



Veröffentlichte ID	: C-311/24
Nummer des Schriftstücks	: 1
Registernummer	: 1290525
Datum der Einreichung	: 29/04/2024
Datum der Eintragung in das Register	: 30/04/2024
Art des Schriftstücks	: Vorabentscheidungsersuchen

Referenz der Einreichung über e-Curia	: Schriftstück : DC204960
Nummer der Datei	: 1
Einreicher	: Kämpf Maria (J362119)



REPUBLIK ÖSTERREICH  
**Oberlandesgericht Wien**  
als Kartellgericht

25 Kt 7/23a - 8

verbunden mit  
25 Kt 8/23y  
25 Kt 9/23w  
25 Kt 10/23t

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht fasst durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Mag. Köller-Thier als Vorsitzende und den Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Meisl sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialrat Dr. Taurer und Kommerzialrätin Mag. Ginner in den verbundenen Kartellrechtssachen jeweils der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, wider jeweils die Antragsgegnerin M.GmbH, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH, Sterngasse 13, 1010 Wien, wegen § 6 Abs 2 FWBG den

### **B e s c h l u s s :**

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

**1.a. Ist Art 6 Abs 1 lit e der Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (UTP-Richtlinie) dahin auszulegen, dass diese Bestimmung in einem Fall, in dem ein Käufer aufgrund eines einheitlich motivierten Willensentschlusses am selben Tag verschiedene Lieferanten, die dem Schutz der genannten Richtlinie nach deren Art 1 unterliegen, entgegen Art 3 Abs 1 lit d der genannten**

Richtlinie je separat zu einer Zahlung auffordert, einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach diese Zahlungsaufforderungen in ihrer Gesamtheit als eine einzige einheitliche Zuwiderhandlung (Tateinheit) mit nur einmaliger Sanktionierungsbefugnis gewertet werden?

1.b. Spielt es für die Beantwortung der Frage 1.a. in Hinblick auf die Vorgabe in Art 6 Abs 1 letzter Satz der Richtlinie (EU) 2019/633, nach dem die Sanktion unter Berücksichtigung von Art und Dauer, wiederholtem Auftreten und Schwere des Verstoßes wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss, eine Rolle, dass nach der nationalen österreichischen Sanktionsnorm (§ 6 Abs 2 FBWG) dafür eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von (nur) EUR 500.000,-- verhängt werden kann?

2. Für den Fall, dass Frage 1.a. mit „ja“ beantwortet wird:

Ist Art 6 Abs 1 lit e der Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (UTP-Richtlinie) dahin auszulegen, dass jede Zahlungsaufforderung an je einen Lieferanten - sofern sie gegen das Verbot des Art 3 Abs 1 lit d der Richtlinie (EU) 2019/633 verstößt - als selbständig zu sanktionierende Handelspraktik zu werten ist, für die nach dem Kumulationsprinzip je eine eigene Sanktion (Geldbuße) auszusprechen ist, somit eine Mehrzahl von Geldbußen zu verhängen ist, dies unter Berücksichtigung, dass die nationale österreichische Sanktionsnorm (§ 6 Abs 2 FBWG) die Verhängung einer Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von EUR 500.000,-- vorsieht?

Die verbundenen Verfahren 25 Kt 7/23a, 25 Kt 8/23y, 25 Kt 9/23w, 25 Kt 10/23t vor dem Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht werden bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

### **B e g r ü n d u n g :**

#### **I. Prozesstandpunkte der Parteien und bisheriges Verfahren:**

##### **I.1. Antragsbegehren der Bundeswettbewerbsbehörde:**

Die Bundeswettbewerbsbehörde (in der Folge BWB) stellte am 10.11.2023 gegen die M.- GmbH (in der Folge Antragsgegnerin) beim Kartellgericht insgesamt 16 Anträge auf Verhängung einer angemessenen Geldbuße gemäß § 6 Abs 2 Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (BGBl I 2021/239 - in der Folge: FWBG) mit der Begründung, dass die Antragsgegnerin gegen § 5c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verstoßen habe, indem sie als Käuferin von 16 Lieferanten eine Zahlung verlangt habe, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen stehe.

Die Geldbußenanträge, die in der das Vorabentscheidungsersuchen stellenden Senatsabteilung 25 des Oberlandesgerichts Wien angefallen sind, betreffen folgende vier Lieferanten mit folgenden Zahlungsverlangen:

- P.GmbH, Zahlungsverlangen EUR 12.000,--, Aktenzahl 25 Kt 7/23a,
- L.GmbH Zahlungsverlangen EUR 10.000,--, Aktenzahl 25 Kt 8/23y,
- R.GmbH, Zahlungsverlangen EUR 12.000,--, Aktenzahl 25 Kt 9/23w;
- S.GmbH, Zahlungsverlangen EUR 18.000,-, Aktenzahl 25 Kt 10/23t.

## **I.2. Tatsachenvorbringen der Parteien:**

Die **BWB** bringt Folgendes vor:

Die Antragsgegnerin betreibe Lebensmitteleinzelhandelsfilialen in Österreich.

Die Zahlungsverlangen der Antragsgegnerin im Mai 2023 gegenüber ihren Lieferanten von Agrar- und Lebensmittelzeugnissen, welche nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf dieser Agrar- und Lebensmittelzeugnisse durch diese gestanden seien, hätten folgenden Hintergrund:

Die Antragsgegnerin habe einen Restrukturierungsprozess über ihr gesamtes Unternehmen gestartet, zu dem auch ein Transformationsprozess des Einkaufs zähle. Für die Transformation des Einkaufs habe die Antragsgegnerin einen externen Berater beauftragt. Dieser habe ihr geraten, die hohen Kosten, die mit dem Transformationsprozess einhergingen, durch einen Aufruf gegenüber den Lieferanten zur Leistung eines Beitrags zum Teil zu kompensieren.

In Umsetzung dieses Vorhabens habe die Antragsgegnerin am 16.5.2023 über Vorschlag des Beraters eine Supplier-Day-Konferenz veranstaltet, in deren Rahmen sie den Transformationsprozess ihren Lieferanten erläutert habe. Als Ziel des Transformationsprozesses sei die Professionalisierung des Category Managements und die Optimierung interner Prozesse definiert worden. Die Antragsgegnerin habe ihren Lieferanten die Notwendigkeit von Investitionen auch damit erklärt, dass in klimaschonende Wasserstoffanlagen und eine CO<sup>2</sup>-neutrale LKW-Flotte investiert werden müsse. Die Antragsgegnerin habe die Lieferanten darauf hingewiesen, dass zur Umsetzung dieses Vorhabens die Unterstützung der Lieferanten benötigt werde, und dass die Antragsgegnerin die Unterstützungsbereitschaft mitverfolgen werde.

Anschließend an die Supplier-Day-Konferenz habe die Antragsgegnerin zwei E-Mail-Varianten - je nachdem, ob der jeweilige Lieferant an der Supplier-Day-Konferenz teilgenommen habe oder nicht - gesendet. In den E-Mails habe sie den adressierten Lieferanten aufgefordert, einen betragsmäßig festgelegten Beitrag zur Umsetzung des Transformationsprozesses zu zahlen.

Die Antragsgegnerin habe mit jedem Zahlungsverlangen gegen § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verstoßen.

§ 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verbiete die Handelspraktik, wonach der Käufer Zahlungen vom Lieferanten verlangt, die nicht mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen im Zusammenhang stünden.

Das Vorliegen des für die Anwendung des 2. Abschnittes des FWBG notwendigen Umsatzverhältnisses (festgelegt in § 5a Abs 2 FWBG) zwischen dem Umsatz der Antragsgegnerin als Käuferin iSd § 5b Z 2 FWBG und dem Umsatz des Lieferanten iSd § 5b Z 3 FWBG sei erfüllt.

Die Antragsgegnerin mit einem Konzernjahresumsatz 2022 von EUR xxx.xxx.xxx,xx habe als Käuferin iSd § 5b Z 2 FWBG die von § 5a Abs 2 Z 5 FWBG genannte Schwelle von EUR 350 Mio (und damit jeweils auch die Schwellen der Z 1 bis Z 4 leg cit) überschritten.

Der Jahresumsatz der P. GmbH für das relevante Geschäftsjahr habe EUR 42,8175 Mio betragen, weshalb die Geschäftsbeziehung unter § 5a Abs 2 Z 3 FWBG zu subsumieren sei (25 Kt 7/23a).

Der Jahresumsatz der L.GmbH für das relevante Geschäftsjahr habe EUR 32,1 Mio betragen, weshalb die Geschäftsbeziehung unter § 5a Abs 2 Z 3 FWBG zu subsumieren sei (25 Kt 8/23y).

Der Jahresumsatz der R.GmbH für das relevante Geschäftsjahr habe EUR 1.301.300,75 betragen, weshalb die Geschäftsbeziehung unter § 5a Abs 2 Z 1 FWBG zu subsumieren sei.

ren sei (25 Kt 9/23w).

Der Jahresumsatz der S. GmbH für das relevante Geschäftsjahr habe EUR 723.453 betragen, weshalb die Geschäftsbeziehung unter § 5a Abs 2 Z 1 FWBG zu subsumieren sei (25 Kt 10/23t).

Die **Antragsgegnerin** bestreitet die Verletzung des FWBG, da von Seiten der Antragsgegnerin keine Zahlungen iSd § § 5 c Abs 1 iVm Anh I Z 4 FWBG verlangt worden seien. Die Antragsgegnerin habe lediglich eine Investitionsbitte gestellt, mit dem expliziten Hinweis auf die Freiwilligkeit der Zahlung.

Die Antragsgegnerin habe sich in einem Transformationsprozess bezüglich aller seiner Unternehmensbereiche befunden, ausgelöst unter anderem durch den starken Wettbewerbsdruck und die hohe Marktkonzentration im Lebensmitteleinzelhandel (LEH).

Durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf den Tourismus und der dadurch fehlenden Kunden im LEH sei die Antragsgegnerin wirtschaftlich stark getroffen. Es gäbe massive Kostensteigerungen vor allem im Bereich Energie und sie sehe sich auch in anderen Kostenbereichen mit einer hohen Inflation konfrontiert. Zudem seien die Finanzierungskosten des Unternehmens durch die Zinsentwicklung massiv gestiegen.

Der langfristige Fortbestand des Unternehmens sei aufgrund des starken Wettbewerbsdrucks und der hohen Marktkonzentration im Lebensmitteleinzelhandel ohne Durchführung eines Transformationsprozesses gefährdet. Die Antragsgegnerin habe daher ein Beratungsunternehmen engagiert, sie bei der Entwicklung einer Preisstrategie zu unterstützen.

Das Beratungsunternehmen habe der Antragsgegnerin dazu geraten, eine „Supplier-Day-Konferenz“ zu veranstalten. Diese „Supplier-Day-Konferenz“ habe am 16.5.2023

stattgefunden, bei der den Lieferanten ein Überblick über die aktuelle Marktsituation und die bestehenden Probleme gegeben worden sei. Im Zuge dieser Konferenz seien die Lieferanten eingeladen worden, in die Umsetzung dieses Transformationsprozesses zu investieren und die hohen Kosten, die mit dem Transformationsprozess einhergingen, durch Leistung eines finanziellen Beitrags zum Teil zu kompensieren.

Einen Tag nach der „Supplier-Day-Konferenz“ am 17.5.2023 habe der Unternehmensberater über einen Account der Antragsgegnerin Follow-Up-Mails versendet, in denen die Investitionsbitte der Antragsgegnerin verschriftlicht und Proforma-Rechnungen mit Vorschlägen der freiwillig zu leistenden Investitionshöhe beigelegt worden seien. Die Investitionsbitte sei aufgrund der Reaktionen der Lieferanten mit Mails noch im Mai 2023 storniert worden und geleistete Zahlungen zurückgezahlt worden.

### **I.3. Vorbringen zur getrennten Antragseinbringung:**

Die **BWB** führte zu ihrer getrennten Antragseinbringung aus, dass die Antragsgegnerin 16-mal gegen § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verstoßen habe, indem sie von 16 verschiedenen Lieferanten in verschiedener Höhe eine nach § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verbotene Zahlung verlangt habe.

Mit dem 2. Abschnitt des FWBG sei die Richtlinie (EU) 2019/633 (in der Folge: UTP-Richtlinie) umgesetzt worden, mit der Lieferanten von Agrar- und Lebensmittel-erzeugnissen Schutz vor unlauteren Handelspraktiken durch die Käufer dieser Erzeugnisse geboten werden soll. In der UTP-Richtlinie gehe es um die Aufrechterhaltung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Lieferanten und ihren Abnehmern im B2B-Bereich. Es sei der UTP-Richt-

linie klar zu entnehmen, dass die Primärerzeuger in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette jene Schutzadressaten seien, welche vor direkten oder indirekten negativen Auswirkungen unlauterer Handelspraktiken zu schützen seien. Die in der UTP-Richtlinie und im FWBG getroffene Wortwahl gebe eindeutig zu erkennen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspreche, die verwirklichten Zuwiderhandlungen aufgrund des individuell involvierten Lieferanten und des individuell involvierten Käufers zu beurteilen bzw diese beiden Individuen als zentrales Beurteilungskriterium mit identitätsstiftender Wirkung heranzuziehen. Dies ergebe sich bereits aus den Begriffsbestimmungen zu „Käufer“ und „Lieferant“, da diese für beide Begriffe die Definition vorsehe, dass darunter „jede natürliche oder juristische Person, unabhängig von seinem bzw. ihrem Niederlassungsort“ oder „eine Gruppe solcher natürlicher und juristischer Personen“ zu verstehen sei. In Verbindung mit den Bestimmungen zur Berechnung des relevanten Jahresumsatzes (§ 5a Abs 2 FWBG) sei zu entnehmen, dass als „Käufer“ und „Lieferant“ – anhand der Begriffsbestimmungen für „eigenständiges Unternehmen“, „Partnerunternehmen und „verbundenes Unternehmen“ im Anhang der Empfehlung 2003/361/EG – grundsätzlich einzelne und eigenständige Unternehmen anzusehen seien, außer bei Vorliegen einer Unternehmensgruppe.

Art 6 Abs 1 lit e der UTP-Richtlinie sehe vor, dass die nationalen Durchsetzungsbehörden die Befugnis haben müssen, gegen den Urheber eines Verstoßes Maßnahmen zur Verhängung von Geldbußen und anderen ebenso wirksamen Sanktionen einschließlich einstweiliger Verfügungen zu verhängen oder diesbezügliche Verfahren zu veranlassen.

Der österreichische Gesetzgeber habe sich bei der Formulierung der Strafdrohung dafür entschieden anstelle eines Prozentsatzes vom Jahresumsatz einen Höchstbetrag

von EUR 500.000,-- festzulegen (§ 6 Abs 2 FWBG).

In der gesetzlichen Aufzählung der einzelnen verbotenen unlauteren Handelspraktiken werde die Singularform für „Lieferant“ bzw „Käufer“ verwendet. Die gewollte Verwendung der Singularform stehe in einem logischem Zusammenhang mit den heranzuziehenden Jahresumsätzen gemäß § 5a FWBG, welche grundsätzlich nur für „eigenständiges Unternehmen“, „Partnerunternehmen“ und „verbundenes Unternehmen“ zu berechnen seien. Die konkrete Wahl der Singularform für „Lieferant“ bzw „Käufer“ ergebe sich besonders aus der Formulierung der unlauteren Handelspraktik gemäß Anh I Z 4 FWBG. Darin werde vorgesehen, dass die Forderung von einer oder mehrerer Zahlungen (Verwendung des Plural) von einem Lieferanten eine unlautere Handelspraktik darstelle.

Aus dem Schutzzweck der UTP-Richtlinie sowie des zweiten Abschnitts des FWBG ergebe sich die Notwendigkeit, im Hinblick auf jeden von einer unlauteren Handelspraktik durch einen Käufer betroffenen Lieferanten grundsätzlich ein gesondertes Verfahren zu führen.

Bei der im zweiten Abschnitt des FWBG umgesetzten UTP-Richtlinie handle es sich nicht - was von der Antragsgegnerin behauptet werde - um ein „Sonderkartellrecht“. Vielmehr solle ein regulatorisches Umfeld geschaffen werden, in dem der Verhandlungsprozess zwischen den Akteuren der Lebensmittelversorgungskette zu einem fairen Ergebnis führe.

Dabei sei zwischen Problemen zu unterscheiden, die sich aus potentiell unfairen Handelspraktiken ergäben und Problemen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen beträfen. Der UTP-Richtlinie gehe es weder um einen Schutz des Wettbewerbs als Institution noch um einen Schutz von Verbrauchern vor irreführender Werbung und anderen unlauteren Praktiken, sondern um die Aufrechterhaltung eines

angemessenen Interessenausgleichs zwischen Lieferanten und ihren Abnehmern im B2B-Bereich.

ErwGr 1 der UTP-Richtlinie führe in diesem Zusammenhang an, dass in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette oft erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten und Käufern von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen bestünden. Die Einführung eines unionsweiten Mindeststandards zum Schutz vor unlauteren Handelspraktiken solle solche Praktiken, die mit hoher Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf den Lebensstandard der landwirtschaftlichen Bevölkerung haben, eindämmen. ErwGr 6 halte unter Verweis auf die Unsicherheitsfaktoren in der landwirtschaftlichen Erzeugung fest, dass dem Schutz vor unlauteren Handelspraktiken für Marktteilnehmer, die in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette tätig seien, größere Bedeutung zukomme.

Ergänzend sei aus den ErwGr 7 und 14 der UTP-RL klar zu entnehmen, dass die Primärerzeuger in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette jene Schutzadressaten seien, welche vor direkten oder indirekten negativen Auswirkungen unlauterer Handelspraktiken zu schützen seien. Dabei werde stets auf die relative Verhandlungsmacht zwischen dem individuellen Lieferanten und dem individuellen Käufer abgestellt, welche anhand des jeweiligen Jahresumsatzes zu beurteilen sei.

Gerade das Vorliegen eines Missverhältnisses dieser Verhandlungsmacht - zwischen dem individuellen Lieferanten und dem individuellen Käufer - eröffne erst den Anwendungsbereich der UTP-RL und somit die Notwendigkeit der Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken. Das Missverhältnis der Verhandlungsmacht stelle daher ein wesentliches Identitätsmerkmal der individuellen Zuwiderhandlung dar. In Bezug auf die Identität der Tat sei aufgrund des

- sich aus der UTP-RL ergebenden - Schutzzwecks die individuelle Beziehung zwischen Käufer und Lieferant heranzuziehen, auf Basis welcher auch der individuelle Unrechtsgehalt der angewendeten unlauteren Handelspraktik zu beurteilen sei.

Auch die Europäische Kommission weise in der Begründung zum Entwurf der UTP- RL (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette, 12.04.2018, COM(2018) 173 final, 2018/0082 (COD), („Entwurf der UTP-RL“) [eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173), abgerufen am 03.01.2024) klar darauf hin, dass sich der Regelungsumfang des Kartellrechts von jenem zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken unterscheide und diese Regelungskomplexe unabhängig und komplementär nebeneinander bestünden. Schließlich sei auch noch die Rechtsgrundlage, auf welche sich die Erlassung der UTP-RL stütze, beachtenswert. Wäre beabsichtigt gewesen, Wettbewerbsregeln (Sonderkartellrecht) für die Agrar- und Lebensmittelversorgungskette zu schaffen, so wäre als Rechtsgrundlage Art 103 AEUV zur Verfügung gestanden. Von dieser Möglichkeit sei jedoch nicht Gebrauch gemacht worden. Stattdessen sei Art 43 Abs 2 AEUV gewählt worden, der der Verwirklichung der Ziele der gemeinsamen Agrar- und Fischereipolitik diene.

Dies bedeute, dass keine Grundlage für die Anwendung der im europäischen Wettbewerbsrecht entwickelten Rechtsfigur der einheitlichen, komplexen und fortgesetzten Zuwiderhandlung bestehe.

Vielmehr sei im Hinblick auf die individuell zu beurteilende Schutzbedürftigkeit der Lieferanten eine gesonderte Einzelfallbetrachtung nicht nur angezeigt, sondern geboten. Wie sich aus § 5a FWBG ergebe, sei das

konkrete Vertragsverhältnis eines Lieferanten mit einem Käufer im Zusammenhang mit dem Kauf von Agrar- und Lebensmittelprodukten zu prüfen, um feststellen zu können, ob die Anwendungsvoraussetzungen der Bestimmungen des zweiten Abschnitts überhaupt erfüllt seien.

Der österreichische Gesetzgeber habe sich bei der Formulierung der Strafdrohung dafür entschieden, anders als im Kartellrecht, anstelle eines Prozentsatzes einen fixen Höchstbetrag festzulegen. Innerhalb dieses Höchstbetrages werde bei Bemessung einer konkreten Geldbuße auch relevant sein, welcher Umsatzgrößenklasse (§ 5a Abs 2 FWBG) ein Käufer angehöre. Während für einen Käufer, welcher der Z 1 leg cit unterfalle, eine Strafdrohung von bis zu EUR 500.000 durchaus existentiell sei, erscheine diese im Falle eines Käufers der höheren Umsatzklassen bis hin zur Z 6 leg cit nicht geeignet, schwerwiegende und weitreichende Verstöße innerhalb eines gemeinsamen Höchstbetrages angemessen abzubilden. Vielmehr sei hier vergleichbar dem Verwaltungsstrafrecht von der Anwendung des Kumulationsprinzips auszugehen, sodass für jeden individuellen Verstoß eine Geldbuße innerhalb des Rahmens von jeweils EUR 500.000 auszumitteln sei. Im Kontext der bisherigen Ausführungen und im Hinblick auf eine richtlinienkonforme Interpretation bedeute dies, dass der zweite Abschnitt des FWBG grundsätzlich von einer Einzelfallbetrachtung und dementsprechend auch von der Führung gesonderter Verfahren ausgehe.

Die Antragsgegnerin lasse in ihrem Vorbringen außer Acht, dass die - von ihr als ausschließliches Kriterium der Identität des Sachverhalts herangezogene - „Investitionsbitte“ - allein nicht ausreiche, um überhaupt die Verwirklichung eines nach dem FWBG unzulässigen Sachverhalts zu prüfen. Wie in den Geldbußenanträgen vorgebracht, seien auch Unternehmen von diesem Verlangen

betroffen gewesen, die dem Anwendungsbereich des FWBG nicht unterfallen. Für die Anwendung der Schutzbestimmungen des FWBG stellten dessen Gegenstand und Anwendungsbereich für jeden Sachverhalt das notwendigerweise heranzuziehende und somit wesentliche Beurteilungskriterium dar, welches auch eine Abgrenzung und konkrete Individualisierung des Sachverhalts in einzelne Verstöße vorsehe und auch fordere. Die Führung der 16 einzelnen Verfahren stelle daher keine künstliche Trennung dar, sondern sei anhand der individuellen Beurteilungskriterien des FWBG geboten.

Aus diesen Erwägungen seien 16 separate Anträge beim Kartellgericht eingebracht worden, getrennt nach den einzelnen Lieferantenbeziehungen.

Die **Antragsgegnerin** wendet gegen die getrennte Antragseinbringung und getrennte Verfahrensführung ein, dass allen 16 von der BWB getrennt eingebrachten Anträgen derselbe Sachverhalt zugrunde liege, es handle sich daher um den Vorwurf einer einzigen Zuwiderhandlung. Die künstliche Aufspaltung in 16 Verfahren verstoße gegen den Grundsatz „ne bis in idem“.

Der EGMR stelle bei der Frage des Vorliegens derselben strafbaren Handlung in jüngerer Zeit maßgeblich auf den zu beurteilenden Lebenssachverhalt (dieselben Tatsachen) ab (grundlegend EGMR, 10.02.2009, 14939/03, *Zolotukhin/RU* Rz 71 ff, 82 f). Ein Verstoß gegen Art 4 7. ZP EMRK liege demnach vor, wenn derselbe Sachverhalt aufgrund identischer oder im wesentlichen gleicher Fakten („identical facts or facts which are substantially the same“) zu einer mehrfachen Verfolgung oder Bestrafung führe. Der Rechtsprechung des EGMR zufolge sei immer dann von einem „idem“ auszugehen, wenn beide Straftaten auf dem identischen oder im wesentlichen gleichen Sachverhalt

beruhen. Nach Ansicht des EGMR sei dabei auf jene Umstände abzustellen, die einen Komplex an Tatsachen bilden, die zeitlich und örtlich untrennbar miteinander verbunden seien. Vom Vorliegen einer identen Tat, dem „idem“, sei nach Auffassung des OGH - ungeachtet der rechtlichen Einordnung oder des beeinträchtigten Rechtsguts - auszugehen, wenn den Verfahren bzw. Entscheidungen derselbe historische Lebenssachverhalt zu Grunde liege. So betone der OGH in 11 Os 73/13i: *„Als Beurteilungskriterien sind Tatzeit, Tatort, Gegenstand der Tat, Tathandlung, Täter, Tatopfer sowie verursachter oder beabsichtigter Erfolg heranzuziehen. Dabei darf ein Komplex von Tatsachen, die ihrer Natur nach unlösbar miteinander verbunden sind und in räumlicher und zeitlicher Hinsicht übereinstimmen, nicht in künstlich voneinander getrennte Handlungen aufgeteilt werden.“*

Diese Definition des „idem“ führe dazu, dass der von der BWB gegen die Antragsgegnerin in 16 Verfahren erhobene Vorwurf der Verletzung des § 5c Abs 1 iVm Anh I Z 5 FWBG den identen Sachverhalt betreffe:

Allen 16 Verfahren liege die am Supplier-Day von der Antragsgegnerin den Lieferanten gegenüber geäußerte Investitionsbitte zugrunde, die in der Folge den Lieferanten schriftlich übermittelt worden sei.

Es bestehe zwischen den Investitionsbitten der Antragsgegnerin an die einzelnen Lieferanten ein komplementärer Zusammenhang, da diese gleichartig gewesen seien, gleichzeitig ausgesprochen worden seien, die Begleitumstände ident gewesen seien und auf einem einzigen einheitlichen Willensentschluss der Antragsgegnerin basierten, dem der Gesamtplan zugrunde gelegen sei, die Kosten des Transformationsprozesses im Unternehmen der Antragsgegnerin durch einen finanziellen Beitrag ihrer Lieferanten von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen zu

kompensieren, um dadurch den Fortbestand der Antragsgegnerin sichern zu können. Die gleichartige - sogar gleichlautende - und gleichzeitig ausgesprochene Investitionsbitte der Antragsgegnerin an 16 Lieferanten, basierend auf einem einheitlichen Willensentschluss der Antragsgegnerin führe dazu, dass es sich dabei insgesamt um einen einzigen identen Sachverhalt handele.

§ 6 Abs 2 FWBG lege fest, das Kartellgericht könne „[...] eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 500 000 Euro verhängen“.

Durch die getrennte Verfahrenseinleitung umgehe die BWB die gesetzliche Anordnung, die **eine** Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von EUR 500.000,-- vorsehe. Dies führe nicht nur zu einer Überlastung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin, sondern auch zu einer Vervielfachung des Verfahrensaufwands und zu einer übermäßigen Belastung des Gerichtsbetriebs.

Der Transformationsprozess sei aus verschiedenen Gründen notwendig gewesen: Durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf den Tourismus in Tirol und der dadurch fehlenden Kunden im Lebensmitteleinzelhandel sei die Antragsgegnerin wirtschaftlich stark getroffen. Es gebe massive Kostensteigerungen, vor allem im Bereich Energie. Auch in anderen Kostenbereichen sei die Antragsgegnerin mit einer hohen Inflation konfrontiert. Zudem seien die Finanzierungskosten des Unternehmens durch die Zinsentwicklung massiv gestiegen.

Der langfristige Fortbestand des Unternehmens sei aufgrund des starken Wettbewerbsdrucks und der hohen Marktkonzentration im Lebensmitteleinzelhandel ohne Durchführung eines Transformationsprozesses gefährdet. Da allen Investitionsbitten der Gesamtplan zugrunde gelegen sei, die Kosten des Transformationsprozesses durch einen finanziellen Beitrag ihrer Lieferanten von Agrar- und

Lebensmittelerzeugnissen zu kompensieren, um dadurch den Fortbestand der Antragsgegnerin sichern zu können, liege eine einheitliche Handlung vor.

**In eventu** werde vorgebracht, dass es sich um den Vorwurf einer **einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung** handle. Nach ständiger Rechtsprechung könne sich ein Verstoß gegen das Kartellrecht nicht nur aus einer isolierten Handlung, sondern auch aus einer Reihe von Handlungen oder einem fortgesetzten Verhalten ergeben, selbst wenn ein oder mehrere Teile dieser Reihe von Handlungen oder dieses fortgesetzte Verhalten auch für sich genommen und isoliert betrachtet einen Verstoß gegen die genannte Vorschrift darstellen könnten (EuGH, 16.06.2022, C-697/19 P, *Optische Laufwerke-Kartell* Rz 62). Es handle sich hierbei um eine im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffene Rechtsfigur, die ihren Ursprung in der Leitentscheidung EuGH, 08.07.1999, C-49/92 P habe. Die europäischen Gerichte hielten dazu fest, dass „[...] die festgestellten Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen [...] wegen ihres übereinstimmenden Zweckes Teil von Systemen regelmäßiger Sitzungen zur Festsetzung von Preiszielen und Quoten gewesen [seien], die wiederum Teil einer Reihe von Bemühungen der betroffenen Unternehmen gewesen seien, mit denen ein einziges wirtschaftliches Ziel, die Verfälschung der Entwicklung der Preise, verfolgt worden sei. Es wäre daher gekünstelt, dieses durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen.“

Auch in Österreich werde bei Wettbewerbsverstößen in ständiger Rechtsprechung auf die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung zurückgegriffen (16 Ok 2/15b).

Der Begriff der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung setze das Vorliegen eines „Gesamtplans“ voraus, in den sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zwecks einfügten, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass eine oder mehrere dieser Handlungen auch für sich genommen und isoliert betrachtet einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darstellen könnten.

Die europäische Rechtsprechung wende diese Rechtsfigur auch bei Verstößen gegen Art 102 AEUV/§ 5 KartG an. Nach Auffassung des EuG in *Astra Zeneca AB* (EuG, 01.07.2010 T-321/05 Rz 892 f) sei bei der Anwendung der Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung auf Missbrauchstatbestände zu prüfen, ob zwischen verschiedenen Handlungen eine Komplementaritätsverbindung bestehe.

Die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung sei auch auf Verstöße gegen das FWBG bzw. die Umsetzungsvorschriften der UTP-Richtlinie in §§ 5a ff FWBG anwendbar, wenn zwischen den Verstößen ein komplementärer Zusammenhang bestehe, dh diese in ihrer Begehungsweise gleichartig seien, diese in einem nahen zeitlichen Zusammenhang stünden und von einem Gesamtvorsatz bzw. von einem Gesamtplan getragen würden, da die Vorschriften zur Umsetzung der UTP-Richtlinie in §§ 5a ff FWBG und die dort genannten Zuwiderhandlungen eine Systematik hinsichtlich Schutzzweck, gesetzgeberischem Ziel und Wirkung aufwiesen, die den kartellrechtlichen Verboten des Art 102 AEUV / § 5 KartG in einem hohen Maße ähnelten.

Das Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber den 16 Lieferanten betreffe einen Komplex von Tatsachen, die ihrer Natur nach unlösbar miteinander verbunden seien. Das Investitionskonzept sei in seiner Gesamtheit von der

von der Antragsgegnerin beigezogenen Unternehmensberatung erarbeitet und von der Antragsgegnerin (teilweise) akzeptiert worden. Ziel sei es gewesen durch Restrukturierung und zusätzliche Investitionen eine bessere Marktpräsenz zu ermöglichen. Zu diesem Zweck sollten gezielt finanzstarke Lieferanten zu einer Investition eingeladen werden, die zum Erhalt ihres Abnehmers beitragen sollten. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass das oben genannte Erfordernis des „Gesamtplans“ im Rahmen der Investitionsbitte klar erfüllt sei.

Eine Analyse des Zwecks der UTP-Richtlinie und des FWBG ergebe eine Einordnung des FWBG als Wettbewerbs- bzw Kartellrecht.

Aus den ErwGr der UTP-Richtlinie ergebe sich, dass diese Lieferanten sektorspezifisch vor marktmächtigen Abnehmern schützen wolle. Zu diesem Zweck definiere die UTP-Richtlinie eine Reihe von „Verhaltensweisen“, die scheinbar absolut oder relativ verboten sein sollen. Auffällig sei, dass diese Verhaltensweisen bei marktbeherrschenden Unternehmen ohnehin schon gegen die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle verstießen.

Die genannten Handlungspraktiken wiesen eine große Nähe zum Kartellrecht auf. Die UTP-Richtlinie und das Kartellrecht würden insgesamt den gleichen Grundgedanken „Schutz vor Marktungleichgewichten“ verfolgen.

Insbesondere stelle der Wortlaut von ErwGr 9, und zwar „Verhandlungsmacht, die der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Lieferanten vom Käufer entsprechen“, einen direkten Bezug zu der Regelung der Missbrauchskontrolle nach § 5 KartG / Art 102 AEUV her.

Auch die Umschreibung der „fairen und effizienzsteigernden Vereinbarungen“ sei in ihren Grundzügen mit dem Ausnahmetatbestand des Art 101 Abs 3

AEUV bzw. § 2 KartG vergleichbar.

Schließlich dürfe die strukturelle Ausgestaltung der UTP-Richtlinie und auch der §§ 5a ff FWBG nicht übersehen werden, die hinsichtlich des „Verbotskatalogs“ in weiten Zügen den gleichnamigen Bestimmungen der kartellrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen, der sog. „schwarzen Liste“ und der unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Praktiken, der sog. „grauen Liste“, ähnele.

Im Ergebnis sei nach alledem festzuhalten, dass die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung für Gesamtsachverhalte wie den vorliegenden entwickelt worden sei. Die Tatbestandssystematik der §§ 5a ff FWBG folge dem Kartellrecht, insbesondere § 5 KartG, dessen Anwendungsbereich sich nur hinsichtlich des strengen Marktbeherrschungserfordernisses von der UTP-Richtlinie und dem FWBG unterscheide. Im Ergebnis wäre es gekünstelt, wenn eine zusammenhängende, von einem Gesamtplan geprägte Zuwiderhandlung in verschiedene Zuwiderhandlungen aufgespalten würde, nur weil sie nach den §§ 5a ff FWBG und nicht nach § 5 KartG verfolgt werde. Vielmehr sei die Rechtsprechung zur einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung auch auf Zuwiderhandlungen gegen das FWBG anzuwenden.

Die Nicht-Anwendung der Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung oder eines fortgesetzten Delikts würde ebenso das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip verletzen.

Zu der auf der Loyalitäts- und Mitwirkungspflicht der Mitgliedstaaten nach Art 4 Abs 3 EUV beruhenden Verpflichtung zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts gehöre es, bei seinem Vollzug auch die aus einer objektiven Verhaltensnorm

abgeleiteten subjektiven Rechtspositionen effektiv zu schützen. Daraus ergäben sich konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des mangels europarechtlicher Vorgaben anwendbaren nationalen Rechts. So müssten die materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln zur Ahndung von Verstößen gegen EU-Recht den Regelungen gleichwertig sein, mit denen entsprechende Verstöße gegen nationales Recht sanktioniert würden (Äquivalenzprinzip).

Dies gelte auch im Verhältnis zwischen dem auf Unionsrecht (UTP-Richtlinie) aufbauenden §§ 5a ff FWBG und den nationalen §§ 1 ff KartG. Die Verfahrensautonomie und auch in Teilen die materielle Gestaltungsfreiheit (bei Umsetzung der RL) ende dort, wo die Äquivalenz gestört sei. Eine solche Störung der Äquivalenz wäre gegeben, wenn der innerstaatliche Vollzug der §§ 4a ff FWBG trotz weitgehender Ähnlichkeit zum KartG anderen Durchsetzungsmodalitäten folgen würde. Dies ergebe sich auch aus der UTP-RL selbst, wonach die (unionsrechtlich) garantierten Verteidigungsrechte des Käufers durch die Durchsetzungsbehörden gewahrt werden müssten (ErwG 35 und Art 6 Abs 2 UTP-Richtlinie). Diese Verteidigungsrechte dürften durch eine ausufernde Aufspaltung einer (fortgesetzten) Zuwiderhandlung nicht geschmälert werden, denn dies würde der Äquivalenz widersprechen.

#### **I.4. Aufteilung der Verfahren auf alle Senatsabteilungen des Kartellgerichts:**

Die 16 Anträge auf Verhängung einer angemessenen Geldbuße wegen Verletzung des § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG wurden im Hinblick auf die fehlende Identität des Sachverhalts (verschiedene Lieferantenbeziehungen) nach der Geschäftsverteilung auf alle kartellgerichtlichen Senatsabteilungen des Oberlandesgerichts Wien als Kar-

tellgericht nach dem Rotationsprinzip aufgeteilt.

Auf die das gegenständliche Vorabentscheidungsersuchen stellende Senatsabteilung 25 Kt fielen der führende Akt 25 Kt 7/23a den Lieferanten P. betreffend, sowie der Akt 25 Kt 8/23y den Lieferanten L. Betreffend, der Akt 25 Kt 9/23w den Lieferanten R. betreffend und der Akt 25 Kt 10/23t den Lieferanten S. betreffend. Diese vier Verfahren der Gerichtsabteilung 25 wurden zur gemeinsamen Verfahrensführung verbunden.

## **II. Zu beurteilender Sachverhalt:**

### **II.1. Folgender Sachverhalt ist unstrittig:**

Die Antragsgegnerin engagierte ein Beratungsunternehmen mit dem Auftrag, sie bei der Umsetzung eines „Transformationsprozesses“ zu unterstützen.

Die strategische Neuausrichtung sah eine Transformation in allen Bereichen des Unternehmens vor, insbesondere aber Category Management, Logistik, Marketing sowie eine Neugestaltung der Märkte (zB wurden Regalerweiterungen mit neuer Raumhöhe geplant, die neue niedrigere Böden notwendig machten).

Auf Ratschlag des Beratungsunternehmens veranstaltete die Antragsgegnerin am 16.05.2023 online eine „Supplier-Day-Konferenz“, in deren Rahmen sie ihren Lieferanten einen Überblick über die aktuelle Marktsituation und diesbezügliche Problematiken sowie auch die derzeitigen Einbußen auf Seiten der Antragsgegnerin vermittelte. Als Ausblick in die Zukunft wurde der Transformationsprozess erläutert, in dem sich die Antragsgegnerin befand.

Im Zuge der Supplier-Day-Konferenz kündigte die Antragsgegnerin gegenüber ihren Lieferanten an, dass ein Ersuchen um finanzielle Unterstützung des Transformati-

onsprozesses folgen werde.

Am 17.05.2023 wurden Follow-Up-Mails mit beigefügten Proforma-Rechnungen über unterschiedlich hohe Pauschalbeträge verschickt. Die Schreiben hatten jeweils einen Lieferanten als Adressaten und wurde gleichzeitig versendet.

Die Follow-Up-Mails sind - mit Ausnahme der Höhe des Proformarechnungsbetrages sowie der Unterscheidung danach, ob der jeweilige Lieferant an der Supplier-Day-Konferenz teilgenommen hat oder nicht - allen Lieferanten gegenüber gleichlautend:

a) Das E-Mail an Lieferanten, die nicht an der Supplier-Day-Konferenz teilgenommen haben), lautete:

*„[...]*

*wir bedauern Ihre Abwesenheit bei unserer online „Supplier Day“ Konferenz, bei der wir die Gelegenheit genutzt haben, unsere Geschäftspartner über die strategische Transformation, die zu einem großen Teil auch unseres Category Managements betrifft, zu informieren.*

*[...]*

*Uns geht es vor allem darum unsere Wettbewerbsfähigkeit zu stärken und gemeinsam mit unseren Geschäftspartnern erfolgreich zu wirtschaften. Dafür hat [die Antragsgegnerin] den bereits erwähnten Transformationsprozess gestartet.*

*[...]*

*Um dieses Vorhaben umsetzen zu können, benötigen wir Ihre Unterstützung. Konkret hat [die Antragsgegnerin] die Erwartung, dass Sie als Key-Account ein Investment von € 10.000,- [Anm: in den Mails sind unterschiedliche Beträge] in unsere gemeinsame Zukunft tätigen.*

*Wir haben für diesen Zweck bereits eine Proforma-Rechnung bestellt.*

*Wir werden Ihre Bereitschaft als Partner eine Unterstützung zu leisten mitverfolgen. Bitte beachten Sie, dass ihr Investment unsere Partnerschaft nachhaltig stärken und im Aufbau einer gemeinsamen, erfolgreichen Zukunft unterstützen wird. Es liegt an Ihnen dieses Vorhaben in die Realität umzusetzen.*

*[...] "*

b) Das E-Mail an Lieferanten, die an der Supplier-Day-Konferenz teilgenommen haben, lautete:

*„[...]*

*vielen Dank für Ihre Teilnahme an der[ Antragsgegnerin] „Supplier Day“ Konferenz.*

*Wir hoffen, dass wir unser Anliegen an Sie übermitteln konnten:*

*[Die Antragsgegnerin] ist ein starker und verlässlicher Partner, mit dem klaren Ziel unsere Wettbewerbsfähigkeit durch einen Transformationsprozess zu steigern.*

*[...]*

*Um dieses Vorhaben umsetzen zu können, benötigen wir Ihre Unterstützung. Konkret hat [die Antragsgegnerin] die Erwartung, dass Sie als Key-Account ein Investment von € 15.000,- [Anm: in den Mails sind unterschiedliche Beträge] in unsere gemeinsame Zukunft tätigen.*

*Wir haben für diesen Zweck bereits eine Proforma-Rechnung bestellt.*

*Wir werden Ihre Bereitschaft als Partner eine Unterstützung zu leisten mitverfolgen. Bitte beachten Sie, dass ihr Investment unsere Partnerschaft nachhaltig stärken und im Aufbau einer gemeinsamen, erfolgreichen Zukunft unterstützen wird. Es liegt an Ihnen dieses Vorhaben in die Realität umzusetzen.*

*[...] "*

## **II.2. Unbestritten blieb folgendes Vorbringen der Antragstellerin:**

Die Antragsgegnerin wurde durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf den Tourismus und der dadurch fehlenden Kunden im LEH wirtschaftlich stark getroffen und sah sich durch massive Kostensteigerungen vor allem im Bereich Energie sowie mit einer hohen Inflation und erhöhten Finanzierungskosten durch die Zinsentwicklung konfrontiert.

Mithilfe eines Beratungsunternehmens plante die Antragsgegnerin den zuvor erläuterten Transformationsprozess, um den langfristigen Fortbestand des Unternehmens sowie dessen Wettbewerbsfähigkeit sichern zu können. Die Proformarechnungen dienten dem Ziel und Gesamtplan, die Kosten dieses Transformationsprozesses durch einen monetären Beitrag der Lieferanten zu finanzieren.

## **III. Relevante Vorschriften**

### **III.1. Umsetzung der UTP-RL in das nationale österreichische Recht:**

Die BWB stützt ihre 16 beim Kartellgericht gegen die Antragsgegnerin eingebrachten Anträge auf eine Verletzung des § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (in der Folge: FWBG).

Mit diesem Bundesgesetz wurde die Richtlinie (EU) 2019/633 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (UTP-Richtlinie) in nationales Recht umgesetzt (ErlRV 1167 der Beilagen XXVII. GP).

Konkret wurde das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (BGBI

1977/392) um den 2. Abschnitt (§§ 5a bis 5h FWBG), der die Bestimmungen zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen enthält, sowie um den Anhang I und II, die die schwarze und graue Liste der unlauteren Handelspraktiken enthalten, ergänzt.

Gleichzeitig wurde für das Gesetzeswerk ein Kurztitel eingefügt (Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz - FWBG), der die Breite des Inhalts des Gesetzes abdeckt (ErlRV 1167 der Beilagen XXVII. GP, 2).

Weiters wurden die Verfahrensvorschriften der §§ 6f FWBG um die Verfolgung der Verstöße gegen das Verbot von unlauteren Handelspraktiken iSd § 5c FWBG ergänzt.

Das FWBG trat mit 1.1.2022 in Kraft.

### **III.2. Rechtlicher Rahmen nach dem FWBG**

**§ 5a FWBG** legt den Geltungsbereich des Verbots der unlauteren Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen fest, wobei Abs 1 leg cit den generellen Geltungsbereich dahingehend festlegt, dass dieser Abschnitt für unlautere Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen entlang der gesamten Wertschöpfungskette zwischen Unternehmern gilt.

Abs. 2 Z 1 bis 5 leg cit übernimmt die Umsatzschwellenwerte des Art 1 Abs 2 lit a) bis e) der UTP-Richtlinie, Abs 3 leg cit legt entsprechend dem Art 1 Abs 2 UTP-Richtlinie den räumlichen Bezug der Verkäufe zur Europäischen Union fest.

**§ 5 a FWBG** lautet:

*„(1) Die Bestimmungen dieses Abschnitts regeln die Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen.*

Sie dienen der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, ABl. Nr. L 111 vom 25.04.2019 S. 59 (im Folgenden: „Richtlinie (EU) 2019/633“). Der erste Abschnitt und das Kartellgesetz 2005 - KartG 2005, BGBl. I Nr. 61/2005, bleiben unberührt.

(2) Die Bestimmungen dieses Abschnitts gelten für Handelspraktiken im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen durch

1. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von höchstens zwei Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro haben;

2. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zwei Millionen Euro und höchstens zehn Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro haben;

3. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als zehn Millionen Euro und höchstens 50 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro haben;

4. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro und höchstens 150 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro haben;

5. Lieferanten, die einen Jahresumsatz von mehr als 150 Millionen Euro und höchstens 350 Millionen Euro haben, an Käufer, die einen Jahresumsatz von mehr als 350 Millionen Euro haben,

[...]

(3) Dieser Abschnitt gilt für Verkäufe, bei denen entweder der Lieferant oder der Käufer oder beide in der Europäischen Union niedergelassen sind.

[...]“

Mit § 5a Abs 2 Z 1 bis Z 5 FWBG wird Art 1 Abs 2 lit a) bis e) der UTP-Richtlinie wortgleich umgesetzt.

§ 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG, auf dessen Verletzung die BWB ihre Geldbußenanträge stützt, lautet:

**§ 5 c Abs 1 FWBG:** „Die im Anhang I angeführten Handelspraktiken sind verboten.[...]“

Die Überschrift von Anhang I FWBG lautet: „Handelspraktiken, die unter allen Umständen verboten sind:“

**Anhang I Z 4 FWBG** lautet: „Der Käufer verlangt vom Lieferanten Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten stehen.“

Die in § 5c iVm Anhang I Z 4 FWBG genannte verbotene Praktik entspricht jener in Art 3 Abs 1 lit d der UTP-Richtlinie aufgezählten. Die Umsetzung dieser Verbotsnorm erfolgte wortwörtlich.

**§ 5 b Z 2 FWBG** lautet:

„„Käufer“: jede natürliche oder juristische Person, sofern sie kein Verbraucher ist, unabhängig vom Niederlassungsort dieser Person, oder jede Behörde in der Europäischen Union, die Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse erwirbt; der Begriff „Käufer“ kann auch eine Gruppe solcher natürlicher und juristischer Personen bezeichnen;“

**§ 5 b Z 3 FWBG** lautet:

„„Lieferant“: jeder landwirtschaftliche Erzeuger oder jede natürliche oder juristische Person, unabhängig von seinem bzw. ihrem Niederlassungsort, der bzw. die Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse verkauft; der Begriff „Lieferant“ kann auch eine Gruppe solcher landwirtschaftlicher Erzeuger oder eine Gruppe solcher natürlicher und juristischer Personen, wie Erzeugerorganisationen, Lieferantenorganisationen und Vereinigungen solcher Organisationen umfassen;“

Die im FWBG in § 5b Z 2 und Z 3 enthaltenen

Begriffsdefinitionen von „Käufer“ und „Lieferant“ sind wortgleich mit jenen der UTP-Richtlinie (Art 2 Z 2 UTP-Richtlinie).

**Art 6 Abs 1 lit e) und Abs 1 letzter Satz der UTP-Richtlinie** lauten:

*„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jede ihrer Durchsetzungsbehörden über die Ressourcen und das Fachwissen verfügt, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich sind, und übertragen ihr folgende Befugnisse:*

*[...]*

*e) die Befugnis, im Einklang mit den nationalen Vorschriften und Verfahren gegen den Urheber des Verstoßes Maßnahmen zur Verhängung von Geldbußen und anderen ebenso wirksamen Sanktionen, einschließlich einstweiliger Verfügungen, zu verhängen oder diesbezügliche Verfahren zu veranlassen;*

*[...]*

*Die Sanktionen gemäß Unterabsatz 1 Buchstabe e müssen unter Berücksichtigung von Art, Dauer, wiederholtem Auftreten und Schwere des Verstoßes wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“*

**§ 6 Abs 2 FWBG** lautet:

*„Auf Antrag der Ermittlungsbehörde nach dem 2. Abschnitt kann das Kartellgericht gegen einen Käufer im Sinne des § 5b Z 2, der gegen die Vorschriften des § 5c verstößt, eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 500 000 Euro verhängen. Bei der Bemessung der Geldbuße ist insbesondere auf die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, auf den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen. § 33 KartG 2005 gilt sinngemäß.“*

**§ 33 KartG** lautet:

„Verjährung

(1) Eine Geldbuße darf nur verhängt werden, wenn der Antrag binnen fünf Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung gestellt wurde. Diese Frist wird unterbrochen, sobald mindestens einem an der Rechtsverletzung beteiligten Unternehmer oder einer beteiligten Unternehmervereinigung eine auf Ermittlung oder Verfolgung der Rechtsverletzung gerichtete Handlung der Bundeswettbewerbsbehörde bekannt gegeben wird. Mit jeder Unterbrechung beginnt die Frist neu zu laufen; sie endet jedoch jedenfalls zehn Jahre ab Beendigung der Rechtsverletzung. Die Dauer eines Verfahrens vor einem Gericht wird in die Frist nicht eingerechnet.

(2) Die Verjährung der Rechtsverletzung wird überdies für die Dauer eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde eines EU-Mitgliedstaats oder EWR-Vertragsstaats oder vor der Kommission wegen desselben nach Art. 101 oder 102 AEUV verbotenen Verhaltens gehemmt. Die Hemmung der Verjährungsfrist beginnt mit der Mitteilung der ersten förmlichen Ermittlungshandlung an mindestens einen Unternehmer, gegen den sich das Verfahren richtet, und endet mit der Entscheidung über die Abstellung oder Feststellung, die Annahme einer Verpflichtungszusage oder die Geldbuße oder mit dem Abschluss eines bei einer Rechtsmittelinstanz anhängigen Verfahrens. Sie gilt für alle Unternehmer oder Unternehmervereinigungen, die an der Rechtsverletzung beteiligt waren. Die Verjährungsfrist endet jedoch jedenfalls zehn Jahre ab Beendigung der Rechtsverletzung.“

#### **IV. Begründung des Vorabentscheidungsersuchens**

##### **IV.1. Einleitung**

In Hinblick auf das in der UTP-Richtlinie definierte Ziel, nämlich einen Ausgleich für die häufig bestehenden Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht zwischen Käufer und Lieferanten in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette zu schaffen, ist es notwendig, die nationale Umsetzung an dieser Richtschnur zu messen. Es ist daher als erster Schritt die Stoßrichtung der Richtlinie zu beleuchten (Punkt IV.2.), in einem weiteren Schritt ist die Sanktion der Geldbuße gemäß § 6 Abs 2 FWBG rechtlich einzuordnen (Punkt IV.3.) und schließlich ist die österreichische Konkurrenzlehre bei mehrfachen Gesetzesverstößen abzuhandeln (Punkt IV.4.) und dieses System in Bezug zur UTP-Richtlinie zu stellen (Punkt IV.5.).

#### **IV.2. Erwägungsgründe der UTP-Richtlinie als Ausgangspunkt der Überlegungen:**

Ziel der UTP-Richtlinie ist es, einen unionsweiten Mindeststandard zum Schutz vor unlauteren Handelspraktiken in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette einzuführen (vgl ErwGr 1 der UTP-Richtlinie).

Der von dieser Richtlinie gebotene Schutz sollte landwirtschaftlichen Erzeugern und natürlichen oder juristischen Personen, die Agrar- und Lebensmittelerzeugnisse liefern, entsprechend ihrer jeweiligen Verhandlungsmacht zugutekommen. Diese Erzeuger und Personen sind häufiger unlauteren Handelspraktiken ausgesetzt und am wenigsten in der Lage, ihnen ohne negative Auswirkungen auf ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit standzuhalten (ErwGr 10 UTP-Richtlinie).

In der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette bestehen oft erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen und Käufern. Diese Ungleichgewichte

bei der Verhandlungsmacht haben mit hoher Wahrscheinlichkeit unlautere Handelspraktiken zur Folge, wenn bei einem Verkauf größere und mächtigere Handelspartner versuchen, bestimmte für sie vorteilhafte Praktiken oder vertragliche Vereinbarungen durchzusetzen (vgl ErwGr 1 der UTP-Richtlinie).

Solche unlauteren Handelspraktiken wiederum haben mit hoher Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf den Lebensstandard der landwirtschaftlichen Bevölkerung („agricultural community“). Diese Auswirkungen können entweder direkt sein, wenn sie landwirtschaftliche Erzeuger und ihre Organisationen als Lieferanten betreffen, oder indirekt, durch „Kaskadeneffekte“ der unlauteren Handelspraktiken, die in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette in einer Weise auftreten, die sich negativ auf die Primärerzeuger in dieser Kette auswirken (vgl ErwGr 7 der UTP-Richtlinie).

Die Richtlinie soll für das Geschäftsgebaren größerer Marktteilnehmer gegenüber Marktteilnehmern mit geringerer Verhandlungsmacht gelten. Die relative Verhandlungsmacht lässt sich in angemessener Art und Weise anhand des Jahresumsatzes der verschiedenen Marktteilnehmer abschätzen (vgl ErwGr 7 der UTP-Richtlinie).

Es handelt sich zwar um eine Schätzung, doch können die Marktteilnehmer anhand dieses Kriteriums ihre Rechte und Pflichten nach dieser Richtlinie vorhersehen. Durch eine Obergrenze sollte vermieden werden, dass Marktteilnehmern, die nicht oder wesentlich weniger gefährdet sind als ihre kleineren Partner und Wettbewerber, Schutz gewährt wird (ErwGr 14 UTP-Richtlinie ).

Ein dynamisches Konzept, das die am Umsatz gemessene relative Größe des Lieferanten und des Käufers zum Ausgangspunkt nimmt, dürfte einen besseren Schutz vor unlauteren Handelspraktiken für diejenigen Marktteilnehmer

bieten, die diesen Schutz am dringendsten benötigen (ErwGr 9 der UTP-Richtlinie).

Das zwischen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Lieferant und Abnehmer (Käufer) bestehende Machtgefälle wird in Art 1 der UTP-Richtlinie anhand von Umsatzzschwellen, die mit § 5a Abs 2 Z 1bis Z 5 FWBG in das österreichische Recht umgesetzt wurde, ausgedrückt. § 5a Z 1 bis Z 5 FWBG legt entsprechend der UTP-Richtlinie als Schwellenwerte Maximal- und Mindestumsätze als Voraussetzung für die Anwendung der §§ 5a ff FWBG fest (vgl 1167 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP).

Die Erwägungsgründe der UTP-Richtlinie wurden nicht in das FWBG aufgenommen. In den Gesetzesmaterialien, konkret den Erläuterungen zu Regierungsvorlage (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1) zum FWBG werden diese jedoch sinngemäß wiedergegeben:

*„In der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette bestehen oft erhebliche Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht von Lieferanten und Käufern von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen. Durch die Richtlinie sollen Lieferanten, welche oft kleine und mittlere Unternehmen sind (sowohl landwirtschaftliche Erzeuger, als auch gewerbliche Produzenten sind betroffen) in der Lebensmittellieferkette gestärkt werden. Im vertikalen Verhältnis können ungleiche Machtverhältnisse für die Akzeptanz von Vertragsklauseln durch einen Vertragspartner ausschlaggebend sein. Marktmächtigere (insbesondere auch im Sinne von relativer Marktmacht) Unternehmen können in der Lage sein, Konditionen zu bestimmen, die oft nachteilig für die schwächeren Geschäftspartner sind. Die Akzeptanz von Konditionen, die einem leistungsgerechten Wettbewerb hinderlich sind, birgt viele Risiken. Einzelne Produkte oder Produktgruppen könnten aus dem Sortiment des Handels*

*genommen werden. Letztlich könnte dies zum Ausscheiden von KMU aus dem Markt führen und eine höhere Konzentration bewirken, die langfristig für den Wettbewerb schädlich sein könnte."*

#### **IV.3. Strafrechtlicher Charakter der Geldbuße nach § 6 Abs 2 FWBG**

##### **IV.3.a. Norminhalt**

§ 6 Abs 2 FWBG legt in Umsetzung des Art 6 der UTP-Richtlinie als Sanktion im Falle der Zuwiderhandlung gegen das Verbot der unlauteren Handelspraktiken die Verhängung einer Geldbuße fest.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird § 6 Abs 2 FBWG an dieser Stelle neuerlich wiedergegeben.

§ 6 Abs 2 FWBG lautet:

*„Auf Antrag der Ermittlungsbehörde nach dem 2. Abschnitt kann das Kartellgericht gegen einen Käufer im Sinne des § 5b Z 2, der gegen die Vorschriften des § 5c verstößt, eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 500 000 Euro verhängen. Bei der Bemessung der Geldbuße ist insbesondere auf die Schwere und die Dauer der Rechtsverletzung, auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, auf den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen. § 33 KartG 2005 gilt sinngemäß."*

Nach Ansicht des vorliegenden Senats handelt es sich bei dieser Sanktionsnorm um eine mit strafrechtlichem Charakter und zwar aus den nachstehenden Erwägungen:

##### **IV.3.b. Die Geldbuße nach dem österreichischen Kartellgesetz:**

Die Geldbuße nach dem österreichischen Kartellgesetz ist nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung eine Sanktion mit

strafrechtsähnlichem Charakter (Oberster Gerichtshof in RIS-Justiz RS0120560). Geldbußen nach § 29 KartG haben den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und unabhängig davon, ob ein unerlaubtes Verhalten noch andauert oder dessen Wirkungen noch bestehen, der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen (Prävention). Kartellrechtliche Geldbußen sind Mittel des staatlichen Zwangs und zählen daher zum Strafrecht im weiteren Sinn (*Koprivnikar/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 KartG 2005*).

Die Geldbuße nach § 29 KartG erfüllt auch die vom EuGH in C-151/20 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH*) aufgestellten Kriterien für die Einordnung als eine Sanktion strafrechtlicher Natur.

In C-151/20 sprach der EuGH diesbezüglich aus:

*„RZ 29: Art. 50 der Charta bestimmt, dass „[n]iemand [...] wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden [darf]“. Der Grundsatz ne bis in idem verbietet somit eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen, die strafrechtlicher Natur im Sinne dieses Artikels sind, gegenüber derselben Person wegen derselben Tat (Urteil vom 20. März 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*RZ 30: Für die vom vorlegenden Gericht vorzunehmende Beurteilung der strafrechtlichen Natur der in Rede stehenden Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen sind drei Kriterien maßgebend: erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens der Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion (vgl. in diesem Sinne*

Urteile vom 5. Juni 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319, Rn. 37, und vom 20. März 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, Rn. 26 und 27).

RZ 31: Zu betonen ist insoweit, dass sich die Anwendung von Art. 50 der Charta nicht allein auf Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen beschränkt, die im nationalen Recht als „strafrechtlich“ eingestuft werden, sondern sich - unabhängig von einer solchen Einordnung im innerstaatlichen Recht - auf Verfolgungsmaßnahmen und Sanktionen erstreckt, die nach den beiden anderen in der vorstehenden Randnummer angeführten Kriterien strafrechtlicher Natur sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. März 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, Rn. 30).“

#### **IV.3.c. Die Geldbuße nach § 6 Abs 2 FWBG:**

Die im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Geldbuße nach dem KartG als Sanktion mit strafrechtlichem Charakter aufgestellten Kriterien werden auch durch § 6 Abs 2 FWBG erfüllt.

Die Geldbußenandrohung des § 6 Abs 2 FWBG setzt die Sanktionsanordnung des Art 6 Abs 1 lit e) der UTP-Richtlinie um. Bei der Geldbußenbemessung ist nach Art 6 Abs 2 FWBG auf die Schwere und Dauer der Rechtsverletzung, auf die durch die Dauer der Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen. Diese Sanktion hat nach den Vorgaben des Art 6 Abs 1 letzter Satz UTP-Richtlinie unter Berücksichtigung von Art, Dauer, wiederholtem Auftreten und Schwere des Verstoßes wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sein. Damit gibt Art 6 Abs 1 der UTP-Richtlinie als Maßstab für den Schweregrad der den Betroffenen drohenden Sanktion (C-151/20 - *Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH*) vor, dass damit begangenes Unrecht **wirksam**

zu ahnden ist (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen im Sinne einer **Abschreckung** vorgebeugt wird (Prävention). Da die Repressions- und die Präventionswirkung als die typischen Merkmale einer Strafe (OGH 16 Ok 52/05) nach den klaren Vorgaben des Art 6 Abs 1 letzter Satz UTP-Richtlinie erzielt werden müssen, stellt die in Österreich vorgenommene Umsetzung in § 6 Abs 2 FWBG mit einem Strafraum bis EUR 500.000,-- eine Sanktion strafrechtlicher Natur dar.

In Hinblick auf diese rechtliche Einordnung der österreichischen Sanktionsnorm als Sanktionsanordnung mit strafrechtlichem Charakter ist die Frage zu beantworten, in welcher Form eine Verhaltensweise zu sanktionieren ist, mit der mehrfach gegen § 5 c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG (Art 3 Abs 1 lit d UTP-Richtlinie) verstoßen wurde, was von der Bundeswettbewerbsbehörde in den in Rede stehenden Verfahren behauptet wird.

#### **IV.4. Konzepte im österreichischen Strafrecht bei mehrfachem Gesetzesverstoß - Konkurrenzlehre**

**IV.4.a.** Im Unterschied zum österreichischem Strafgesetzbuch (StGB) und dem österreichischen Verwaltungsstrafgesetz (VStG) fehlt dem FWBG eine Regelung dazu, in welcher Form die Sanktionierung zu erfolgen hat, wenn mehrere Zuwiderhandlungen begangen werden.

Auch das österreichische Kartellgesetz enthält dazu keine Norm (vgl *Koprivnikar/Mertel* in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht, § 29, Rz 5).

Bei wiederholten fortdauernden Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht hat sich unter den unter Punkt IV.4.b. noch näher zu erläuternden Voraussetzungen nach stRsp und hL die Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung entwickelt, die dogmatisch die mehrfachen Verstöße im Sinne einer Idealkonkurrenz als eine Tat

behandelt.

Es stellt sich im Anlassfall die Frage, ob die Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung bei mehrfacher Zuwiderhandlung gegen das FWBG heranzuziehen ist. Dazu bedarf es einer näheren Analyse der Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung.

#### **IV.4.b. Einheitliche fortgesetzte Zuwiderhandlung**

Die VO 1/2003 zur Durchführung der in den Art 101 und 102 AEUV niedergelegten Wettbewerbsregeln verwendet in seinem Art 25 Abs 2 den Begriff der fortgesetzten Zuwiderhandlung.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist dann von einer einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung auszugehen, wenn ein Gesamtplan vorliegt, in den sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zwecks der Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts einfügen, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass eine oder mehrere dieser Handlungen auch für sich genommen und isoliert betrachtet einen Verstoß gegen Art 101 AEUV darstellen könnten (EuGH vom 22.10.2020, *Silver Plastics GmbH & Co.KG/Kommission*, C-702/19p; EuGH vom 26. Jänner 2017, *Villeroy & Boch/Kommission*, C-642/13).

Somit ist, wenn sich die verschiedenen Handlungen wegen ihres identischen Zwecks der Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt in einen „Gesamtplan“ einfügen, die Kommission berechtigt, die Verantwortung für diese Handlungen anhand der Beteiligung an der Zuwiderhandlung als Ganzes aufzuerlegen (EuGH vom 26. Jänner 2017, *Villeroy & Boch/Kommission*, C-642/13P; vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Juni 2015, *Fresh Del Monte Produce/Kommission* und *Kommission/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P und C-294/13 P, Rn. 156 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen wäre es gekünstelt, das durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen, und aus ihm mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu konstruieren (vgl. EuGH vom 26. Jänner 2017, *Villeroy & Boch/Kommission* C-642/13P; EuGH vom 22. Oktober 2020, C-702/19P; EuGH vom 16. Juni 2022, *Toshiba Samsung Storage Technology Corp/Kommission*, C-700/19P).

Anders als in Art 25 VO 1/2003 wird im österreichischen KartG nicht zwischen fortgesetzten Zuwiderhandlungen und anderen Arten einer Zuwiderhandlung differenziert (*Schwarz in Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht § 33 KartG 2005).

Seit der Entscheidung 16 Ok 2/15b ist die Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung bei Verstößen gegen Art 101 AEUV auch in Österreich höchstgerichtlich anerkannt.

Der OGH sprach aus, dass eine Vielzahl rechtswidriger aufeinander folgender Verhaltensweisen dann eine fortgesetzte Zuwiderhandlung und rechtliche Einheit darstellt, wenn die Verhaltensweisen miteinander durch eine Übereinstimmung des Zwecks (dieselbe Zielsetzung sämtlicher Bestandteile) verbunden sind. Die einzelnen Teilhandlungen müssen in ihrer Begehungsweise gleichartig sein, in einem nahen zeitlichen Zusammenhang stehen und von einem Gesamtvorsatz getragen sein (16 Ok 2/15b).

Eine solche Gesamtzuwiderhandlung ist allgemein durch ein kontinuierliches wettbewerbswidriges Verhalten der Kartellbeteiligten mit einem einheitlichen wirtschaftlichen Ziel gekennzeichnet (16 Ok 3/23m).

Der Oberste Gerichtshof streicht hervor, dass bei der Einstufung unterschiedlicher Handlungen als fortgesetzte Zuwiderhandlung zu prüfen ist, ob zwischen

ihnen insoweit ein Komplementaritätsverhältnis besteht, als jede von ihnen eine oder mehrere Folgen des normalen Wettbewerbs beseitigen soll und durch Interaktion zur Verwirklichung sämtlicher wettbewerbswidriger Wirkungen beiträgt, die ihre Urheber im Rahmen eines auf eine einheitliche Zielsetzung gerichteten Gesamtplans anstreben. Ein Gesamtplan muss nicht von Anfang an existiert haben, sondern kann auch erst im Laufe der Zeit ausgearbeitet worden sein (16 Ok 2/15b).

Das heißt, dass die Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung im Wettbewerbsrecht nach übereinstimmender Rechtsprechung des EuGH und des OGH den Gesamtplan der Beteiligten voraussetzt, durch ihre Handlungen den Wettbewerb zu verfälschen.

Eine Umlegung der im Wettbewerbsrecht entwickelten Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung erscheint zur Ahndung von mehrfachen Verstößen gegen das FWBG nicht systemkonform:

Berücksichtigt man, dass die vorrangige Stoßrichtung der UTP-Richtlinie und damit des FWBG es ist, einen Ausgleich für Unterschiede in der Verhandlungsmacht zwischen Käufer und Lieferanten in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette zu schaffen und der Fokus auf der relativen Verhandlungsmacht (ErwGr 14 UTP-Richtlinie) liegt, erhellt sich, dass bei mehrfachen Verstößen gegen das Verbot der unlauteren Handelspraktiken die Einordnung dieser Handlungen als eine einheitlich fortgesetzte Zuwiderhandlung an dem fehlenden Gesamtplan der Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne einer breitgefächerten Behinderungsstrategie scheitert. Zentrum der Betrachtung nach dem FWBG ist immer die einzelne Lieferbeziehung und das in dieser bestehende relative Verhandlungsmachtgefälle.

Auch die österreichische Literatur verneint eine im

Zusammenhang mit unlauteren Handelspraktiken bestehende Grundlage für die Anwendung der im Wettbewerbsrecht entwickelten Rechtsfigur der einheitlichen fortgesetzten Zuwiderhandlung (*Seper in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 6 FWBG, Rz 6*).

Das heißt, dass die Frage, wie die mehrfache Verletzung der in der UTP-Richtlinie normierten Verbote zu verfolgen ist, nach österreichischem (Verwaltungs-)Strafrecht zu lösen ist.

Wie sogleich zu zeigen sein wird, ist für den vorliegenden Senat fraglich, ob der Lösungsansatz nach österreichischer Dogmatik im Einklang mit den in der UTP-Richtlinie enthaltenen Vorgaben steht.

#### **IV.4.c. Absorptionsprinzip versus Kumulationsprinzip**

Wie damit umzugehen ist, wenn eine Person mehrere Zuwiderhandlungen setzt, wird im österreichischen Strafrecht in § 28 StGB und im österreichischen Verwaltungsstrafrecht in § 22 VStG geregelt.

§ 28 Abs 1 StGB legt das sogenannte Absorptionsprinzip für den Fall der gleichartigen Strafen fest.

In § 28 Abs 1 StGB wird bestimmt: *„Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese strafbaren Handlungen gleichzeitig erkannt, so ist, wenn die zusammentreffenden Gesetze nur Freiheitsstrafen oder nur Geldstrafen vorsehen, auf eine einzige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe zu erkennen. Diese Strafe ist nach dem Gesetz zu bestimmen, das die höchste Strafe androht. Von der außerordentlichen Strafmilderung abgesehen, darf jedoch keine geringere Strafe als die höchste der in den zusammentreffenden Gesetzen vorgesehenen Mindeststrafen*

verhängt werden.“

Demgegenüber sieht das österreichische Verwaltungsstrafrecht mit § 22 Abs 2 VStG als Grundregel bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Verwaltungsübertretungen das Kumulationsprinzip vor: *„Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so sind die Strafen nebeneinander zu verhängen. Dasselbe gilt bei einem Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen.“*

Das Kumulationsprinzip gilt für alle Fälle der echten Ideal- und Realkonkurrenz. Wenn der Täter daher mehrere selbstständige Taten durch Tatwiederholung begeht und damit eine gleichartige Realkonkurrenz vorliegt, ist für jede Verwaltungsübertretung je eine Strafe zu verhängen, sodass im Ergebnis mehrere Strafen nebeneinander verhängt werden (*Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG<sup>3</sup>, § 22, Rz 9).

Bei der Strafenkumulierung ist jedoch auf die europarechtlichen Beschränkungen insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bedacht zu nehmen (EuGH vom 12.9.2019, *Maksimovic*, C-64/18; EuGH vom 9.11.2023, *Altice Group Lux Sarl*, C-746/21P).

Das FWBG enthält keine Regelung darüber, nach welchem Prinzip bei Zusammentreffen von Verstößen zu sanktionieren ist.

Aus der Überlegung, dass die Anwendung des Kumulationsprinzips keiner weiteren Anordnung außer der Sanktionsanordnung als solcher bedarf, das Absorptionsprinzip (Anrechnungsprinzip) demgegenüber Anrechnungsregeln beinhalten muss, ist davon auszugehen, dass bei mehrfacher Zuwiderhandlung gegen das FWBG die

Sanktionen (Geldbußen) im Sinne des Kumulationsprinzips nebeneinander zu verhängen sind.

Nach österreichischer (Verwaltungs-) Strafrechtsdogmatik käme im Anlassfall aber weder das Absorptionsprinzip noch das Kumulationsprinzip zur Anwendung, da die von der Bundeswettbewerbsbehörde der Antragsgegnerin vorgeworfene Verhaltensweise als tatbestandliche Handlungseinheit (fortgesetztes Delikt) zu beurteilen wäre:

#### **IV.4.d. Tatbestandliche Handlungseinheit - Einheits- tat**

Mit der verstärkten Senatsentscheidung des Obersten Gerichtshofs 13 Os 1/07g erfolgte ein Paradigmenwechsel bei Vorliegen einer Handlungseinheit von der Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts zu jener der tatbestandlichen Handlungseinheit.

In der Begründung heißt es dazu in 13 Os 1/07g:

*„Soweit in früherer Rechtsprechung unter dem Begriff des „fortgesetzten Delikts“ (nach Maßgabe zuweilen geforderter, indes uneinheitlich gehandhabter weiterer Erfordernisse) mehrere den gleichen Tatbestand (ob versucht oder vollendet) erfüllende, mit einem „Gesamtvorsatz“ begangene Handlungen zu einer dem Gesetz nicht bekannten rechtlichen Handlungseinheit mit der Konsequenz zusammengefasst wurden, dass durch die je für sich selbständigen gleichartigen Straftaten doch nur eine einzige strafbare Handlung begründet würde, hat der Oberste Gerichtshof diese Rechtsfigur der Sache nach bereits mit der Bejahung ihrer prozessualen Teilbarkeit durch die Grundsatzentscheidung SSt 56/88 = EvBl 1986/123 aufgegeben. [...]. In der Anerkennung des Fortsetzungszusammenhangs bloß nach Maßgabe tatbestandlicher Handlungseinheiten liegt gezielte Ablehnung einer absoluten Sicht des*

*fortgesetzten Delikts und ein Bekenntnis zur deliktsspezifischen Konzeption. Denn der Unterschied zwischen der Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts und der tatbestandlichen Handlungseinheit besteht darin, dass die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts aus dem allgemeinen Teil des materiellen Strafrechts abgeleitet wird, die der tatbestandlichen Handlungseinheit aber gleichartige Handlungen nach Maßgabe einzelner Tatbestände zusammenfasst. Die Kriterien einer Zusammenfassung können demnach durchaus deliktsspezifisch verschieden sein, ohne dass daraus das ganze Strafrechtssystem erfassende Widersprüche auftreten. Von einer tatbestandlichen Handlungseinheit spricht man im Anschluss an Jescheck/Weigend<sup>5</sup> (711ff) bei einfacher Tatbestandsverwirklichung, also der Erfüllung der Mindestvoraussetzungen des gesetzlichen Tatbestands, insbesondere bei mehraktigen Delikten und Dauerdelikten (tatbestandliche Handlungseinheit im engeren Sinn) und dort, wo es nur um die Intensität der einheitlichen Tatausführung geht (SSt 56/88), demnach bei wiederholter Verwirklichung des gleichen Tatbestands in kurzer zeitlicher Abfolge, also bei nur quantitativer Steigerung (einheitliches Unrecht) und einheitlicher Motivationslage (einheitliche Schuld), auch wenn höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Träger verletzt werden, sowie bei fortlaufender Tatbestandsverwirklichung, also der Annäherung an den tatbestandsmäßigen Erfolg durch mehrere Einzelakte im Fall einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage, etwa beim Übergang vom Versuch zur Vollendung oder bei einem Einbruchsdiebstahl in zwei Etappen (tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinn)."*

Die tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinn ist seither die Rechtsfigur, die in ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0122006) bei Vorliegen folgender

Voraussetzungen zur Anwendung kommt:

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

Bei Vorliegen dieser Voraussetzung ist die Rechtsfigur der tatbestandlichen Handlungseinheit auch dann heranzuziehen, wenn Rechtsgüter verschiedener Träger verletzt werden (*Ratz in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar<sup>2</sup> StGB, Vorbemerkungen zu §§ 28-31, Rz 89*).

Die Zusammenfassung von Verhaltensweisen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit hat die Konsequenz nur einmaliger Tatbestandsverwirklichung (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Eine tatbestandliche Handlungseinheit ist nämlich materiell wie prozessual eine Tat (11 Os 51/11a).

Im Verwaltungsstrafrecht wird weiterhin bei Vorsatztaten die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts angewendet. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof definiert das fortgesetzte Delikt als „eine Reihe von gesetzwidrigen Einzelhandlungen, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhanges“, verklammert durch einen „vorgefassten einheitlichen Willensentschluss“ („Gesamtvorsatz“), „zu einer Einheit zusammentreten“, wobei sich der einheitliche Willensentschluss auf die sukzessive Verwirklichung eines in groben Zügen feststehenden Gesamtziels richten muss. Zuletzt hat der VwGH den einheitlichen Willensentschluss als „Motiv zu wiederholtem, gleichartigen deliktischem Handeln“ bezeichnet (*Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>3</sup>, § 22 Rz 20*). Die Funktion des fortgesetzten Delikts besteht

in der Verklammerung der wiederholten Tatbestandsverwirklichung („fortgesetzte Delikte“) zu einem einzigen „fortgesetzten Delikt“. Liegt ein fortgesetztes Delikt vor, so handelt es sich im Ergebnis daher im Rechtssinn um eine einzige Tat, für die auch eine einzige Strafe zu verhängen ist; für eine Strafenkumulierung für die einzelnen im Fortsetzungszusammenhang begangenen Einzelakte ist kein Raum (aaO Rz 24).

#### **IV.5. Schlussfolgerungen**

Für die zur Beurteilung stehenden Fälle bedeutet das, dass die von der BWB gegen die Antragsgegnerin erhobenen Vorwürfe, durch Versendung von 16 E-Mails samt Proformarechnungen an 16 verschiedene Lieferanten mit dem oben angeführten Inhalt, die zum selben Zeitpunkt abgesendet wurden, gegen § 5c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG verstoßen zu haben, nach österreichischer Strafrechtsdogmatik als tatbestandliche Handlungseinheit zu qualifizieren wären:

Der Vorwurf der BWB betrifft die wiederholte gleichartige Verwirklichung desselben Tatbestands, nämlich des § 5c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG (einheitliches Unrecht) in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang, sogar zeitgleich, bei einheitlicher Motivationslage im Sinne eines Gesamtvorsatzes der Umsetzung des Transformationsprozesses unter denselben äußeren Begleitumständen, nämlich insbesondere der Umsetzung des Ratschlags eines beauftragten Unternehmensberaters (einheitliche Schuld). Damit sind die Handlungen im Sinne der ständigen nationalen Rechtsprechung als rechtliche Handlungseinheit zusammenzufassen (RIS-Justiz RS0122006), womit die von der BWB der Antragsgegnerin zur Last gelegten mehrfachen Verstöße gegen das FWBG als einzige Zuwiderhandlung gegen das FWBG zu bewerten sind.

Damit wäre - wenn sich nach Durchführung des Beweisverfahrens der Vorwurf der BWB als richtig erweisen sollte - wegen des Vorliegens einer einzigen Tat nur einmal eine Geldbuße mit einem Strafraum von EUR 500.000,-- zu verhängen, auch wenn 16 Lieferbeziehungen betroffen waren.

Dieses Ergebnis steht jedoch nach Ansicht des das Vorlageersuchen stellenden Senats in einem Spannungsverhältnis zu der in der UTP-Richtlinie verfolgten Zielsetzung, einen Ausgleich für bestehende Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht zwischen Käufer und Lieferanten in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette zu schaffen, da dieser Ausgleich immer nur anhand der einzelnen Lieferbeziehung geschaffen werden kann. Dass im Zentrum der Betrachtung im Sinne der UTP-Richtlinie immer die einzelne Lieferbeziehung und das in dieser bestehende relative Verhandlungsmachtgefälle steht, ergibt sich auch aus Art 1 der UTP-Richtlinie, der eine Jahresumsatzrelation zwischen Lieferanten und Käufer herstellt und bei Vorliegen dieser Jahresumsatzrelation typisiert eine Gefährdung der Verhandlungsposition des Käufers annimmt (vgl auch ErwGr 7 der UTP-Richtlinie). Diese Zielsetzung legt es nahe, bei jeder Verletzung des FWBG eine separate Betrachtung des Käufers und des Lieferanten im Hinblick auf seine Jahresumsatzzahlen vorzunehmen. Die einzelne Lieferantenbeziehung wird auf diesem Weg in den Vordergrund gerückt.

Mit der Zusammenfassung der Verstöße gegen das FWBG eines Käufers gegen eine Mehrzahl von Lieferanten als tatbestandliche Handlungseinheit wird die relative Verhandlungsmacht, deren oft bestehende Ungleichheit Anlass für die Erlassung der UTP-Richtlinie war, aus dem Zentrum der Beurteilung gerückt. Die Bewertung des

Verhaltens eines Käufers gegen eine Mehrzahl von Lieferanten als tatbildliche Handlungseinheit führt darüber hinaus dazu, dass dem Gebot der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung der Geldbuße allenfalls nicht Genüge getan wird und damit die Effektivität der UTP-Richtlinie unter Umständen Einbußen erleidet. Dagegen würde nach Ansicht des vorlegenden Gerichts die kumulative Verhängung von Geldbußen nach der Anzahl der Lieferbeziehungen, die von dem Verstoß oder den Verstößen betroffen sind, wirksam die relative Verhandlungsmacht berücksichtigen.

Da nach nationaler Strafrechtsdogmatik und damit nach österreichischer Rechtslage diese Geldbußenkumulation nicht vorzunehmen ist, wird der EuGH zur Auslegung der UTP-Richtlinie und der Konformität des österreichischen Rechts mit dieser Richtlinie im Sinne der gestellten Vorabentscheidungsfragen angerufen.

#### **IV.5. Zusammenfassung der Vorlagebegründung**

##### **Zur Frage 1:**

Nach österreichischer Strafrechtsdogmatik wäre die von der BWB der Antragsgegnerin vorgeworfene Vorgehensweise der Versendung mehrerer mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen nicht zusammenhängender Zahlungsaufforderungen (Proformarechnungen) an 16 Lieferanten zum selben Zeitpunkt aus der selben Motivation (Durchführung des Transformationsprozesses) in derselben Tatsituation als eine tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne der einmaligen Zuwiderhandlung gegen § 5c Abs 1 iVm Anhang 1 Z4 FWBG zu qualifizieren.

Es erscheint fraglich, ob mit der Qualifizierung dieses von der BWB vorgeworfenen Verhaltens als tatbestandliche Handlungseinheit mit der Folge der Verhängung

einer (einzigen) Geldbuße das in der UTP-Richtlinie definierte Ziel, einen Ausgleich für bestehende Ungleichgewichte in Bezug auf die Verhandlungsmacht zwischen Käufer und Lieferanten in der Agrar- und Lebensmittelverversorgungskette zu schaffen, äquivalent und effektiv erreicht wird. Mit der Vorlagefrage 1 und ihren Unterpunkten 1a und 1b soll abgeklärt werden, ob die nach nationaler Dogmatik vorzunehmende Qualifizierung als einzige Tat mit der UTP-Richtlinie in Einklang steht.

**Zur Frage 2:**

Mangels einer Regelung für die Verhängung von Sanktionen bei Zusammentreffen mehrerer Deliktshandlungen im FWBG wäre für den Fall, dass der von der BWB erhobene Vorwurf der mehrfachen Verletzung des § 5c Abs 1 iVm Anhang I Z 4 FWBG als Mehrzahl von Taten und nicht als Tateinheit zu qualifizieren ist, kumulativ je Tat eine Geldbuße zu verhängen. Ob die Anwendung des Kumulationsprinzips in vorliegender Fallkonstellation UTP-richtlinienkonform ist, ist Inhalt der zweiten Vorlagefrage.

Sollte sich nämlich die nach österreichischer Dogmatik ergebende Einordnung des von der BWB der Antragsgegnerin vorgeworfenen Verhaltens 16 Lieferanten gegenüber als tatbildliche Handlungseinheit als richtlinienwidrig herausstellen und damit die erste Vorlagefrage bejaht werden, ist es für die Entscheidung des vorlegenden Gerichtes erforderlich abzuklären, ob die Anwendung des Kumulationsprinzips, also die Verhängung mehrerer Geldbußen nach § 6 Abs 2 FWBG nebeneinander UTP-richtlinienkonform ist.

Dies soll mit der zweiten Vorlagefrage geklärt werden.

Oberlandesgericht Wien  
als Kartellgericht  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 25, am 26.04.2024

**Mag. Sonja Köller-Thier**  
Senatspräsidentin  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG