2. Methodik der Bußgeldbemessung nach den EK-Leitlinien

Die EK wendet ein **zweistufiges Verfahren** bei der Festsetzung von Bußgeldern an: Zuerst wird für jedes einzelnen Unternehmen ein Grundbetrag ermittelt und anschließend durch Auf- oder Abschläge angepasst. Das Unionsrecht sieht schließlich eine absolute Kappungsgrenze von 10 % des vom jeweiligen Unternehmen im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes vor.

Der **Grundbetrag**¹³⁷ richtet sich nach dem Wert der von dem betreffenden Unternehmen im relevanten räumlichen Markt innerhalb des EWR verkauften Waren oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in einem unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang stehen. Dabei wird idR auf den Umsatz des letzten vollständigen Geschäftsjahres, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war, berücksichtigt (tatbezogener bzw. kartellierter Umsatz als Bruchteile des Gesamtumsatzes¹³⁸). Für die Bestimmung des Grundbetrags wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der die Schwere der Zuwiderhandlung abbildet, herangezogen und mit der Anzahl an Jahren der Zuwiderhandlung multipliziert. Dieser Grundbetrag kann grds bis zu 30 % des kartellierten (Vorjahres-)Umsatzes ausmachen. Da horizontale, üblicherweise geheime Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung der Märkte oder Einschränkung der Erzeugung zu den schwerwiegendsten Verstößen zählen, setzt die EK in diesen Fällen einen Grundbetrag am oberen Ende der Bandbreite an. Hinzu kommt bei bestimmten horizontal Kartellfällen und uU auch anderen Zuwiderhandlungen ein **Abschreckungszuschlag („entry fee“)** zwischen 15 % und 25 % des kartellierten Umsatzes.¹³⁹

¹³³ Nowak in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), *Kartellrecht*², Art 23 VerfVO Rz 5 f; *Engelsing/Schneider* in *MüKomm EuWettbR*, Art 23 VO 1/2003, Rz 14 ff.

¹³⁴ *Engelsing/Schneider* in *MüKomm EuWettbR*, Art 23 VO 1/2003, Rz 15.

¹³⁵ Nowak in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), *Kartellrecht*², Art 23 VerfVO Rz 5; *Engelsing/Schneider* in *MüKomm EuWettbR*, Art 23 VO 1/2003, Rz 15 ff.

¹³⁶ *Bechthold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, *EG-Kartellrecht*, Art 23 VO 1/2003 Rz 88.

¹³⁷ Pkt. 12 ff, ABI 2006 C 210, 2.

¹³⁸ *Brugger*, *ÖZK* 2009, 172 (176).

¹³⁹ Pkt. 25, ABI 2006 C 210, 2.

Ausgehend von diesem Grundbetrag, berücksichtigt die EK Erschwerungs- und Milderungsgründe mittels **Anpassung des Grundbetrags durch Zu- und Abschläge**. Erschwerend wirken nach den Leitlinien insbesondere:

- Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung, die bereits durch die EK oder eine nationale Behörde aufgegriffen wurde;
- Verweigerung der Zusammenarbeit mit oder Behinderung der Untersuchung;
- Rolle als Anführer oder Anstifter des Verstoßes.

Als mildernde Umstände berücksichtigt die EK insbesondere:

- vom Unternehmen nachgewiesene Beendigung des Verstoßes nach dem ersten Eingreifen der EK;
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die Zuwiderhandlung aus Fahrlässigkeit begangen wurde;
- vom Unternehmen beigebrachte Beweise, dass die eigene Beteiligung sehr geringfügig war;
- aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der EK;
- Genehmigung oder Ermutigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Behörden oder geltende Vorschriften.

Schließlich berücksichtigt die EK einen **(weiteren) Abschreckungszuschlag** zur Gewährleistung einer ausreichend abschreckenden Wirkung. Die EK kann die Geldbuße gegen Unternehmen erhöhen, die besonders hohe Umsätze mit Waren oder Dienstleistungen, die nicht mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang stehen, erzielt haben. Die Geldbuße kann auch soweit erhöht werden, dass die (geschätzten) widerrechtlich erzielten Gewinne überstiegen werden.¹⁴⁰

Insgesamt darf das Bußgeld 10 % des Gesamtumsatzes des beteiligten Unternehmens nicht übersteigen (**Kappungsgrenze**).¹⁴¹ Allenfalls wird die solcherart ermittelte Geldbuße auf Grundlage anderer Vorschriften erlassen oder reduziert (zB im Rahmen von Settlements¹⁴² und/oder des Kronzeugenprogramms¹⁴³). In besonderen Fällen nimmt die EK Rücksicht auf die ökonomische Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

¹⁴⁰ Pkt. 30 f, ABI 2006 C 210, 2.

¹⁴¹ Art 23 Abs 2 VO 1/2003; Pkt. 32 ff ABI 2006 C 210, 2.

¹⁴² ABI 2008 L 167/1.

¹⁴³ ABI 2006 C 298/11.

3. Relevanz der Leitlinien für das Kartellverfahren in Österreich

Die BWB zieht – nach eigenen Angaben¹⁴⁴ – „in der Regel“ die Bußgeldleitlinien der EK zur Festsetzung von Geldbußen heran und geht wie folgt vor: „Danach berechnet die BWB zunächst einen Grundbetrag, der einem bestimmten Prozentsatz des Umsatzes entspricht, auf den sich das kartellrechtswidrige Verhalten bezieht, multipliziert mit der Zahl der Jahre der Zuwiderhandlung. Der Grundbetrag kann sich für das einzelne beteiligte Unternehmen aufgrund mildernder oder erschwerender Umstände erhöhen oder verringern. Das Kartellgericht darf gemäß § 36 KartG keine höhere Geldbuße verhängen, als von der BWB beantragt wurde.“

Demgegenüber hält der OGH fest, dass das Geldbußensystem des Gemeinschaftsrechts (Art 23 VO 1/2003) mit jenem des nationalen Rechts nicht deckungsgleich ist. Die Leitlinien der EK können deshalb im Verfahren über eine vom KG 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.“¹⁴⁵ Eine sinngemäße Anwendung der Leitlinien wird als unbedenklich erachtet, wenn sich das Kartellgericht an der europäischen Geldbußenpraxis orientiert, „ohne dabei jedoch das eigenständige inländische Sanktionensystem zu missachten und eigene Überlegungen zu vernachlässigen“.¹⁴⁶

Eine sinngemäße Anwendung der Leitlinien der EK erscheint damit zumindest im Rahmen jener Kriterien denkbar, die sich auch in der VO 1/2003 widerspiegeln – also *Dauer* und *Schwere der Zuwiderhandlung*. Alle anderen Kriterien des § 30 KartG finden in Art 23 VO 1/2003 keine ausdrückliche Berücksichtigung, scheinen aber – in untergeordneter Rolle – in der Leitlinie durch (zB die Leistungsfähigkeit des Unternehmens und die Bereicherung). Dies lässt eine schematische Anwendung der Leitlinien im österreichischen Recht fragwürdig erscheinen.¹⁴⁷

D. Die Kriterien des § 30 KartG

Der **Katalog von gleichrangigen**¹⁴⁸ **Bemessungskriterien** des § 30 KartG enthält keine taxative Aufzählung. Mit dem KaWeRÄG hat der Gesetzgeber den Kriterienkatalog mit der Absicht ergänzt, ihn an die Pkt. 28 und 29 ABl 2006 C 210, 2 anzupassen.¹⁴⁹ Der

¹⁴⁴ BWB, http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Documents/Das_Vorgehen_der_BWB_bei_Hard-Core_Kartellen.pdf [05/2013].

¹⁴⁵ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, eclex 2009, 507 (Brugger) = ÖZK 2009, 151 (Polster/Zellhofer).

¹⁴⁶ OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, ÖZK 2008, 224 (Lukaschek);

¹⁴⁷ Vgl Brugger, ÖZK 2009, 172 (175).

¹⁴⁸ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁴⁹ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 9.

Katalog erfasst Kartellfälle und Fälle des Marktmissbrauchs gleichermaßen.¹⁵⁰ Neu ist vor allem die demonstrative – und eher cursorische – Aufzählung von Erschwerungs- und Milderungsgründen in § 30 Abs 2 und 3 KartG.

Das Gericht hat neben den ausdrücklich genannten Kriterien im Rahmen einer Ermessensentscheidung eine Gesamtwürdigung alle Umstände des Einzelfalls vorzunehmen¹⁵¹ und auf deren Basis die Geldbuße – die nicht über den Antrag der BWB hinausgehen darf – zu bestimmen.¹⁵² In der Folge sollen die einzelnen gesetzlichen Kriterien umrissen werden. Dabei wird auch angeführt, ob und inwieweit sie bei einzelnen Verfahren tatsächlich berücksichtigt wurden.

1. Die Schwere der Rechtsverletzung

Die Schwere der Rechtsverletzung ist ein zentrales Zurechnungskriterium, bei dem die Art der Zuwiderhandlung und ihr Zweck¹⁵³ den Ausgangspunkt bilden. Daran anschließend sind der Organisationsgrad sowie die Marktbetroffenheit in die Beurteilung einzubeziehen. Abgestuft nach der Schwere lassen sich die Arten von Zuwiderhandlungen in folgende Fallgruppen einteilen:

- **Horizontale Kernbeschränkungen**, wie die mittelbare oder unmittelbare Preisfestsetzung oder Marktaufteilungsvereinbarungen (s § 1 Abs 2 KartG) zählen zu den schwersten Wettbewerbsverstößen.¹⁵⁴
- **Marktmachtmissbrauch** (§ 5 KartG)
- **Verstöße gegen das Durchführungsverbot** (§ 17 KartG)
- **Vertikale Kernbeschränkungen**
- **Mindere horizontale oder vertikale Beschränkungen**

Ein hoher **Organisationsgrad**, wie bspw im Fall *Lombard Club*¹⁵⁵, in Zusammenhang mit Maßnahmen zur Erhaltung der Kartelldisziplin, Geheimhaltungs- und Beweismittelvernichtungsmaßnahmen sowie Zwangsausübung, indizieren eine größere Schwere der Zuwiderhandlung als eine lose Gelegenheitsabsprache. Schließlich ist auf

¹⁵⁰ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 9.

¹⁵¹ OGH (KOG) 16 Ok 3/06 – *Multiplex II*, RdW 2007, 26.

¹⁵² OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*); OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁵³ EuG Rs T-203/01 – *Michelin*, Slg 2003, II-4082 (II-4167).

¹⁵⁴ StRsp, OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*); OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*).

¹⁵⁵ EuGH vBRs T-259/02 bis T264/02 und T-271/02 – „*Lombard Club*“, Slg 2006, II-5200.

dieser Ebene auch zu berücksichtigen, ob und mit welchen Auswirkungen das abgesprochene Verhalten durchgeführt wurde.¹⁵⁶

Daran schließt die Frage der **Marktbetroffenheit** an. Nach diesem Kalkül fällt ein wettbewerbsrechtswidriges Verhalten stärker ins Gewicht, wenn der betroffene Markt oligopolistisch ausgeprägt ist und homogene – damit besonderes anfällige – Güter betroffen sind.¹⁵⁷

Die Schwere wird bei der **Bußgeldbemessung** in den Leitlinien der EK berücksichtigt, sodass der Grundbetrag bis zu 30 % des kartellierten Umsatzes betragen kann.¹⁵⁸ Im Bußgeldverfahren zum *Aufzugskartell* hat der OGH die Bemessung des „Grundbetrags“ mit 30 % des Umsatzes aufgrund der Schwere des Verstoßes (horizontale Absprache; Marktaufteilung) für angemessen erachtet.¹⁵⁹ **Die Dauer der Rechtsverletzung**

Gemäß § 30 Abs 1 KartG bildet die Schwere im Zusammenhalt mit der Dauer, die im Grunde das zeitliche Element der Schwere der Zuwiderhandlung ausdrückt, das zentrale Kriterium der Bußgeldbemessung. Da die Schwere das Wesen der Zuwiderhandlung widerspiegelt, ist von ihr die Dauer für die Fallprüfung zu trennen.¹⁶⁰ Der OGH hat weniger trennscharf judiziert, dass die zeitlichen Wirkungen einer Zuwiderhandlung „*auch als Parameter für die ‚Dauer und Schwere‘ der Rechtsverletzung*“¹⁶¹ heranzuziehen sind.

Das **zeitliche Kriterium** ist einfach zu interpretieren, denn eine kurze Zuwiderhandlung wiegt weniger schwer als eine lang andauernde oder regelmäßig wiederholte. Zu Recht weist *Brugger*¹⁶² daraufhin, dass das Zeitkalkül nicht durch eine grobkörnige Aufrundung der Dauer (etwa in Halbjahresschritten) verfälscht werden darf. Dies betrifft insb die Frage, ob bei kurzen Zuwiderhandlungen von unter einem Jahr tatsächlich ein „Grundbetrag“ anfällt. Ebenso ist eine **schwankende Intensität** zu berücksichtigen, sofern diese nicht bereits auf Ebene der Schwere Berücksichtigung gefunden hat.

In der österreichischen Praxis wird das Zeitkalkül bisweilen uneinheitlich in der Geldbußenbemessung berücksichtigt: Anfänglich wurde es durch Pauschalzuschläge für eine lange Dauer (zB beim *Aufzugskartell*¹⁶³ mit einem Zuschlag in Höhe von 50 %) und in

¹⁵⁶ Vgl OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*): Mangels erwiesenen Nachteils von Kunden oder Mitbewerbern sei die Geldbuße deutlich herabzusetzen, weil ansonsten eine nicht umgesetzte Absprache gleich bestraft werde wie eine umgesetzte.

¹⁵⁷ *Brugger*, ÖZK 2009, 172 (179).

¹⁵⁸ Pkt 13, 19-21 AB1 2006 C 210, 2.

¹⁵⁹ OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*).

¹⁶⁰ EuG Rs T-68/04 – *SGL Carbon*, Slg 2008, II-02511 (Rn 109).

¹⁶¹ OGH (KOG) 16 Ok 21/04 – *PR-Berater*.

¹⁶² *Brugger*, ÖZK 2009, 207.

¹⁶³ OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*).

der Folge – analog der europäischen Praxis – durch Multiplikation von Dauer und Grundbetrag (zB im Fall *Industriechemikalien*¹⁶⁴) berücksichtigt. Im Fall *Europay Bankomatvertrag*¹⁶⁵ wurde es nicht (ausdrücklich) gewürdigt.

3. Das Ausmaß der erzielten Bereicherung

Nach § 30 Abs 1 KartG ist bei der Geldbußenbemessung auch auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung Bedacht zu nehmen. Es handelt sich dabei um „*ein Bemessungskriterium unter mehreren*“.¹⁶⁶ Dies bedeutet, dass eine Geldbuße auch verhängt werden darf, wenn keine Bereicherung eingetreten ist. Der OGH hält es daher im Rahmen der Ermessensentscheidung über das Ausmaß der Geldbuße nicht für erforderlich ein detailliertes Beweisverfahren zur Ermittlung des exakten Ausmaßes der erzielten Bereicherung durchzuführen. Dies auch deswegen weil das Außerstreitverfahren weniger formstrenge ist.¹⁶⁷ Nach Ansicht des OGH genügt eine „plausible Schätzung“.¹⁶⁸

S zur Bereicherung im Detail, IV.B.2

4. Der Verschuldensgrad

Die Verhängung einer Gelbuße setzt gemäß § 29 KartG Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit jeden Grads¹⁶⁹) voraus; der Grad des Verschuldens ist bei der Bemessung der Geldbuße als wichtiger Faktor zu berücksichtigen (§ 30 Abs 1 KartG).¹⁷⁰ Im Rahmen des kartellgerichtlichen Verfahrens sind nicht zwingend die konkreten, schuldhaft handelnden Personen zu identifizieren, weil dies der Effektivität des Verfahrens abträglich sein kann.¹⁷¹

Vorsatz wird im Kartellrecht dann angenommen, wenn das Unternehmen wusste, dass das beabsichtigte oder gesetzte Verhalten auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielt.¹⁷² Zu Fragen ist dabei auch, ob die Zuwiderhandlung auf einer „*zielgerichteten und*

¹⁶⁴ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*).

¹⁶⁵ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁶⁶ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁶⁷ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁶⁸ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

¹⁶⁹ OLG Wien (KG) 25 Kt 38/04 – *Raumausstattung*.

¹⁷⁰ OGH (KOG) 16 Ok 2/11 - *DB MobilityLogistics AG - Masped Schenker*, ecolex 2012, 329 (*Brugger*).

¹⁷¹ EuGH Rs C-338/00 P – *Volkswagen*, Slg 2003, I-9219.

¹⁷² EK, COMP/35.587 – *PO Video Games*, ABl 2003 L 255, 33 (89).

planmäßigen Absicht beruht oder nicht. Die Geldbuße ist bei planmäßig und systematisch begangenen Zuwiderhandlungen nicht an der Untergrenze des Rahmens auszumessen.¹⁷³

Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn die Möglichkeit des Taterfolgs mit der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können. Die innere Tatseite, also ob die Teilnahme am Kartell freiwillig oder unter Druck bzw Zwang erfolgt, ist nach hA unbeachtlich, weil das Unternehmen bei der Wettbewerbsbehörde hätte vorstellig werden können.¹⁷⁴

Die mit dem KaWeRÄG neu eingeführte Bestimmung des § 30 Abs 2 Z 1 KartG sieht vor, dass **Rückfalls- bzw Wiederholungstäterschaft**¹⁷⁵ erschwerend zu berücksichtigen sind. Wurde gegen den Unternehmer schon einmal wegen gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlungen eine Geldbuße verhängt oder die Zuwiderhandlung festgestellt, gilt dies als Erschwerungsgrund. Bereits vor den KaWeRÄG hat der OGH dieses Kriterium im Fall *TikTak-Tarife*¹⁷⁶ einbezogen. Schwer wiegt daher – wie bisher –, wenn eine Zuwiderhandlung nach Entscheidung bzw geklärter Rechtslage wiederholt oder fortgesetzt wird.¹⁷⁷ Fraglich bleibt weiterhin ob und welche Tilgungsfristen (analog) anzuwenden sind,¹⁷⁸ zumal auf Unionsebene keine Tilgungs- oder Verjährungsfristen anerkannt werden.¹⁷⁹

Ebenso findet in § 30 Abs 2 Z 1 KartG nunmehr die **Urheber- bzw Anstifterschaft** sowie die **führende Beteiligung** eines Unternehmens im Hinblick auf die Zuwiderhandlung ausdrücklich Erwähnung als Erschwerungsgrund. Eine derart aktive Rolle im Kartell wiegt demnach schwerer als bloßes Mitläufertum oder eine geringfügige, passive Rolle. Die **Beteiligung in „untergeordneter Rolle“** wird in § 30 Abs 3 Z 1 ausdrücklich als Milderungsgrund genannt.

Der OGH erachtet die Verhängung einer **Geldbuße in nur symbolischer Höhe** als zulässig, wenn beispielsweise eine unklare Rechtslage infolge Neuartigkeit des Falles bestehe. Bei geringem Verschulden und unbedeutenden Folgen könne in Ausnahmefällen auch gänzlich **von der Geldbuße abgesehen** werden.¹⁸⁰

¹⁷³ OGH (KOG) 16 Ok 3/06 – *Multiplex II*, RdW 2007, 26; EuG Rs T-327/94 – *SCA HOLDING*, Slg 1998, II-1379.

¹⁷⁴ *Engelsing/Schneider* in MüKomm EuWettbR, Art 23 VO 1/2003, Rz 151. Vgl auch EuG Rs T-236/01 – *Tokai Carbon*, Slg 2004, II-1200

¹⁷⁵ S dazu *Kienapfel*, ÖZK 2009, 8.

¹⁷⁶ OGH (KOG) 16 Ok 12/04 – *Tik Tak Tarif*, ecolex 2005, 302 (*Tremmel*).

¹⁷⁷ OLG Wien (KG) 27 Kt 245/04 – *Lenzing Lyocell*.

¹⁷⁸ So schon zur Rechtslage vor dem KaWeRÄG: *Brugger*, ÖZK 2009, 207 (215).

¹⁷⁹ EuGH Rs C-3/06 P – *Danone*, Slg 2007, II-1355.

¹⁸⁰ OGH (KOG) 16 Ok 2/11 - *DB MobilityLogistics AG - Masped Schenker*, ecolex 2012, 329 (*Brugger*).

5. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens zählt ausdrücklich zu den Bemessungskriterien.¹⁸¹ Dabei ist nach Ansicht des OGH nicht nur der Gewinn, sondern auch der Umsatz als Kriterium einzubeziehen, zumal dieser das Maß für höchstzulässige Geldbuße vorgibt und – „wenn auch nur annähernd und unvollständig“ – etwas zur Größe und Wirtschaftskraft des Unternehmens aussagt. Die Geldbuße darf aber nicht das Ergebnis „eines bloß auf den Gesamtumsatz abstellenden Rechengangs sein“, weil ansonsten die gebotene Berücksichtigung aller Faktoren des Einzelfalls unterbleiben würde.¹⁸² Die Praxis auf österreichischer und europäischer Ebene zeigt aber, dass keine „eindeutige Korrelation“ zwischen der Leistungsfähigkeit und der tatsächlichen Geldbußenhöhe zu finden ist.¹⁸³

In diesem Punkt weicht § 30 KartG von den unionsrechtlichen Vorgaben des Art 23 VerfVO ab, weil das Kriterium im europäischen Recht nicht ausdrücklich normiert ist und die EK in ihren Bußgeldleitlinien ausdrücklich festhält, dass die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nur „unter außergewöhnlichen Umständen [...] in einem gegebenen sozialen und ökonomischen Umfeld“ zu berücksichtigen ist.¹⁸⁴ Die Rsp ließ die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit zu.¹⁸⁵ Die Anforderungen sind auf europäischer Ebene allerdings insgesamt hoch.¹⁸⁶

Durch die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit nach § 30 KartG soll die Spürbarkeit der Sanktion für (große) leistungsstarke Unternehmen sichergestellt werden, ohne aber (kleine) leistungsschwache Unternehmen wirtschaftlich zu ruinieren, was uU zu noch stärkeren Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Es darf aber nicht Zweck der Geldbuße sein, leistungsschwache – wenn auch unlauter agierende – Marktteilnehmer bei gleichzeitiger Gefährdung von Arbeitsplätzen sowie vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen vom Markt zu tilgen.¹⁸⁷ UU kann sogar eine kritische wirtschaftliche Situation in einem Wirtschaftssektor eine Reduktion des Bußgelds rechtfertigen.¹⁸⁸

¹⁸¹ OGH (KOG) 16 Ok 3/06 – *Multiplex II*, RdW 2007, 26.

¹⁸² OGH (KOG) 16 Ok 3/06 – *Multiplex II*, RdW 2007, 26.

¹⁸³ S mwN *Brugger*, ÖZK 2009, 207 (215).

¹⁸⁴ Pkt. 35, ABI 2006 C 210, 2. So auch EK, COMP/36.490 – *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1 (36 ff).

¹⁸⁵ Vgl EuG Rs T-236/01 – *Tokai Carbon*, Slg 2004, II-1200 (II-1309).

¹⁸⁶ *Engelsing/Schneider* in MüKomm EuWettbR, Art 23 VO 1/2003, Rz 161.

¹⁸⁷ So bereits *Brugger*, ÖZK 2009, 207 (215).

¹⁸⁸ Bspw hat die EK eine Reduktion von 10 % des Grundbetrags im Fall eines krisengeschüttelten Sektors bejaht, COMP/36.860 – *Nahtlose Stahlrohre*, ABI 2003 L 140, 1 (22) und bis zu 50 % Nachlass gewährte die EK aufgrund der besonderen finanziellen Situationen von zwei Beteiligten im Badezimmer-Kartell, EK, COMP/39.092 – *Badezimmerausstattungen*, ABI 2011 C 348, 12 S auch EK, COMP/36.490 – *Graphitelektroden*, ABI 2002 L 100, 1 (36 ff); EuG Rs T-236/01 – *Tokai Carbon*, Slg 2004, II-1200.

Allerdings darf im österreichischen Recht uE die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Kriterium nicht überbewertet werden, zumal die Geldbuße gemäß § 32 KartG iVm § 9 Abs 1 GEG unter bestimmten Voraussetzungen (insb bei Härtefällen) gestundet werden bzw in Teilbeträgen entrichtet werden kann.

6. Besonderes Nachtatverhalten

Seit dem KaWeRÄG erfasst der Milderungsgrund der **Mitwirkung an der Aufklärung** als besonderes Nachtatverhalten gemäß § 30 Abs 3 Z 3 KartG sowohl Kartelle als auch Fälle des Marktmachtmissbrauchs.¹⁸⁹ Die Mitwirkung an der Aufklärung ist als Mittel der Verfahrenseffizienz vom Kronzeugenprogramm, das ein investigatives Instrument darstellt, zu unterscheiden. Die Mitwirkung ist – wie sich auch in den Leitlinien der EK zeigt¹⁹⁰ – ein Milderungsgrund der (ggf) kumulativ zur Bußgeldminderung im Rahmen des Kronzeugenprogramms zu berücksichtigen ist.¹⁹¹ Im Lichte des Pkt. 29 ABI 2006 C 210, 2, auf den die Mat¹⁹² ausdrücklich verweisen, setzt § 30 Abs 3 Z 3 KartG („wesentlich zur Aufklärung der Rechtsverletzung beitragen“) eine aktive Zusammenarbeit des Unternehmens mit der BWB (und in der Folge mit dem KG) über dessen rechtliche Verpflichtung zur Zusammenarbeit hinaus voraus.

Im Fall *Aufzugskartell* wurde die Mitwirkung an der Aufklärung mit einem **Abschlag von 5 %** berücksichtigt, wobei zudem die Kronzeugenregelung zur Anwendung kam und das Bußgeld schließlich um weitere 50 % gemindert wurde.¹⁹³

7. Sonstige Kriterien

Ob im Einzelfall ein **Schaden** entstanden ist, bedeutet für die Bußgeldbemessung lediglich, dass für eine Erhöhung der Geldbuße kein Raum ist. Der fehlende Schadenseintritt ist aber jedenfalls kein Milderungsgrund.¹⁹⁴ Ebenso rechtfertigt der fehlende Nutzen einer Zuwiderhandlung für das Unternehmen keine Milderung.¹⁹⁵

Als mildernd wird in der österreichischen Kartellrechtspraxis – wie auch auf europäischer Ebene¹⁹⁶ – der Umstand berücksichtigt, dass die Zuwiderhandlung auf einer

¹⁸⁹ ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 9.

¹⁹⁰ Pkt. 29, ABI 2006 C 210, 2.

¹⁹¹ *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich, Rz 560; Redlinger/Hartung, Das neue österreichische Kartellrecht, 210.

¹⁹² ErläutRV 1804 BlgNR XXIV. GP, 9.

¹⁹³ OGH (KOG) 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell*, OZK 2008, 224 (*Lukaschek*).

¹⁹⁴ OGH (KOG) 16 Ok 3/06 – *Multiplex II*, RdW 2007, 26; EK, COMP/36.545 – *Aminosäuren*, 2001 L 152, 24.

¹⁹⁵ EK, COMP/36.545 – *Aminosäuren*, 2001 L 152, 24.

¹⁹⁶ Pkt. 29 5. TSt, ABI 2006 C 210, 2.

behördlichen Bewilligung (wie im Beispiel *Tik-Tak-Tarif*¹⁹⁷) oder gar auf **gesetzlicher Anordnung** (im Fall *Rinderbesamung*¹⁹⁸) beruht. Die BWB ist in solchen Fällen kulant und hat von einer Verfolgung (und Geldbußen) gänzlich abgesehen. UE ist in diesen Fällen aber jedenfalls darauf abzustellen, ob ein wettbewerblich korrektes Alternativverhalten rechtlich möglich und dem Unternehmen zumutbar gewesen wäre.

Die **Einführung eines Compliance-Programms** im Unternehmen muss nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden.¹⁹⁹ Ein bereits erfolgter Verstoß könne nach Auffassung der EK dadurch auch nicht beseitigt werden.²⁰⁰ Die EK hat im Fall *British Sugar* die Verletzung eines Compliance Programms sogar als erschwerend gewertet.²⁰¹

E. Rechtsvergleich – Deutschland

1. Allgemeines

Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage ist das Bußgeldverfahren ein Verwaltungsverfahren, sodass das dBKartA für die Festsetzung der Geldbuße zuständig ist. Demgemäß handelt es sich bei bußgeldbewährten Wettbewerbsverletzungen um **Ordnungswidrigkeiten**²⁰² iSd dOWiG (§ 81 dGWB).

Die gesetzlichen Vorgaben zur Bußgeldbemessung entsprechen Art 23 Abs 3 VerfVO und sind entsprechend rudimentär gestaltet, nennen sie doch nur Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung als gesetzliches Bemessungskriterium. Daneben ist jedoch § 17 dOWiG einschlägig. Danach sind die Bedeutung der Tat und die subjektive Vorwerfbarkeit sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.²⁰³

Auch in Deutschland besteht eine **Kappungsgrenze** von 10 % des Gesamtumsatzes (bei fahrlässiger Begehung 5 %²⁰⁴) gemäß § 81 dGWB.

2. Bußgeldleitlinie des dBKartA

Das dBKartA hat mit der Bekanntmachung 38/2006 Leitlinien über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 dGWB erlassen. Die Bußgeldleitlinien orientieren sich hinsichtlich der Methodik stark am europäischen Vorbild und sehen ebenso ein

¹⁹⁷ OGH (KOG) 16 Ok 12/04 – *Tik Tak Tarif*, ecolex 2005, 302 (*Tremmel*), wobei eine Minderung gegen Null mit Blick auf die damals bestehenden Mindeststrafen abgelehnt wurde.

¹⁹⁸ BWB, Recht und Unternehmenspraktiken im Besamungswesen für Rinder: Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht (02/2008), 24.

¹⁹⁹ EuGH vBRs C-189/02 P – *Dansk Rørindustri*, Slg 2005, I-5425 (I-5610).

²⁰⁰ EK, COMP/38.337 – *PO/Thread*, ABI 2008 C 21, 10.

²⁰¹ EK, ABI 1999 L 76, 1 – *British Sugar*.

²⁰² Nach österreichischer Terminologie „Verwaltungsstrafen“.

²⁰³ S dazu im Einzelnen, *Cramer/Pananis* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf* (Hg), Kartellrecht², § 81 dGWB Rz 67 ff.

²⁰⁴ § 17 Abs 2 OWiG.

zweistufiges Bemessungsverfahren vor, wonach ein Grundbetrag (bis zu 30 % des tatbezogenen Umsatzes) durch Anpassungsfaktoren (Abschreckung, Erschwerungs- und Milderungsgründe) der Höhe nach verändert wird.

Die Leitlinien sehen vor, dass der Grundbetrag zum Zwecke der **Abschreckung** um bis zu 100 % erhöht werden kann (Pkt. 15 Bußgeldleitlinien). **Erschwerend** wirken insb schwere Formen des Vorsatzes und eine hoher Grad an Fahrlässigkeit, Wiederholungstäterschaft oder das Einnehmen einer führenden Rolle im Kartell (Pkt. 16 Bußgeldleitlinien). **Mildernd** wirken demgegenüber insb das Nachtatverhalten (zB Ausgleich von Schäden Dritter), erzwungene oder passive Kartellteilnahme und die Genehmigung durch Behörden oder geltende Vorschriften (Pkt. 17 Bußgeldleitlinien)

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Leitlinien nur für den ahndenden Teil der Geldbuße gelten; zur Abschöpfung unten IV.C.3.

F. Schlussfolgerungen und Ausblick

Für die österreichische Kartellrechtspraxis sind publizierte Leitlinien für die Bemessung von Geldbußen nach § 30 KartG – analog zum Handbuch der BWB zur Kronzeugenregelung – dringend erforderlich. Der derzeitigen Praxis fehlt es an Transparenz.

Solche Leitlinien sollen eine **ex post Plausibilisierung** und Nachvollziehbarkeit der Geldbußenbemessung ermöglichen, ohne aber die individuell-konkrete betragliche Höhe ex ante berechenbar zu machen. Wäre nämlich die Strafe ex ante berechenbar, so würde dies lediglich einen Anreiz schaffen, dass Unternehmen potenzielle Bußgelder von Beginn an einpreisen.

Auch mit Blick auf die **Settlement-Praxis** ist ein hohes Maß an Nachvollziehbarkeit geboten, sodass nicht der Eindruck entstehen kann, dass die beantragten Bußgeldbeträge willkürlich bzw durch „Verhandlung“ mit der Behörde festgelegt werden.

Wenngleich mit dem KaWeRÄG eine Annäherung des § 30 KartG an die europäische Rechtslage erfolgt ist, bleiben dennoch spezifisch Aspekte des österreichischen Kartellrechts zu berücksichtigen, sodass eine unmittelbare Anwendung der Bußgeldleitlinie der EK eher ausscheidet. Sie kann aber als Vorbild für ein österreichisches Regelwerk dienen.

Ein **Abstellen auf den kartellierten, tatbezogenen Umsatz** für die Bußgeldbemessung erscheint zwar mit Blick auf die Methodik des Strafrechts dem

österreichischen Recht grds fremd, ist aber „*viel eher einzelfallgerecht und zielsicher*“ und ermöglicht eine tatadäquate Bußgeldhöhe.²⁰⁵

Schließlich zeigt auch die Bußgeldleitlinie der EK, dass es eine solche Leitlinie nicht als „Formelheft“ zu verstehen ist, das eine mechanistische Bußgeldberechnung verlangt. Vielmehr sind **qualitative (transparente) Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung** ausschlaggebend, sodass der Behörde auch weiterhin ein Ermessensspielraum offensteht.

Der Zweck der Leitlinien besteht darin, die Vorgaben der §§ 29 ff KartG unter Einbeziehung der Rechtsprechung und bisherigen Behördenpraxis in nachvollziehbarer und transparenter Form zu konkretisieren. Nachdem die BWB in ihrem Leniency-Handbuch²⁰⁶ offenlegt, in welchen Bandbreiten Bußgeldminderungen gewährt werden (Pkt. 25), ist eine Offenlegung des Rahmens der Bußgeldminderung im Settlement-Verfahren wünschenswert. Der aktuelle Entwurf der BWB zu einem Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen²⁰⁷ sieht vor, dass im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bis zu 20% Strafnachlass gewährt werden können.

²⁰⁵ Brugger, ÖZK 2009, 172 (177).

²⁰⁶ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 bis 6 WettbG (Kronzeugenregelung) (03/2013).

²⁰⁷ <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Bu%C3%9Fgelder/Documents/L%20E%20I%20T%20F%20A%20D%20E%20N%20final%2012062013.pdf> (07/2013).

IV. Abschöpfung der Bereicherung

A. Vorüberlegung: Streuschäden und Abschöpfung

Aus ökonomischer Sicht (und unter Außerachtlassung von Werten wie Rechtstreue etc) wird ein Kartellant nur dann von einem Rechtsverstoß abgehalten, wenn die nachteiligen Konsequenzen seines rechtswidrigen Handelns die erwarteten Vorteile übersteigen.²⁰⁸ Diese nachteiligen Konsequenzen ergeben sich grundsätzlich aus der Formel:

$$\text{Nachteile} = \text{erwartetes Bußgeld} \times \text{Eintrittswahrscheinlichkeit} \\ + \text{sonstige Nachteile} \times \text{Eintrittswahrscheinlichkeit}$$

Die sonstigen Nachteile können einerseits darin liegen, dass am Markt negative wirtschaftliche Folgen auftreten, wenn das Verhalten des Kartellanten bekannt wird; dieser Faktor ist zumindest in den bisherigen Settlement-Verfahren wegen der fehlenden Publizität im Ergebnis zu vernachlässigen. Andererseits können Nachteile auch in haftungsrechtlichen Folgen liegen, wenn die durch das kartellrechtliche Verhalten Geschädigten Ersatzansprüche geltend machen. Das ist immer dann wahrscheinlich, wenn für die einzelnen Marktteilnehmer (üblicherweise auf der Marktgegenseite) substantielle Schäden entstehen und diese Schäden zumindest grundsätzlich auch nachweisbar sind. Treten hingegen Streuschäden auf, bei denen also die einzelnen Marktteilnehmer nur geringe Nachteile erleiden, wird es zumeist ohnehin an Nachweisen fehlen, jedenfalls aber an der Motivation, solche Ersatzansprüche auch geltend zu machen.

Damit zeigt sich, dass bei solchen Streuschäden nicht erwartet werden kann, dass diese auch von einzelnen Betroffenen geltend gemacht werden. Dass de iure Schadenersatzansprüche bestehen, kann als bloßes *law in the books* daher keine Steuerungswirkung haben.

Fehlt es in diesem Zusammenhang an Mechanismen kollektiver Rechtsdurchsetzung, so trägt allein das Bußgeld die Last der Prävention.²⁰⁹ Dieser Präventionszweck kommt dem Bußgeldsystem auch rechtsdogmatisch unbestritten zu.²¹⁰ Geht man davon aus, dass aus Sicht ex ante die Wahrscheinlichkeit geringer als 1 ist, dass auch tatsächlich eine Sanktion verhängt wird, so muss die Bußgeldandrohung zwingend größer als die erwarteten Vorteile sein, wenn man von ihr eine Steuerungswirkung erwarten will.²¹¹ Mit anderen Worten: Eine vollkommene Abschöpfung der Bereicherung über das Bußgeld ist eine

²⁰⁸ Dazu auch Zeder, JBl 2007, 477 (483).

²⁰⁹ Soweit man strafrechtliche Aspekte einmal ausklammert.

²¹⁰ Für alle OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669; Brugger, ÖZK 2009, 172.

²¹¹ So im Ergebnis auch OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (Brugger) = ÖZK 2009, 151 (Polster/Zellhofer).

notwendige Voraussetzung (wenngleich angesichts der geringen Betretungswahrscheinlichkeit noch keine hinreichende) für die präventive Wirkung.

Auch wenn diese Gedanken natürlich nur ein sehr einfaches Modell skizzieren, das dem Vergleich mit der (komplexeren) Realität nicht in allen Belangen standhalten wird, so lassen sich doch zwei Schlussfolgerungen ziehen: Erstens ist die Präventionswirkung des Kartellrechts höher, wenn die Bereicherung abgeschöpft wird. Zweitens müsste diese Funktion durch das Bußgeld übernommen werden, wenn ein eigenes Instrument für die Abschöpfung fehlt.

Diese beiden Aspekte sollen in der Folge zunächst am geltenden Recht untersucht werden. Danach wird ein Vergleich gezogen und zwar zunächst mit anderen Regelungen des österreichischen Rechts sowie in der Folge mit europäischen und deutschen Rechtsquellen. Abschließend werden daraus erste Schlüsse für eine denkbare Neuregelung zur Abschöpfung der Bereicherung gezogen, die freilich nicht in jeder Hinsicht ausgereift sind, aber Orientierungen für die rechtspolitische Diskussion bieten können.

Wir meinen hingegen nicht, dass es zielführend sein kann, das Problem der nicht geltend gemachten Streuschäden zu lösen, indem die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Geschädigten selbst erleichtert wird. Das wird unseres Erachtens daran scheitern, dass die Geschädigten nicht entsprechend informiert und motiviert sind. Aber es wird wohl auch keine Lösung sein, die Anspruchverfolgung auf Dritte zu verlagern (zB den VKI); denn da Schadenersatz üblicherweise auf den konkreten Schaden bei Einzelnen und nicht auf einen „Schaden für die Allgemeinheit“ abstellt, wird auch ein solches Modell häufig an Beweisproblemen scheitern. Uns erscheint daher die Abschöpfung der erzielten Vorteile beim Kartellanten grundsätzlich der vielversprechendere Weg.

B. Ist-Stand

1. Abschöpfung ieS

Das KartG 2005 enthält keine ausdrückliche Norm, welche die Abschöpfung der Bereicherung vorsieht. Historisch war dies anders. Denn § 21 KartellG 1988 lautete wie folgt:

„§ 21. (1) Hat sich ein Unternehmer oder ein Verband von Unternehmern durch die verbotene Durchführung eines Kartells bereichert, so hat das Kartellgericht ihm auf Antrag einer Amtspartei (§ 44) die Zahlung eines der Bereicherung entsprechenden Geldbetrages an den Bund aufzuerlegen. Das Kartellgericht hat hievon jedoch ganz oder teilweise abzusehen, wenn dies im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen der Billigkeit entspricht. Bei der Ermittlung des Geldbetrages ist der § 273 ZPO sinngemäß anzuwenden.“

(2) Die Zahlung eines Geldbetrages nach Abs. 1 darf nur dann auferlegt werden, wenn der Antrag binnen drei Jahren ab der Beendigung der verbotenen Durchführung des Kartells gestellt wird.“

Die Norm wurde mit der KartNov 2002 abgeschafft. Das stand in Zusammenhang mit der Umstellung von einem strafrechtlichen Sanktionensystem zum derzeit geltenden Geldbußensystem. Die Erläuterungen führten dazu aus:²¹²

„In dem nunmehr vorgesehenen Geldbußensystem sind diese zusätzlichen Sanktionen entbehrlich, da die – und zwar auch nur potentielle – Bereicherung gegebenenfalls durch die Bemessung der Geldbuße im Verhältnis zum Umsatz berücksichtigt werden kann. Damit fallen auch die Beweisschwierigkeiten weg, die mit der Feststellung einer Bereicherung in der Regel verbunden sein werden. Im Übrigen sieht § 143 die erzielte Bereicherung als ein für die Bemessung der Geldbuße maßgebliches Kriterium vor.“

Mit anderen Worten ging der Gesetzgeber 2002 davon aus, dass eine Abschöpfung nicht mehr erforderlich sei, weil ohnehin eine umsatzabhängige Geldbuße bestehe und auch die Höhe der konkret festzulegenden Geldbuße durch die Bereicherung bestimmt werde. Insofern ist es konsequent, dass es die Rechtsprechung ablehnt, § 20 StGB über den Verfall analog anzuwenden.²¹³

2. Berücksichtigung der Bereicherung bei der Bußgeldbemessung

Bei der Festlegung der konkreten Buße ist die Bereicherung gemäß § 30 Abs 1 KartG 2005 allerdings zu berücksichtigen; dazu schon oben III.D.3. Die Bereicherung kann auch geschätzt werden, wenn die Erhebung mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden ist (§ 34 AußStrG sinngemäß).

Ziel des Gesetzgebers war es, die Bereicherung zwar als Faktor bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen, sofern eine solche Bereicherung festgestellt werden kann. Notwendig ist diese (trotz Schätzung) häufig schwierige Feststellung allerdings nicht. Denn auch ohne Bereicherung kann die Strafe verhängt werden. Dies war auch ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers der Novelle 2002 (vgl oben III.D.7).

Freilich hat die Aufnahme in den Kriterienkatalog des § 30 KartG 2005 eine Reihe von rechtsdogmatischen Konsequenzen, die der OGH aufgezeigt hat:

²¹² 1005 BlgNR 21. GP 26.

²¹³ OLG Wien (KG) 27 Kt 245/04 – *Lyocell* (freilich zur Fusionskontrolle).

Erstens ist die Bereicherung nur „ein Bemessungskriterium unter mehreren“.²¹⁴ Das bedeutet nicht nur, dass ein Bußgeld auch verhängt werden darf, wenn keine Bereicherung eingetreten ist. Vielmehr muss nach dem OGH das Bußgeld auch nicht notwendig die gesamte Bereicherung abschöpfen.²¹⁵ Ob diese Schlussfolgerung zutreffend ist, könnte schon de lege lata bezweifelt werden; denn der Präventionsgedanke spricht eindeutig für eine vollständige Abschöpfung der Bereicherung.²¹⁶

Eine Abschöpfung durch ein Bußgeld ist zweitens zumindest dann nicht möglich, wenn die Bereicherung über dem höchstzulässigen Bußgeld liegt. Dass dieser Fall nicht abwegig ist, zeigt das Verfahren *Europay Bankomatvertrag*,²¹⁷ in dem das KG eine Bereicherung der Kartellanten festgestellt hat, die über dem höchstzulässigen Bußgeld lag.

Die Problematik zeigt sich ganz deutlich, wenn die Bereicherung über der gesetzlichen Maximalhöhe liegt. Denn auch in diesem Fall muss das Bußgeld nicht zwingend mit dem maximalen Betrag festgelegt werden.²¹⁸ Vielmehr können die anderen in § 30 Abs 1 KartG 2005 genannten Faktoren ebenso wie die Milderungsgründe des § 30 Abs 3 leg cit zu einer niedrigeren Festlegung führen.

3. Bewertung

Die Regelung des KartG 2005 zeigt unseres Erachtens einige wesentliche Schwächen aus Sicht der Prävention. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Der Gesetzgeber hat 2002 auf Basis der zutreffenden Feststellung, dass die Bereicherung häufig schwer festzustellen und insbesondere ihrem Ausmaß nach zu bestimmen ist, die Bereicherung nur mehr als einen Anhaltspunkt für die Strafbemessung festgelegt. Deswegen kann die Bereicherung (je nach Gewicht der sonstigen Faktoren) auch dann nicht abgeschöpft werden, wenn sie eben doch feststellbar ist. Damit wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet.
- Das führt dazu, dass die Bereicherung zB dann nicht zur Gänze abgeschöpft wird, wenn das Verschulden nur gering oder die Rechtsverletzung nicht besonders schwer ist. Das kann nicht überzeugen, weil die Herausgabe eines unrechtmäßig erlangten Vorteils vom Gesichtspunkt der Prävention eigentlich nur von der Rechtsverletzung abhängen sollte. Warum soll der Grad des Verschuldens

²¹⁴ OGH (KOG) 16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien*, ecolex 2009, 507 (*Brugger*) = ÖZK 2009, 151 (*Polster/Zellhofer*); OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669; *Brugger*, ÖZK 2009, 208.

²¹⁵ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

²¹⁶ Vgl dann auch die abw Schlussfolgerungen von *Zeder*, JBl 2007, 477 (483 f).

²¹⁷ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

²¹⁸ OGH (KOG) 16 Ok 4/07 – *Europay Bankomatvertrag*, RdW 2007, 669.

bestimmen, ob ein Rechtsverletzer (bloß) einen rechtswidrig erlangten Vorteil wieder herausgeben muss?²¹⁹

- Ganz offensichtlich wird die mangelnde Steuerungsfunktion, wenn die Bereicherung über der Höchstgrenze für eine Geldbuße gemäß § 29 Z 1 KartG 2005 liegt. Durch eine Regel dieser Art werden gerade die Rechtsverstöße begünstigt, die besonders lukrativ sind, was erkennbar dem Präventionsgedanken widerspricht.

Insgesamt ist die Einbeziehung oder zumindest die ausschließliche Berücksichtigung der Bereicherung im Rahmen der Geldbußenbemessung nicht glücklich. Insbesondere wenn die konkret Geschädigten die Nachteile faktisch nicht herausverlangen können (Streuschäden), kann dies dazu führen, dass dem Rechtsverletzer trotz Geldbuße ein Vorteil verbleibt.

C. Rechtsvergleich

1. Andere österreichische Rechtsquellen

Andere Rechtsquellen in Österreich sehen demgegenüber durchaus eine entsprechende Abschöpfung der Bereicherung vor, so vor allem § 20 StGB.²²⁰ Nach der Neufassung dieser Norm durch BGBl I 2010/108 hat das Gericht Vermögenswerte, die durch eine mit Strafe bedrohte Handlung erlangt wurden, für verfallen zu erklären. Trotz der anderen Terminologie geht es (auch²²¹) um die unrechtmäßige Bereicherung, wobei freilich nicht nach dem Netto-, sondern nach dem Bruttoprinzip zu rechnen ist, maW werden Nachteile und Vorteile nicht saldiert, sondern immer alle erlangten Vermögenswerte entzogen.²²² Somit kommt dem strafrechtlichen Fall auch Pönalcharakter zu; Verschulden ist daher nach mancher Meinung Voraussetzung.²²³ Der Richter kann den Umfang der verfallenden Vermögenswerte nach freier Überzeugung festsetzen, wenn er sich nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln lässt.

Nach § 111 TKG kann die Regulierungsbehörde beim Kartellgericht den Antrag stellen, den wirtschaftlichen Vorteil aus einer rechtswidrigen Handlung für abgeschöpft zu erklären. Dieser kann vom KG mit bis zu 10% des Unternehmensumsatzes des Vorjahres

²¹⁹ Auch das Bereicherungsrecht (das freilich die Herausgabe gerade an den Entreicherten vorsieht) sieht die Herausgabe eines rechtswidrig erlangten Vorteils grundsätzlich auch ohne Verschulden vor. Das Verschulden wird nur beim Ausmaß des Ersatzes berücksichtigt.

²²⁰ Im Einzelfall mag auch die Konfiskation nach § 19a StGB Bereicherungen erfassen, wenn sie in körperlichen Gegenständen und nicht in einem erhöhten Gewinn bestehen, so zB bei Produkten aus umweltgefährdenden Anlagen; vgl *Fuchs/Tipold* in WK² StGB § 19a Rz 9.

²²¹ Für andere Konstellationen *Fuchs/Tipold* in WK² StGB § 20 Rz 15, 20 ff.

²²² Hingegen hat § 20 StGB idF vor BGBl I 2010/107 noch eine Abschöpfung nach dem Nettoprinzip vorgesehen; vgl *Fabrizy*, StGB¹⁰ (2010) § 20 Rz 2.

²²³ *Fuchs/Tipold* in WK² StGB Vor §§19a-20c Rz 10 ff mwN.

festgesetzt werden, wobei das KG einen angemessenen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen kann; interessant daran ist, dass einerseits die Schätzung der Vorteile ähnlich § 273 ZPO erfolgen soll,²²⁴ der Abschöpfungsbetrag andererseits aber nach oben gedeckelt ist. Der abgeschöpfte Betrag fließt der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zu deren Finanzierung zu²²⁵ – anders als Geldbußen nach dem KartG 2005, die in das allgemeine Bundesbudget fließen. Grundsätzlich ähnlich ist § 56 PostmarktG, nur dass eine Schätzung der Bereicherung nicht zulässig ist.

In beiden Fällen ist die Verwaltungsstrafe allerdings nicht umsatzbezogen, sondern richtet sich nach fixen Höchstsätzen von € 30.000,- nach § 55 PostmarktG bzw maximal € 58.000,- nach § 109 TKG²²⁶. Auffällig ist, dass auch bei der Strafzumessung nach § 109 Abs 5 TKG auf die Höhe des Vorteils Bedacht zu nehmen ist. Dieser wird somit doppelt berücksichtigt: sowohl bei der Abschöpfung als auch bei der Strafzumessung. Das ist auch nicht überschießend, weil auch der Unrechtsgehalt einer Tat wesentlich von den aus ihr erlangten Vorteilen bestimmt wird.

Es ist deutlich erkennbar, dass das System im Ergebnis ein Mischsystem ist: Die Bereicherung soll neben der Strafe abgeschöpft werden, aber nur bis zu einem Höchstbetrag, der sich erkennbar an den Vorschriften des Kartellrechts orientiert. Sonderlich konsequent ist diese Regelungstechnik nicht: Wenn der Gesetzgeber sich schon für eine gesonderte Abschöpfung entscheidet (und die Bereicherung nicht bei der Festlegung der Geldbuße mitberücksichtigt), dann ist es nicht einsichtig, warum ein Teil der Bereicherung beim Rechtsverletzer verbleiben soll. Dass die Umsatzgrenze nicht häufig überstiegen würde, wäre einerseits zu beweisen (wobei auf den Fall *Europay Bankomatvertrag*²²⁷ verwiesen sei). Andererseits werden durch eine Regel dieser Art gerade die Rechtsverstöße begünstigt, die besonders lukrativ sind.

Vergleichbar ist auch § 38b ORFG, wonach bei Verstößen gegen die Regeln über kommerzielle Kommunikation der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden kann. Auch hier kann es zu einer Schätzung kommen, wenn die Regulierungsbehörde den Vorteil trotz Einsicht in die Unterlagen des ORF nicht ermitteln kann. Der abgeschöpfte Betrag fließt dem Bund zu.

Wiederum andere Vorschriften folgen hingegen grundsätzlich dem kartellrechtlichen Vorbild, so zB § 106 Abs 2 EIWOG und § 166 Abs 2 GWG

²²⁴ Vgl 1389 BlgNR 24. GP 26.

²²⁵ Kritisch *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz² (2004) § 111 Rz 9: Objektivität der Entscheidungen der RTR könnte angezweifelt werden.

²²⁶ Wobei § 108 TKG auch gerichtliches Strafrecht enthält.

²²⁷ OGH (KOG) 16 Ok 4/07, RdW 2007, 669.

2. Europa

Auch die Bußgeldbemessung nach Europäischem Kartellrecht verfolgt nach einhelliger Ansicht das Ziel, die Beachtung der Kartellvorschriften des AEUV sicherzustellen.²²⁸ Im Sinne einer negativen Generalprävention sollen hohe Geldbußen abschreckend wirken.²²⁹ Dem entspricht auch, dass die konkrete Festlegung des Bußgeldes gemäß Art 23 Abs 3 VO 1/2003 nach der Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu erfolgen hat.

Eine eigene Regelung über die Abschöpfung der Bereicherung oder ähnliches fehlt im europäischen Kartellrecht. Freilich ist es ein Ziel der Geldbußenfestlegung, auch die Vorteile aus der unerlaubten Handlung abzuschöpfen. Bereits auf Ebene von Art 23 Abs 3 VO 1/2003 ergibt sich dies über das Kriterium der Schwere des Kartellverstoßes.²³⁰ Je größer die Bereicherung ist, desto schwerer ist auch der Kartellverstoß und desto höher ceteris paribus die festzulegende Geldbuße.

Besonders deutlich wird dies aus Punkt 31 der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen, wonach die Geldbuße zu erhöhen ist (bis zum umsatzabhängigen Maximum), damit der Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten wirtschaftlichen Gewinne übersteigt, sofern diese Gewinne geschätzt werden können.

Daraus ergeben sich Ähnlichkeiten, aber auch Unterschiede zur österreichischen Vorschrift:

- Vergleichbar ist, dass eine Abschöpfung der Vorteile über die maximale Höhe des Bußgeldes hinaus nicht möglich ist.
- Zumindest grundsätzlich ist auch vergleichbar, dass die Höhe des Vorteils nur einer von mehreren Faktoren für die Festlegung des Bußgeldes ist. Allerdings macht Punkt 31 der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen klar, dass diesem Aspekt besonderes Gewicht zukommt: Wenn die Bereicherung höher war, als das sonst zu verhängende Bußgeld, kann die Kommission den Geldbetrag bis zum maximal zulässigen Bußgeld erhöhen. Liegt die Bereicherung somit über dem höchstzulässigen Bußgeld, so kann²³¹ die Kommission bis an das Maximum gehen, selbst wenn es sonst mildernde Umstände gibt. Das ist aus dem Gesichtspunkt der Prävention gegenüber der österreichischen Rechtslage eine Verbesserung.

²²⁸ Nowak in Loewenheim/Meessen/Riesenkamp, Kartellrecht² (2009) Art 23 VerfVO Rz 2 ff.

²²⁹ Siehe auch Pkt 4 der Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen ABI C 210 v 1.9.2006, 2.

²³⁰ Nowak in Loewenheim/Meessen/Riesenkamp, Kartellrecht² (2009) Art 23 VerfVO Rz 27 mwN.

²³¹ Zu hinterfragen ist, in welcher Hinsicht das durch das Wort „kann“ angesprochene“ Ermessen der Kommission beschränkt ist.

- Ähnlich wie in Österreich genügt es aber, wenn die Vorteile geschätzt werden können. Eines vollen Beweises bedarf es somit nicht.

3. Deutschland

§ 34 deutsches GWB sieht ausdrücklich eine Abschöpfung des Vorteils unmittelbar durch die Kartellbehörde vor. Ziel der Vorschrift ist es, dass die Vorteile aus einer Kartellrechtsverletzung auch dann nicht beim Verletzer bleiben, wenn individuell Betroffene keine Ersatzansprüche auf dem Zivilrechtsweg geltend machen. Die Norm soll die Problematik der Streuschäden in den Griff bekommen, ohne dass die Norm ausdrücklich auf solche Fälle beschränkt wäre.²³² Es geht damit darum, den Anreiz für eine Rechtsverletzung zu vermindern.²³³

Die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils gem § 34 Abs 1 dGWB hängt davon ab, dass die Rechtsverletzung schuldhaft begangen wird; allerdings enthält der anwendbare § 29a dOWiG ebenfalls eine Verfallsvorschrift, die auch anwendbar ist, wenn dem Täter die Rechtsverletzung nicht vorgeworfen werden kann.²³⁴ Wie der Vorteil zu berechnen ist, ist im Detail strittig,²³⁵ allerdings kann der Vorteil nach § 34 Abs 4 dGWB geschätzt werden, womit es nur noch (aber doch) darum geht, realistische Grundlagen für eine Schätzung zu erlangen.²³⁶

Die Kartellbehörde hat grundsätzlich Ermessen bei der Entscheidung, ob abgeschöpft werden soll. Sie darf allerdings gemäß § 34 Abs 3 dGWB nicht abschöpfen, wenn die (völlige) Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte wäre (so vor allem bei Existenzgefährdung des Unternehmens) oder wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist.

Besonders bemerkenswert ist, dass die Abschöpfung durch die Kartellbehörde ein bloß subsidiärer Rechtsbehelf ist. Sofern nämlich der wirtschaftliche Vorteil im Ergebnis bereits durch Schadenersatzleistungen, durch die Geldbuße oder durch einen Verfall iSd dOWiG abgeschöpft wurde, ist dieser nicht abzuschöpfen. Bereits geleistete Beträge sind rückzuerstatten. Damit ist auch klar, dass die Kartellbehörde im Rahmen ihrer

²³² *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 4; *Roth* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt) § 34 GWB Rz 1. Allerdings führen die unten darzustellenden Anrechnungsvorschriften im Ergebnis dazu, dass vor allem Streuschadensfälle aufgegriffen werden.

²³³ So ausdrückl die Begründung zu § 34 idF GWB-Novelle 2004, 36 (zitiert nach *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 34 GWB Rz 1.

²³⁴ *Cramer/Pananis* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 81 GWB Rz 42.

²³⁵ Siehe *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 14 ff; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 34 GWB Rz 3.

²³⁶ Siehe *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 25.

Ermessensentscheidung von der Abschöpfung Abstand nehmen wird, wenn es wahrscheinlich ist, dass zivilrechtliche Ersatzansprüche gestellt werden.²³⁷

Damit wird auch erkennbar, dass die wirtschaftlichen Vorteile nicht nur getrennt abgeschöpft werden können, sondern auch bei der Festlegung der Geldbuße von Bedeutung sind;²³⁸ § 81 Abs 5 dGWB hält mit einem modifizierten Verweis auf § 17 Abs 5 dOWiG auch fest, dass bei der Bemessung der Geldbuße berücksichtigt werden kann,²³⁹ dass der Vorteil aus dem Kartellrechtsverstoß abgeschöpft werden soll. Das kann auch dazu führen, dass der gesetzlich vorgesehene Höchstbetrag der Geldbuße überschritten wird.²⁴⁰ Der Geldbuße nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht kann somit eine Doppelfunktion zukommen: Ahndung und Abschöpfung. Auch die reine Ahndungsgeldbuße ist zulässig; wird aber abgeschöpft, so ist die Buße auch in die beiden Bestandteile zu zerlegen.²⁴¹ Der Vorteil ist als Nettovorteil konkret zu berechnen; eine Schätzung soll hier – anders als bei § 34 dGWB – nicht zulässig sein.²⁴² Ganz unabhängig davon richtet sich auch der Ahndungsbestandteil des Bußgeldes nach der Schwere des Rechtsverstoßes; dabei soll es aber eher auf den verursachten Schaden und die Bedeutung des Marktes als auf die Bereicherung ankommen.²⁴³

Ebenso bemerkenswert ist, dass die Abschöpfung bei bestimmten vorsätzlichen Rechtsverletzungen auch von all jenen betrieben werden kann, die einen Unterlassungsanspruch geltend machen können, also insbesondere den in § 33 Abs 2 genannten rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen von Unternehmern. Denn § 34a dGWB räumt diesen Verbänden ein solches Recht ein, wenn durch einen vorsätzlichen Verstoß zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern wirtschaftliche Vorteile erlangt werden, maW geht es um

²³⁷ *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 17; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 34 GWB Rz 8.

²³⁸ Eine Erklärung für die Dopplung liegt vor allem darin, dass auf § 34 GWB nicht die Vorschriften des OWiG, sondern diejenigen des normalen Verwaltungsverfahrensrechts anwendbar sind; vgl. *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 1. Hinzu kommt, dass die Abschöpfung nicht zwingend über die Geldbuße erfolgen muss, wenn mit Schadenersatzansprüchen zu rechnen ist; werden in der Folge keine Klagen erhoben, kann immer noch nach § 34 GWB vorgegangen werden (*Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht [2008] § 81 GWB Rz 117).

²³⁹ Dies ist nach OWiG an und für sich eine Mussbestimmung: Der Gewinn ist durch die Strafe abzuschöpfen. Nach GWB ist dies hingegen nicht verpflichtend. Die Strafbehörde kann davon absehen, wenn der Gewinn bereits nach § 34 GWB abgeschöpft wurde. Weiters kann die Strafe wohl auch unter den Bedingungen des § 34 Abs 3 GWB ohne Abschöpfung verhängt werden. Insofern soll die Abschöpfung über die Buße auch den Ausnahmefall darstellen; vgl. *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 20.

²⁴⁰ § 17 Abs 4 Satz 2 OWiG; vgl. *Cramer/Pananis* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 81 GWB Rz 72.

²⁴¹ Nur soweit die Buße einen Abschöpfungsanteil ausweist, scheidet die Abschöpfung nach § 34 GWB aus; *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 34 GWB Rz 1.

²⁴² *Cramer/Pananis* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 81 GWB Rz 73.

²⁴³ *Cramer/Pananis* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 81 GWB Rz 65.

typische Fälle von Streuschäden. Die Herausgabe des Vorteils erfolgt an den Bundeshaushalt, wobei die Betreibenden vom Bundeskartellamt Erstattung der gemachten Aufwendungen bis zur Höhe der abgeschöpften Vorteile verlangen können. Die Norm beabsichtigt eine Sanktionenlücke für jene Fälle zu schließen, in denen das Bundeskartellamt nicht von sich aus tätig wird.²⁴⁴ Es wird aber vorgebracht, dass die konkrete Ausgestaltung dieses Antragsrechts (bloßer Kostenersatz bei vollem Kostenrisiko, keine Klagebefugnis der Verbraucherschutzorganisationen, keine Ermittlungsbefugnis der Verbände) dazu führt, dass es in der Praxis unbedeutend bleibt.²⁴⁵

Die Analyse der Rechtslage zeigt deutlich, dass das dGWB wesentlich mehr Augenmerk auf die Abschöpfung der Bereicherung legt als das KartG 2005 und verschiedene Instrumente bietet, die sicherstellen sollen, dass dem Kartellanten kein Vorteil aus der rechtswidrigen Handlung bleibt. Ebenso wird deutlich, dass die Abschöpfung der Bereicherung insofern ausscheiden soll, als konkrete Geschädigte ihre Nachteile geltend gemacht haben.

4. Schweiz

Das Schweizer Kartellrecht²⁴⁶ kennt keine eigene Abschöpfung der Bereicherung. Allerdings ist nach Art 49a KG bei der Festlegung der Buße durch die Wettbewerbskommission (maximal 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes) der mutmaßliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, „angemessen zu berücksichtigen“.

Nach der KG-Sanktionsverordnung²⁴⁷ kann der Basisbetrag, der sich nach der Schwere der Rechtsverletzung bestimmt, erhöht werden, wenn einem Verstoß einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist. Die Bereicherung ist somit neben der Schwere des Verstoßes selbst ein besonderer Erschwerungsgrund. Eine zwingende Abschöpfung im Sanktionsverfahren ist – ähnlich zu Österreich – aber nicht vorgesehen.

D. Erste Überlegungen de lege ferenda

1. Wahl des Systems

Der Überblick zeigt, dass die Abschöpfung eines bloßen Nettovorteils aus der Kartellverletzung keinen Ahndungscharakter hat; vielmehr wird dem Rechtsverletzer bloß

²⁴⁴ Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt) § 34a GWB Rz 3.

²⁴⁵ Sehr kritisch daher Roth in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt) § 34a GWB Rz 6.

²⁴⁶ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950278/index.html>).

²⁴⁷ Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.3.2004 (<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20040326/index.html>).

ein ungerechtfertigt erlangter Vorteil entzogen. Das ist anders, wenn es wie beim strafrechtlichen Verfall um den Entzug der Vorteile geht, ohne dass es zu einer Berücksichtigung der dadurch anfallenden Kosten geht (Bruttoprinzip); da die Vorteile entzogen werden, die Kosten aber beim Täter bleiben, hat eine solche Sanktion durchaus Strafcharakter. Die besseren Gründe sprechen für das Nettoprinzip. Dann sollte aber die (komplette) Abschöpfung nicht dadurch verhindert werden, dass ein geringes Verschulden vorliegt.

Aus Präventionsgesichtspunkten ist die derzeitige österreichische Regelung ungenügend, da es selbst bei Nachweis einer konkreten Bereicherung nicht zwingend zu ihrer vollen Abschöpfung kommt. Der Rechtsvergleich hat gezeigt, dass es zur Lösung zwei grundsätzliche Möglichkeiten gibt:

- Einerseits kann die Bereicherung im Rahmen des Bußgelds abgeschöpft werden. Das bringt den Vorteil mit sich, dass in einem Verfahren über beide Aspekte entschieden wird. Nachteilig ist, dass eine Abschöpfung nicht möglich ist, wenn sie die höchstzulässige Strafe überschreitet, sofern man nicht nach dem Vorbild des deutschen dOWiG in solchen Fällen eine Überschreitung der höchstzulässigen Buße zulassen möchte. Nachteilig ist ferner, dass in der Geldbuße zwei Aspekte vermischt werden (Ahndung und Abschöpfung), obwohl es eigentlich um unterschiedliche Zielsetzungen geht. Dies führt zumindest in der österreichischen Praxis dazu, dass die Abschöpfung der Bereicherung in den gerichtlichen Verfahren der Bußgeldverhängung angesichts der Nachweisschwierigkeiten in den Hintergrund tritt.²⁴⁸ Das ist gerechtfertigt, wenn die Ermittlung tatsächlich so erschwert ist, dass nicht einmal die Grundlagen für eine Schätzung vorliegen; ob dies in den entschiedenen Fällen immer so war, erscheint doch zweifelhaft.
- Andererseits wäre es denkbar, die Geldbuße selbst unabhängig vom erlangten Vorteil festzusetzen und diesen in einem eigenen Verfahren abzuschöpfen. Das ist im Grundsatz die Lösung des gerichtlichen Strafrechts sowie des TKG und des PostmarktG, wo relativ moderate (Verwaltungs)Strafen durch eine getrennte Abschöpfung der Bereicherung ergänzt werden. Freilich entspricht eine solche Lösung nicht dem kartellrechtlichen Trend, wie er insbesondere durch die europarechtlichen Regelungen in diesem Gebiet vorgegeben wird. Auch die umsatzabhängige Strafdrohung, die sich als Standard europaweit durchgesetzt hat, passt nicht zu einer völligen Trennung, da eine Höchstbuße von 10% des Gesamtumsatzes mit einer reinen Ahndung wohl schwer zu erklären ist. Unseres Erachtens scheidet es somit zumindest aus praktischen Gesichtspunkten aus, Ahndung und Abschöpfung strikt zu trennen.

²⁴⁸ Deswegen auch kritisch *Brugger*, ÖZK 2009, 208 f.

Daher kommt drittens ein Mischsystem in Frage, wie es dem deutschen dGWB entspricht: Neben eine zumindest grundsätzliche Berücksichtigung des erzielten Vorteils bei der Höhe der Strafe tritt auch ein eigenes Abschöpfungsverfahren, in dem ein konkret bewiesener Vorteil dem Kartellanten entzogen wird. Damit kommt es zu einer gewissen Trennung von Ahndung und Abschöpfung. Freilich stellen sich in diesem System Anrechnungsfragen nicht nur (wie jedenfalls) mit dem Schadenersatz, sondern auch mit dem Abschöpfungsanteil im Bußgeld.

Trotz dieser praktischen Bedenken erscheint uns grundsätzlich ein solches Mischsystem nach deutscher Art am zielführendsten. Erstens bringt dieses System einen Zugewinn an Rationalität, was die Ermittlung der Vorteile betrifft; dies verspricht ceteris paribus eine bessere Präventionswirkung des Kartellrechts. Zweitens ermöglicht es auch, besondere Verfahrensbestimmungen für die Abschöpfung einzuführen. Drittens wird die Abschöpfung zumindest grundsätzlich von der Höhe des Bußgeldes entkoppelt; dass die Verknüpfung durchaus problematisch sein kann, hat der Fall *Europay Bankomatvertrag*²⁴⁹ gezeigt, bei dem die Bereicherung über der maximalen Bußgelddrohung lag. Viertens kann mit der Abschöpfung zugewartet werden, wenn bei der Bußgeldverhängung nicht klar ist, ob Schadenersatzansprüche erhoben werden; passiert dies nicht, so kann noch später ein Abschöpfungsverfahren eingeleitet werden.

Daher werden in der Folge zunächst einige Aspekte beleuchtet, die zu berücksichtigen wären, wenn der Gesetzgeber die hier empfohlene Einführung einer getrennten Abschöpfung der Bereicherung einführen sollte; um eine solche Klagsmöglichkeit effektiv zu machen, bedürfte es freilich noch weiterer rechtspolitischer Überlegungen, insbesondere zu Feststellung bzw Schätzung der Bereicherung, zur Klagslegitimation und zur Mittelverwendung. An- und abschließend wird noch der jedenfalls notwendige Änderungsbedarf dargestellt, wenn das derzeitige System der ausschließlichen Berücksichtigung der Bereicherung im Rahmen der Bußgeldbemessung beibehalten wird.

2. Gesonderte Abschöpfung der Bereicherung

Sollte die Bereicherung gesondert abgeschöpft werden, so ist fraglich, wie sie zu ermitteln ist. Bereits vorgebracht wurde, dass der Gesetzgeber jedenfalls nach dem Nettoprinzip vorgehen sollte (die Kosten werden also angerechnet). Der Rechtsvergleich bringt im Übrigen ein eindeutiges Ergebnis: Ein voller Nachweis ist nach keiner Regelung erforderlich; es genügt eine Schätzung. Auch das österreichische Verfahrensrecht bietet mit (der sinngemäßen Anwendung von) § 34 AußStrG²⁵⁰ eine ausreichende Handhabe.

²⁴⁹ OGH (KOG) 16 Ok 4/07, RdW 2007, 669.

²⁵⁰ „Wenn feststeht, dass einer Partei eine Geldleistung zusteht, die Erhebung der Höhe des Betrages jedoch nicht möglich ist oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen auch unter Abstandnahme von der Aufnahme angebotener Beweise die Höhe des Betrages nach freier Überzeugung festsetzen.“

Wenn (unseres Erachtens zu Recht) angemerkt wird, dass die Gerichte zu schnell zu einer Schätzung greifen und den mühseligen Nachweis des Schadens zu vermeiden suchen, so wird dies durch die derzeitige Regelung, nach welcher die Bereicherung nur ein Faktor unter vielen für die Bemessung der Geldbuße ist, natürlich gefördert. Der Vorteil eines gesonderten Verfahrens über die Abschöpfung wäre unseres Erachtens, dass die entsprechenden Fragen in das Zentrum des Verfahrens gerückt würden und damit automatisch vertieft diskutiert würden.

Das rückt automatisch die Frage nach dem Verhältnis zum Bußgeldverfahren ins Zentrum. Wenn in beiden Verfahren die Bereicherung berücksichtigt werden soll, so ist zu klären, in welchem Verhältnis diese Verfahrensarten stehen sollen. Das deutsche Modell könnte hier Fingerzeige geben, auch wenn seine Funktionsbedingungen noch näher zu überprüfen wären (idealerweise unter Einbeziehung deutscher Experten). Nach deutschem Recht ist das Abschöpfungsverfahren (auch) gegenüber dem Bußgeldverfahren subsidiär. Soweit die Bereicherung mit dem Bußgeld abgeschöpft wurde, hat ein eigenes Verfahren zu unterbleiben. Das setzt freilich voraus, dass bei der Festlegung der Geldbuße festgehalten wird, wenn ein bestimmter Anteil eine Abschöpfung der Geldbuße bewirken soll. Soweit eine Abschöpfung in einem anderen Verfahren schon erfolgt ist, kann die Abschöpfung bei der Bußgeldbemessung außer Acht bleiben.

Warum könnte sich aber dennoch ein eigenes Verfahren für die Abschöpfung empfehlen? Erstens kann damit eine Abschöpfung auch erfolgen, wenn der erzielte Vorteil über der maximalen Bußgeldhöhe liegt. Zweitens kann auch das Verfahren anders ausgestaltet werden; so wäre zB zu entscheiden, ob die Antragsbefugnis wie für Geldbußen nur den in § 36 Abs 4 Z 1 genannten, nur anderen oder allen Amtsparteien zukommen soll. Zu erinnern ist daran, dass die Antragsbefugnis für die Abschöpfung in Deutschland auf bestimmte Unternehmerverbände ausgedehnt ist; eine Ausdehnung auf Verbraucherverbände würde der Klagsmöglichkeit noch mehr Bedeutung geben²⁵¹.

Ebenso wäre zu hinterfragen, ob solcherart erlangte Beträge wie Geldbußen gemäß § 32 KartG 2005 in das allgemeine Bundesbudget fließen sollen oder den Zwecken der Stärkung des Wettbewerbs gewidmet werden; dass eine Zufluss in das Bundesbudget nicht die einzige Möglichkeit ist, zeigt zB schon § 15 VStG, wonach Verwaltungsstrafen grundsätzlich den Zwecken der Sozialhilfe der Länder gewidmet sind. Dass es sinnvoll wäre, wenn die aus dem Vollzug des Kartellrechts stammenden Mittel auch für Zwecke des Wettbewerbsrechts eingesetzt würden, haben auch die Sozialpartner 2010 angemerkt.²⁵² Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Antragslegitimation von Verbänden

²⁵¹ Vgl für Deutschland *Roth* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt) § 34a GWB Rz 6.

²⁵² Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich (2010) 34 (http://www.sozialpartner.at/sozialpartner/STUDIE_ZUKUNFT_WETTBEWERB_KERN_PRINT1.pdf).

nur dann ein wirksames Mittel für die Abschöpfung der Bereicherung sein kann, wenn diesen Verbänden mehr zukommt als bloßer Kostenersatz; eine Ergreiferprämie, mit der das Prozesskostenrisiko abgegolten wird, wäre hierzu ein möglicher Weg.

Zu klären wäre dann auch das Verhältnis der abgeschöpften Bereicherung zu geltend gemachten Ersatzansprüchen. Es wäre unbillig, wenn beides dem Kartellanten aufgebürdet würde, und widerspräche auch schon dem Nettoprinzip bei der Berechnung des erlangten Vorteils. Vielmehr sollte (auch das wieder nach deutschem Vorbild) eine Abschöpfung ausscheiden, wenn die Beträge schadenersatzrechtlich herausgefordert werden. Bereits erlangte Beträge wären herauszugeben. Im Ergebnis sollte somit ein Verfahren immer dann ausgesetzt werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass Ersatzansprüche geltend gemacht werden; die dann unvermeidlichen Verfahrensverzögerungen sind aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten zu akzeptieren.

Übrigens kann dem hier gemachten Vorschlag nicht entgegengehalten werden, dass nach dem neuen § 37a Abs 1 KartG 2005 bei der Schadensschätzung nach § 273 ZPO der Vorteil, den der Unternehmer durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden muss. Denn erstens setzte die Anwendung der Vorschrift voraus, dass überhaupt Haftungsansprüche geltend gemacht werden. Zweitens und viel bedeutender ergibt sich aus dieser Anordnung nicht, dass der Vorteil jedenfalls an den oder die Geschädigten herauszugeben wäre; das widerspräche auch dem schadenersatzrechtlichen Kompensationprinzip, nach dem die Nachteile des Geschädigten zu ersetzen sind, die ja mit den Vorteilen des Schädigers nicht ident sein müssen. Vielmehr enthält die Norm so wie ihr deutsches Vorbild²⁵³, § 33 Abs 3 dGWB²⁵⁴, eine Beweiserleichterung zugunsten des Abnehmers, indem bei der Schadensschätzung davon ausgegangen wird, dass der (zusätzlich) erzielte Gewinn sonst bei der Marktgegenseite angefallen wäre.²⁵⁵ Das setzt aber voraus, dass der konkrete Schaden nicht berechnet werden kann und spricht somit schon dem Grundsatz nach nicht gegen eine getrennte Abschöpfung der Bereicherung – auf die der Schadenersatz freilich anzurechnen ist.

3. Bereicherung als Teil der Geldbuße

Denkbar ist es natürlich auch, das derzeitige System beizubehalten. Aus Sicht der Präventionswirkung wären aber zumindest die folgenden Änderungen einzuführen:

²⁵³ Siehe 1804 BlgNR 24. GP 11.

²⁵⁴ *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht² (2009) § 33 Rz 38; *Lübbig* in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 33 GWB Rz 109 ff; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadenersatz (2009) 460 ff..

²⁵⁵ Allgemein zur Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Schadensfeststellung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht *Dreier*, Kompensation und Prävention (2002) 274 ff.

- Innerhalb des Rahmens der Geldbuße sollte jedenfalls die Bereicherung abgeschöpft werden. Aus Präventionsgesichtspunkten sollte ein „Ahndungsanteil“ hinzutreten. Das könnte durch folgende Formulierung eingefangen werden: „Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus dem Wettbewerbsverstoß gezogen hat, übersteigen.“²⁵⁶ Auch dadurch würde die Bereicherung mehr in das Zentrum von Kartellrechtsverfahren rücken. Die bisherige Bezugnahme auf die Bereicherung in § 30 Abs 1 KartG 2005 sollte dann entfallen.
- Gleichsam wäre zu überdenken, ob es zulässig sein soll, bei einer Bereicherung über der höchstzulässigen Geldbuße den entsprechenden Rahmen zu überschreiten; konsequent wäre dies. Auch § 17 Abs 4 dOWiG enthält eine entsprechende Anordnung, die nach hL auch im Kartellrecht Anwendung findet.²⁵⁷ Allenfalls könnte man nach dem im letzten Punkt vorgeschlagenen Satz so wie in Deutschland noch folgenden anfügen: „Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“
- Gleich wie bei einem eigenen Abschöpfungsverfahren sollte auch das Verhältnis zum Schadenersatz geregelt werden: Soweit Ersatz geleistet wird, sollte die Abschöpfung des Vorteils nicht noch einmal im Bußgeldverfahren erfolgen. Die richtige Anwendung des Nettoprinzips führt wohl ohnehin zu diesem Ergebnis. Fraglich ist nur, ob es nicht einen Rückforderungsanspruch des Kartellanten geben soll, wenn zunächst eine hohe Geldbuße zur Abschöpfung der Bereicherung verhängt wird und in der Folge Schadenersatzklagen Erfolg haben; in der Sache wäre dies richtig und ist auch im dGWB im Ergebnis so vorgesehen.²⁵⁸

²⁵⁶ Vgl § 17 Abs 4 dOWiG. Dass § 81 Abs 5 GWB abweichend davon spricht, dass der wirtschaftliche Vorteil durch die Geldbuße abgeschöpft werden „kann“, hängt damit zusammen, dass neben der Geldbuße das Abschöpfungsverfahren besteht: Soweit der Vorteil schon abgeschöpft wurde, ist er bei der Geldbuße nicht noch einmal zu berücksichtigen.

²⁵⁷ Vgl oben IV.C.3.

²⁵⁸ Vgl Lübbig in Münchener Kommentar zum Kartellrecht (2008) § 81 GWB Rz 115.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Ergebnisse dieser Studie lassen sich zu den einzelnen Themenbereichen wie folgt zusammenfassen:

Zur Transparenz des österreichischen Kartellverfahrens:

- Im österreichischen Kartellverfahren im Allgemeinen und im Fall einvernehmlicher Verfahrensbeendigung durch Settlement im Besonderen bestehen *zZ* ein **Transparenzdefizite**, die teils auf den gesetzlichen Rahmenbedingungen und teils auf der gelebten Praxis beruhen. Die jüngere EuGH-Rsp (Rs C-536/11) zeigt zudem, dass dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber dahin besteht, die Verfahrenstransparenz nach europäischem Vorbild zu steigern.
- Das **Verfahren vor dem KG** ist, was den Zugang der Öffentlichkeit zu mündlichen Verhandlungen (§ 18 AußStrG) angeht, gesetzlich hinreichend transparent ausgestaltet. Zu bedenken ist aber, dass abgesehen vom Fall eines Antrags nach § 47 Abs 1 KartG keine mündliche Verhandlung stattfinden *muss*, sondern nach § 18 AußStrG vom Gericht lediglich durchgeführt werden *kann*. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung ist nach § 47 Abs 1 KartG auf Antrag einer Partei soweit möglich, als dies zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen *notwendig* ist. Die mündliche Verhandlung hat aber nicht den Zweck Follow-on-Klagen zu erleichtern, sondern dient der Sicherung eines fairen Verfahrens und dem Schutz vor Geheimjustiz. [S. 15 ff]
- Die **Entscheidungsveröffentlichung** ist seit dem KaWeRÄG in § 37 KartG neu geregelt. Diese Bestimmung bezweckt die Information der Öffentlichkeit über den Kartellverstoß. Danach sind nunmehr Entscheidungen des KG und KOG in der Ediktsdatei unter voller Namensnennung und Wiedergabe des wesentlichen Entscheidungsinhalts aufzunehmen. Vor der Publikation sind die Parteien zu konsultieren, ob und welche Passagen der Entscheidung zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von der Publikation auszunehmen sind. [S. 18 f]
- Für eine **verkürzte Beschlussausfertigung** nach § 39 Abs 4 AußStrG, wie sie insbesondere im Settlement-Verfahren bisher mitunter erfolgte, ist nach den Wertungen des KaWeRÄG kein Raum mehr. Entscheidungen sind demnach stets zu begründen, was insbesondere eine Aufnahme des entscheidungswesentlichen Sachverhalts und dessen rechtlicher Beurteilung erfordert. [S. 21 f]
- Am Kartellverfahren nicht beteiligte Dritte haben nach § 39 Abs 2 KartG kein **Recht auf Einsicht in den gerichtlichen Akt**. Nach einem jüngst ergangenen Urteil des EuGH (Rs C-536/11) ist diese Bestimmung jedoch nicht anwendbar, wenn es um Kartellverfahren nach Artt 101 ff AEUV geht. Der Gesetzgeber ist insofern berufen, die § 39 Abs 2 KartG unionsrechtskonform auszugestalten oder –

wie hier empfohlen – gänzlich zu streichen, sodass die allgemeine Bestimmung des § 219 ZPO greift, die Raum für eine gerichtliche Interessenabwägung lässt. [S. 23]

- **Einsicht in Akte der BWB** ist aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten Amtsverschwiegenheit zwar nicht rechtlich per se, aber durch Behördenpraxis de facto ausgeschlossen. Auch bietet der Auskunftsanspruch nach dem Auskunftspflichtgesetz (Art 20 Abs 4 B-VG) – zumindest bisher – kaum Möglichkeiten zur Informationsgewinnung seitens durch wettbewerbswidriges Vergalten präsumtiv Geschädigte. Im Lichte der erwähnten EuGH Rsp zu § 39 KartG wird jedoch die restriktive Behördenpraxis zu überdenken sein, sodass nach rechtskräftig abgeschlossenem Verfahren eine Einsicht Dritter in die Akte der BWB nach europäischem Vorbild zu ermöglichen sein wird. [S. 25 ff]
- Daneben besteht die – freilich nur im Sinne einer „Notlösung“ zu verstehende – Möglichkeit, Akte des KG/KOG und der BWB im Rahmen von Straf- oder Zivilverfahren als „**Beiakte**“ einzubeziehen, wodurch mittelbar eine Akteneinsicht ermöglicht wird. [S. 25]

Zur Bußgeldbemessung:

- Im Unterschied zum Behördenpraktik auf europäischer Ebene oder zur Praktik der deutschen Kartellbehörde, hat die BWB bisher **keine Leitlinien zur Bemessung der Geldbußen** erlassen.
- Zweck von Leitlinien ist die Steigerung der Transparenz des seitens der BWB im Rahmen des gerichtlichen Bußgeldverfahrens beantragten (Höchst-) Bußgelds. Trotz der Annäherung des § 30 KartG an die europäische Rechtslage mit dem KaWeRÄG und ausdrücklichen Nennung von Bemessungskriterien [dazu im Detail, S. 37 ff], ist eine Konkretisierung durch Leitlinien aus Transparenzgründen angezeigt.
- Transparenz darf freilich nicht bedeuten, dass die Höhe der möglichen Geldbuße für den Kartellanten ex ante berechenbar und zum kalkulierbaren Risiko wird. Vielmehr sollen Leitlinien eine **ex post Plausibilisierung der Geldbußenbemessung** ermöglichen. Ausschlaggebend sind daher qualitative (transparente) Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung, was ein formelhaftes Bußgeldbemessen ausschließt und der Behörde den gebotenen Ermessensspielraum schafft.[S. 45]
- Schließlich ist mit Blick auf das **Settlement-Verfahren** festzuhalten, dass eine klare Benennung der in Aussicht gestellten Bußgeldreduktion wünschenswert ist. In einem aktuellen Entwurf der BWB für einen Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen wird ein Abschlag von 20 % im Falle einvernehmlicher Verfahrensbeendigung genannt.

Zur Abschöpfung der Bereicherung:

- Aus ökonomischer Sicht sollten die erlangten **Vorteile zur Gänze abgeschöpft** werden, damit kein Anreiz besteht, sich kartellrechtswidrig zu verhalten. Schadenersatzrechtliche Lösungen können insbesondere bei Streuschäden die Abschöpfung der Bereicherung nicht sicherstellen. [S 47 ff]
- Derzeit ist die Bereicherung bei der Bußgeldbemessung bloß ein zu berücksichtigender Faktor. Sie **muss somit nicht zur Gänze abgeschöpft werden**. Sie kann nicht zur Gänze abgeschöpft werden, wenn sie über der Höchstgrenze für das Bußgeld liegt. [S 49 ff]
- Verschiedene Vorschriften, die im österreichischen Recht eine Abschöpfung von Vorteilen vorsehen, verfolgen **verschiedene Regelungsmodelle**, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung erkennbar ist. [S 51 f]. Nach EU-Kartellrecht soll die Bereicherung bei der Festlegung des Bußgelds weit gehend abgeschöpft werden. [S 53 f].
- Nach dem **deutschen GWB** soll die Bereicherung unabhängig von der Höhe des Bußgelds jedenfalls nicht beim Kartellanten verbleiben und wird mit, aber allenfalls auch neben dem Bußgeld grundsätzlich abgeschöpft. Die Abschöpfung ist subsidiär gegenüber Schadenersatzleistungen. Berufsverbände sind klagsbefugt, Verbraucherschutzorganisationen nicht. [S 54 ff]
- De lege ferenda sollte die Abschöpfung nach dem Nettoprinzip und wohl auch in einem **eigenen Verfahren neben dem Bußgeldverfahren** erfolgen. [S 56 ff] Soll die Bereicherung weiterhin nur im Bußgeldverfahren berücksichtigt werden können, so sollte normiert werden, dass Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus dem Wettbewerbsverstoß gezogen hat, übersteigen soll. [S 60 f]
- Die Bereicherung sollte geschätzt werden können. Das getrennte Bußgeldverfahren sollte über Antrag von Amtsparteien eingeleitet werden können. Eine Zweckwidmung für den abgeschöpften Betrag wäre besser als der Abfluss in das allgemeine Bundesbudget. Die Abschöpfung sollte subsidiär gegenüber Schadenersatzleistungen sein, [S 59 ff]

Wien, im Juli 2013.