

# Die SPAR-Entscheidung des OGH

**Neues zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und zur  
Bußgeldhöhe ?**

Ass.-Prof. Dr. Peter Stockenhuber LL.M., RA (karenz.)

# Inhalt

1. Sachverhalt
  - Der österreichische Lebensmittelmarkt
  - Das SPAR Kartellverfahren
  
2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)
  - Subsumtion unter Art 101 Abs 1 EUV
  - Sonstiges rechtliches Umfeld
  - Anmerkungen
  
3. Geldbuße

***„Durch die geheimen Absprachen haben die Hersteller zum Schaden der Verbraucher und zum eigenen - illegalen - Profit höhere Preise verlangen können, als dies bei echtem Wettbewerb möglich gewesen wäre. Besonders schwer wiegt der Umstand, dass die verbotenen Verhaltensweisen Substanzen betrafen, die wesentliche Bestandteile der Ernährung sind und als solche unabdingbar für ein normales Wachstum und ein gesundes Leben.“***

*(Mario Monti, Vitaminkartell, 2001)*

***„Dabei handelt es sich um ein Kartell, das das gesamte österreichische Bundesgebiet – „bis ins kleinste Dorf“ – abdeckte. .... Der institutionelle Aufbau dieses Kartells und sein Umfang ... machen es zu einem der schockierendsten Kartelle, das die Kommission je aufgedeckt hat“***

*(Mario Monti, Bankenkartell, 2002)*

# 1. Sachverhalt

## Der kartellverseuchte österreichische Lebensmittelmarkt

### – Lieferanten („Settlements“)

- BRAU UNION AG
- Stieglbrauerei Salzburg GmbH
- Ottakringer Brauerei AG
- Brauerei Ried Gen
- Vereinigte Kärntner Brauereien AG
- Brauerei Schloss Eggenberg Stöhr GmbH & Co KG
- Privatbrauerei Zwettl Schwarz GmbH
- Mohrenbrauerei August Huber KG
- Braucommune Freistadt
- Brauerei Hirt GmbH
- Brauerei Baumgartner GmbH
- Vöslauer Mineralwasser AG
- Pago International GmbH
- Vorarlberger Mühlen- und Mischfutterwerke GmbH

# 1. Sachverhalt

## Der kartellverseuchte österreichische Lebensmittelmarkt / 2

### – Lieferanten („Settlements“)

- Berglandmilch Gen (*Schärdinger, Desserta, Tirol Milch, Latella ...*)
- Emmi Österreich GmbH (*Emmi Joghurt, Emmi Caffee Latte ...*)
- Kärntner Milch GenmbH
- NÖM AG

### – Händler („Settlements“)

- REWE / Merkur / Billa / Adeg
- AFS Franchise-Systeme
- Sutterlüty Handels GmbH
- Mpreis Warenvertriebs GmbH
- Pfeiffer HandelsgmbH / Zielpunkt GmbH
  
- SPAR (KG, KOG)

# 1. Sachverhalt

## Der kartellverseuchte österreichische Lebensmittelmarkt / 3

Rewe-„Settlement“ (25Kt29/13):

- Molkereiprodukte
- Bier
- Obst/Gemüse
- Fleisch/Wurst
- Geflügel/Eier
- Nahrungsfette/Öle
- Feinkost/Würzen
- Eis/Tiefkühlkost
- Konserven/Fertig-/Fixprodukte
- Frühstücks-/Baby-/Spezialnahrung
- Brot/Backwaren
- Süßwaren/Dauerbackwaren
- Wein/Sekt/Spirituosen
- Alkoholfreie Getränke
- ua.

CEO Hensel: *„Mit der nun gefundenen Einigung möchte ich aber auch klar betonen, dass Konsumenten in keiner Form auch nur irgendwie geschädigt wurden“.*

# 1. Sachverhalt

- Der österreichische Lebensmittelmarkt (Handel)
  - hohe Marktzutrittsschranken (seit 2002 kein Markteintritt)
  - Wettbewerbsdruck durch Diskonter
  - hohe Nachfragemacht des Handels
  - Hohe Konzentration
    - REWE 35% MA
    - SPAR 30%
    - Hofer 20%
    - Sonstige 15% (zB Zielpunkt 7%, Mpreis etc.)
  - Höchste Filialdichte in EU (kostenintensiv)
  - Hohe „Aktionitis“ zur Kundengewinnung („1+1 gratis“)
  
- > Weitgehend unveränderter Befund seit BWB-Branchenuntersuchung 2007

# 1. Sachverhalt

- SPAR
  - SPAR Holding AG (100% österr. Eigentümer)
  - Lebensmittelhandel (SPAR Supermärkte, Euro/Interspar), Sporthandel (Hervis)
  - Filialen: 1500 in Ö, 1100 in 4 Nachbarländern
  - Umsatz Ö: 5,9 Mrd €; Ausland: 4,5 Mrd €

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren
  - 2011 Ermittlungen *ex officio* (Beschwerden über Preisniveau im Vergl. zu BRD)
  - 2012/13 Hausdurchsuchungen im Lebensmittelmarkt
    - Molkereiprodukte: Berglandmilch, NÖM, Kärntner Milch Gen.
    - REWE Februar 2012
      - Nach obstruktivem Beginn „settlement“-würdiges Verhalten
      - 20,8 Mio EUR Geldbuße
    - SPAR Jän/Aug/Nov 2013
      - Nebenschauplatz „BWB verwendet illegale FBI-Spysoftware“
      - Antrag auf umfassende Versiegelung beim KG zwecks Verzögerung
  - 29.11./16.12.2013 BWB-Bußgeldanträge gegen SPAR bzgl 16 Produktgruppen
  - 26.11.2014 **KG Teilbeschluss** 26Kt154/13 bzgl 1 Produktgruppe

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren / 2
  - KG Teilbeschluss
    - Gesamtplan
    - Vertikale Absprachen
      - Zwischen SPAR und Lieferanten Absprachen über Kurant-/Aktionspreise v SPAR
      - Einkaufspreis erhöhungen mussten für SPAR „*margenneutral*“ sein, dh unveränderte Spanne.
      - Lieferanten mussten Preiserhöhungen auch gegenüber SPAR-Konkurrenten (Zielpunkt, Mpreis) mittels „*preisberuhigender Preisempfehlungen*“ durchsetzen
    - Horizontales Parallelverhalten
      - „Preisempfehlungen“ bewirkten parallele Verkaufspreiserhöhungen der Lebensmittelhändler bzw Eindämmung des Preiswettbewerbs

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren / 3
  - **KG Teilbeschluss** / 2
    - Überwachungssystem (OGH: System der „Absicherung“)
      - Nachweis des Erfolgs der „Preisempfehlungen“ in Form von Kassabons/ Preisspiegel von SPAR-Konkurrenten;
      - aggressive Interventionsforderungen gegenüber Lieferanten bei Fehlverhalten von Konkurrenten (emails etc.)

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren / 4
  - **KG Teilbeschluss** / 3
    - Beweise
      - Emails
        - „Provokation“ durch zu niedrige Aktionspreise von Konkurrenten
        - „Abstimmung des Verkaufspreises mit SPAR“
        - „endgültig Preisdisziplin ... bei unserem Mitbewerber hineinbringen“
      - Zeugenaussagen
        - „Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Verkaufspreise“
        - Bemühung um „Marktberuhigung“
      - Urkunden
        - „vereinbarter Verkaufspreis“

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren / 5

- KG Teilbeschluss / 4

- rechtliche Beurteilung

*„ ... ein Verstoß gegen das Kartellverbot liege dann vor, wenn der Händler ... mit dem Lieferanten eine Vereinbarung in Bezug auf die Preise bei anderen Handelsunternehmen treffe, weil damit*

*einerseits das Preisfestsetzungsverhalten des Herstellers gegenüber den anderen Händlern (vertikal) beschränkt werde („Preisbindung der 1. Hand“, Anm.) und*

*sich andererseits der eine Händler gegenüber dem anderen in seinem Preisfestsetzungsverhalten – mit der Folge eines abgestimmten Preises auf der Handelsstufe – beschränke“. (Zitat n. OGH)*

→ Geldbuße idHv 3 Mio EUR wegen Zuwiderhandlung gegen Art 101 AUEV und § 1 KartG durch vertikale Verkaufspreisabstimmungen in Bezug auf Kurant- und Aktionspreise mit Lieferanten von Molkereiprodukten von Juli 2002 bis März 2012.

# 1. Sachverhalt

- SPAR-Kartellverfahren / 6
  - Rekurs durch SPAR
    - Verfahrensmängel, Aktenwidrigkeit
    - Unrichtige rechtliche Beurteilung (Keine „Vereinbarung“ bzw „abgestimmte Verhaltensweise“)
    - Spar wird „*an den Pranger*“ gestellt
    - „*Spezifische Marktgegebenheiten*“ und „*Funktionsweisen des ö Lebensmittelhandels*“ unberücksichtigt
    - Geldbußen-Minderung (symbolische Geldbuße idHv 1.000 EUR)
  - Rekurs durch Amtsparteien (BWB/Kartellanwalt)
    - Verhängung einer „angemessenen“ Geldbuße

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Volle rechtliche Übereinstimmung mit KG
  - „kurze Begründung seiner Beurteilung genügt“ (§ 60 Abs 2 AußStrG)
- § 1 KartG summarisch bejaht
- Subsumtion unter Art 101 Abs 1 AEUV
  - Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels
    - Beschränkende Wirkung auf gesamtes Hoheitsgebiet (OGH, EuGH, LL d Komm)
  - Spürbarkeit
    - Wettbewerbsbeschränkung
      - Bagatellbekanntmachung (nicht für vertikale Preisbindung)
    - Handelsbeeinträchtigung
      - wirtschaftlicher und rechtlicher Kontext, „Bündeltheorie“ (parallele Netze)
      - LL „Beeinträchtigung d zwischenstaatlichen Handels“ (Marktanteil, Jahresumsatz)

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Subsumtion unter Art 101 Abs 1 AEUV / 2
  - Wettbewerbsbeschränkung
    - Vertikale Preisbindungen der 2. Hand sind verboten (Komm-E, ARG/UniPart)
      - „*Das muss aber auch für den hier vorliegenden Fall gelten, dass ein Abnehmer den Lieferanten dazu bewegt, ein bestimmtes Preisniveau bei anderen Abnehmern durchzusetzen.*“ (Verbot der Preisbindung der 1. Hand *und* 2.Hand)
      - hardcore-Kartell
        - Vgl Art 101 Abs 1 lit a) – „mittelbare Festsetzung des An- und Verkaufspreises“
      - Vertikal-GVO 330/2010 (Art 4/a - Kernbeschränkung) und Bagatell-Bekanntm. unanwendbar
      - „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung
        - faktische Auswirkungen müssen nicht untersucht werden
      - Zwischenergebnis: Kartellverstoß ist zu bejahen
        - Anm: Auch bloße Vereinbarung der Margenneutralität stellt bereits einen Kartellverstoß dar. (vgl Standpkt der BWB)

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Subsumtion unter Art 101 Abs 1 AEUV / 3
  - Wettbewerbsbeschränkung / 2
    - „Hub and spoke“-Kartelle (Sternverträge)
      - Def: Sog. Sternverträge - Mehrzahl von Vereinbarungen der Beteiligten mit einem identischen Partner
      - Führen zu horizontalem Parallelverhalten
      - Liegt dem eine (indirekte) horizontale „Abstimmung“ zugrunde?
        - bleibt *in concreto* unbeantwortet

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Subsumtion unter Art 101 Abs 1 AEUV / 4
  - Wettbewerbsbeschränkung / 3
    - Kein „neuartiger“ Kartellverstoß (so SPAR), vielmehr „komplexe Kernbeschränkung“

Unterschied zu „klassischen“ Preisbindungen besteht darin, dass

*„die vertikale Preisabstimmung (idF der vereinbarten „Margenneutralität“) durch ausgeprägte horizontale Elemente der „Absicherung“ der vertikalen Vereinbarungen im Hinblick auf das horizontale Verhältnis zwischen Wettbewerbsunternehmen der Handelsebene in ihrer kartellrechtlichen Schädlichkeit noch verstärkt wurden.*

*Im Rahmen des ... Gesamtsystems sollte sichergestellt werden, dass einerseits die Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis ... unverändert gleich bleibt, andererseits ein einheitliches Preisniveau bestehen bleibt. Zu diesem Zweck wurde den Lieferanten die Aufgabe der Preismoderation und Preisberuhigung übertragen.*

*„Neuartig“ ist lediglich das den Unwertgehalt deutlich erhöhende Element der „horizontalen Absicherung“.*“

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Anmerkungen

- Rechtliches Umfeld

- Vertikale Leitlinien d Komm – 2010 (Pkt 224)

- Verlust des markeninternen Preiswettbewerbs „*erscheint besonders problematisch, wenn die Preisbindung der zweiten Hand vom Abnehmer ausgeht, da davon auszugehen ist, dass sich deren kollektive horizontale Interessen negativ auf den Verbraucher auswirken“*

- Standpunkt BWB zu vertikalen Preisbindungen - 2014

- Pkt IV.6 – Spannenneutralität

- Pkt IV.9 – Weitergabe preisbezogener Informationen der Händler durch den Lieferanten an andere Händler

- Pkt IV.11 – Akzeptanz der Erhöhung des Einkaufspreises abhängig von bestimmtem VKP-Niveau der Konkurrenz

## 2. Kartellverstoß (16Ok2/15b)

- Anmerkungen
  - Stellungnahme

*Bejahung einer horizontal abgestimmten Verhaltensweise (idF Sternkartells).*

*Lt. EuGH ist eine Abstimmung auch jede „mittelbare Fühlungnahme, die bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbes“ treten lässt.*

*„mittelbare Fühlungnahme“ = Durchführung der aufgetragenen Preisempfehlungen durch Lieferanten*

→ horizontales Preiskartell zwischen SPAR und Rewe durch Befolgung der aufgetragenen Preisempfehlungen

### 3. Geldbuße

- Grundsätze der Geldbußenbemessung - § 29f KartG

- Präventionsfunktion (ErläutRV 1001 BlgNr 21.GP 32)
- Abschreckungswirkung (LL z Geldbußenfestsetzung 2003)

Abschöpfung der Bereicherung reicht hierfür nicht aus (Pkt 31), dh Geldbuße muss höher als Kartellgewinn sein.

#### Bemessungsfaktoren (§ 29f KartG; LL)

- Schwere
  - *Art der Beschränkung (Kernbeschränkung oder „harmloser“ ; horizontal/vertikal)*
  - *Kumulativer Marktanteil*
  - *Räumliche Marktgröße*
  - *Umsetzung*
- Dauer
- Bereicherung
- Verschuldensgrad
  - Vorsatz, Fahrlässigkeit
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

### 3. Geldbuße

- Grundsätze der Geldbußenbemessung - § 29f KartG / 2

#### Bemessungsfaktoren (§ 29f KartG) / 2

- Erschwerungsgründe
    - zB Wiederholungstäter, Anstifter
  - Milderungsgründe
    - zB Mitläufer, eigeninitiative Beendigung, Aufklärungsbeitrag
  - Höchstgrenze: 10% des letztjährigen Gesamtumsatzes
- 
- Ermessensentscheidung
    - Umstände des Einzelfalles
    - Rechtlicher und wirtschaftlicher Gesamtkontext

### 3. Geldbuße

- Geldbußenbemessung - KG 26Kt154/13
  - Relation zur Rewe-Geldbuße idH von 20,8 Mio EUR
    - Vergleich der Umsätze
    - Rewe-Settlementabschlag von 20% kommt SPAR nicht zugute
    - SPAR-Teilbeschuß betrifft ausschließlich Molkereiprodukte

→ 3 Mio EUR Geldbuße

### 3. Geldbuße

- Geldbußenbemessung - KOG 16Ok2/15b
  - Neutral: Umfassender Versiegelungsantrag (außer wenn mutwillig)
  - Deutlich überdurchschnittliche Bemessungsfaktoren
    - Schwere (Kernbeschränkung)
    - Dauer (10 J)
    - Verschuldensgrad (Vorsatz)
    - Finanzkraft
    - Fortsetzung nach Hinweis durch öVerband der Markenartikelindustrie
  - Milderungsgrund
    - Nur eine Produktgruppe betroffen

### 3. Geldbuße

- Geldbußenbemessung - KOG 16Ok2/15b
    - Max. Höhe 867 Mio EUR (10% von 8,67 Mrd EUR Jahresumsatz)
      - 3 Mio EUR (KG) = 0,0346% des Jahresumsatzes!
        - 3 Mio EUR Geldbuße nur angemessen, wenn Kartellgewinn unter 300.000 EUR/Jahr lag (Geldbuße > Gewinn)
        - 3 Mio EUR Geldbuße nur angemessen, wenn Kartellgewinn pro Filiale unter 0,55 EUR/tgl. lag
        - KOG: „lebensfremde“ E des KG
- angemessene Geldbuße idHv 30 Mio EUR (3,5% der max. zulässigen Geldbuße!)

## SPAR - Begründung für Ablehnung eines Settlements:

*„Ziel war es, Rechtssicherheit für die gesamte Branche und das eigene Unternehmen zu erlangen, was genau in den Gesprächen mit den Lieferanten gestattet ist und was nicht.“*

## SPAR – Geschäftsbericht 2014:

Rückstellungen für Rechtsstreitigkeiten per 31.12.2014: 6,9 Mio EUR

Danke für Ihre Aufmerksamkeit