
Veröffentlichung gemäß § 37 Kartellgesetz

Entscheidung des Kartellgerichts

Kategorie: Kartell

Dienststelle: OLG Wien (009) [↗](#)

Aktenzeichen: 28 Kt 2/23p

Fall: Bundeswettbewerbsbehörde
BB Research Affairs GmbH
Beinschab Business GmbH

Markt- und Meinungsforschung
Preisabsprachen
Vergabeverfahren
Ausschreibungen

Bekannt gemacht am: 27.12.2023

Entscheidungsdatum: 09.05.2023

„Über die Antragsgegnerinnen wird zur ungeteilten Hand wegen einheitlicher und fortgesetzter Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG in Österreich in Form von kartellrechtswidrigen horizontalen Absprachen zum Zwecke der Abstimmung der Angebote und insbesondere der Angebotspreise im Bereich der Erstellung von Marktstudien im Zeitraum von April 2019 bis Juni 2021 gemäß § 29 Abs 1 Z 1 lit a KartG eine Geldbuße von EUR 6.000 verhängt.

B e g r ü n d u n g :

Vorbringen:

Die **Antragstellerin** beantragte die Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 Abs 1 Z 1 lit a KartG in angemessener Höhe. Zusammengefasst brachte sie vor, die Erstantragsgegnerin sei im Zeitraum von April 2019

bis Juni 2021 an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen beteiligt gewesen, indem sie im Vorfeld von zumindest fünf Auftragsvergaben für Studien Vereinbarungen mit der A* GmbH (im Folgenden „A* GmbH“) sowie – in vier Fällen von April 2019 bis April 2021 – mit B*C* („C*D*“) getroffen habe, um einen Wettbewerb zu verhindern. Die Ausgestaltung der Angebote sowie die jeweiligen Angebotspreise seien aufeinander abgestimmt worden, um den betroffenen Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes, nämlich jenes der A* GmbH, zu bewegen – so für den Auftrag des Bundesministeriums für öffentlichen Dienst und Sport (im Folgenden: „BMöDS“) zur Erstellung der Studie „Motivanalyse Bewegung und Sport“; für den Auftrag des Bundesministeriums für Kunst, Kultur, öffentlichen Dienst und Sport (im Folgenden: „BMKÖS“) zur Erstellung einer Studie mit dem Titel „Frauen im Vereinssport“; des Weiteren für den Auftrag des Berufsverbandes Österreichischer PsychologInnen (im Folgenden: „BÖP“) zur Erstellung einer Studie mit dem Titel „Mädchen und Gewalt“, wobei dieser Auftrag nicht vergeben worden sei; für die EVN AG zur Erstellung der Studie „Anbieterwechsel und Kundenbindung“ sowie für den Auftrag des BMKÖS zur Erstellung einer Studie mit den Titeln „Kinder und Jugendliche im Vereinssport“ bzw. „Rück- und Neugewinnung von Vereinsmitgliedern für Sportvereine“, wobei diese Studie letztlich auch nicht in Auftrag gegeben worden sei. Nach erfolgten Auftragsvergaben an die A* GmbH sei es in einigen Fällen dazu gekommen, dass die Erstantragsgegnerin und B* C* Teile des jeweiligen Auftrages als Subunternehmerinnen der A* GmbH ausgeführt hätten. Bei den vorliegenden horizontalen Verhaltensweisen handle es sich um ein fortgesetztes und einheitliches kartellrechtswidriges Verhalten, das als Kernbeschränkung zu qualifizieren sei. Durch die Vereinbarung über die Festsetzung von Angebotspreisen sei der Preiswettbewerb verringert bzw sogar ausgeschaltet worden, was potentiell zu einer Erhöhung der Preise für die Auftraggeber geführt habe. In der Regel seien die Erstantragsgegnerin und B* C* – Letztere meist über Erstere – durch wechselseitige Kontaktaufnahmen per E-Mail und/oder Telefon mit der A* GmbH übereingekommen, zu den genannten Auftragsstudien Deckangebote dergestalt abzugeben, dass die A* GmbH den Zuschlag erhalte. B* C* habe

für die Auftragsstudie des BMKÖS „Kinder und Jugendliche im Vereinssport“ bzw „Rück- und Neugewinnung von Vereinsmitgliedern für Sportvereine“ aber kein derartiges Angebot mehr gelegt.

In rechtlicher Hinsicht lägen kartellrechtswidrige Vereinbarungen zwischen der Erstantragsgegnerin, der A* GmbH und B* C* vor. Mit der Einladung der jeweiligen Auftraggeber an weitere potentielle Anbieter – so die Erstantragsgegnerin und B* C* – sei eine Wettbewerbssituation geschaffen worden. Die zwischen der Erstantragsgegnerin, B* C* und der A* GmbH getroffenen Vereinbarungen hätten bezweckt, diesen Wettbewerb zu verhindern. Mit der Abstimmung von Angeboten, insbesondere der Angebotspreise, im Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Vergabe von Studien/Meinungsumfragen hätten sie den Preiswettbewerb beschränkt bzw zur Gänze ausgeschaltet, zumal die Erstantragsgegnerin und B* C* auf eine autonome Preisfestsetzung verzichtet und Deckangebote vorgelegt hätten, die einen von der A* GmbH vorgegebenen oder mit dieser abgestimmten Preis beinhalteten. Ihre einzelnen Preisabstimmungsmaßnahmen seien nicht isoliert voneinander zu betrachten, sondern Teil einer Strategie, das Preisniveau für den jeweiligen Auftraggeber zu gestalten und diesen zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu bewegen. Folglich handle es sich dabei um eine einzige, fortgesetzte Zuwiderhandlung in Bezug auf das Anbieten von Studien. Bei der Bemessung einer Geldbuße seien unter Berücksichtigung der in § 30 KartG enthaltenen Kriterien die Schwere der Rechtsverletzung (Kernbeschränkung), die Dauer des Verstoßes von zwei Jahren, das schwere Verschulden aufgrund der aktiven Mitwirkung an der Zuwiderhandlung durch das Anwerben einer weiteren Teilnehmerin (B* C*), der wesentliche Beitrag zur Aufklärung der Rechtsverletzung sowie die derzeitige wirtschaftliche Situation (geringe Umsätze im Jahr 2022) zu berücksichtigen.

Der **Bundeskartellanwalt** schloss sich dem Antrag und dem Vorbringen der Antragstellerin an.

Die **Antragsgegnerinnen** bestritten das Tatsachenvorbringen der Antragstellerin nicht und stellten es außer Streit. Sie gaben ihre Umsätze für die Jahre der Zuwiderhandlungen bekannt und wiesen auf die

aktuell schlechte wirtschaftliche Situation ihrer Unternehmen aufgrund der Corona-Krise und der Medienberichterstattung über die ÖVP-Korruptionsaffäre hin. Darauf sowie auf die Kooperation der Geschäftsführerin der Antragsgegnerinnen, E* F*, möge bei der Bemessung der Geldbuße Rücksicht genommen werden.

Feststellungen:

Auf Grund der Urkunden Beilagen ./A bis ./L und ./1 sowie auf Grund der Außerstreitstellungen steht folgender **Sachverhalt** fest:

1. Antragsgegnerinnen

Für die Antragsgegnerinnen fungiert E* F*, jeweils als allein vertretungsberechtigte Geschäftsführerin. Die Erstantragsgegnerin ist im Geschäftszweig Markt- und Meinungsforschung tätig. Als ihre einzige Gesellschafterin fungiert die Zweitantragsgegnerin. E* F* ist wiederum die einzige Gesellschafterin der Zweitantragsgegnerin, welche im Geschäftszweig Immobilien tätig ist.

Die Gesamtumsätze der Erstantragsgegnerin betragen im Geschäftsjahr 2019 insgesamt EUR xxx (davon ca xx % im Bereich der Erstellung von Studien), im Geschäftsjahr 2020 insgesamt EUR xxx (davon ca xx % im Bereich der Erstellung von Studien) sowie im Geschäftsjahr 2021 insgesamt EUR xxx (davon ca. xx % im Bereich der Erstellung von Studien). Die Zweitantragsgegnerin hatte in den Geschäftsjahren 2019 und 2020 keine Umsätze und im Geschäftsjahr 2021 Gesamtumsätze von EUR xxx. Der Jahresumsatz der Erstantragsgegnerin für 2022 belief sich auf EUR xxx, jener der Zweitantragsgegnerin auf EUR xxx (Beilage ./1).

2. Ermittlungsverfahren

Auslöser der Ermittlungen war eine Eingabe der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption („WKStA“) vom 8.3.2022, in der der Antragstellerin gemäß § 10 Abs 1a WettbG mitgeteilt wurde, dass in der Strafsache gegen E* F* ua wegen § 168b Abs 1 StGB, mögliche Verstöße gegen das Kartellgesetz festgestellt worden waren, die auch die A* GmbH und B* C* betrafen.

Die A* GmbH hat ihren Sitz in Wien und ist im Geschäftszweig Markt-, Meinungs- und Motivforschung tätig. G* A* und H* I* waren als

allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer der A* GmbH tätig, dies bis zum Ausscheiden von G* A* im März 2022. Diese und H* I* sind je zur Hälfte Gesellschafter der A* GmbH.

B* C* betreibt mit Sitz in Wien ihr nicht im Firmenbuch eingetragenes Einzelunternehmen mit dem Firmenlaut „C*D*“, welches ua im Bereich der Marktforschung tätig ist.

Aus den Ermittlungsakten der WKStA geht hervor, dass die Erstantragsgegnerin, die A* GmbH und B* C* für die Vergabe von Aufträgen zur Erstellung von Studien bzw Meinungsumfragen ihre Angebote aufeinander abstimmten, um den betroffenen Auftraggeber zur Annahme des Angebotes der A* GmbH zu bewegen. Die Antragstellerin wertete diese horizontalen Verhaltensweisen als ein fortgesetztes und einheitliches kartellrechtswidriges Verhalten, das als Kernbeschränkung zu qualifizieren sei. Die Ergebnisse ihrer Ermittlungen brachte sie den Antragsgegnerinnen in einer Mitteilung gemäß § 13 Abs 2 WettbG zur Kenntnis. Sie machten diesbezüglich keine Einlassungen, gaben aber Auskünfte über die abgefragten Umsätze und ihre aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Beilagen ./A - ./C).

3. Zuwiderhandlungen

a) Studie „Motivanalyse Bewegung und Sport“ (Auftraggeber: BMöDS)

Personen aus der Sphäre des BMöDS waren daran interessiert, die A* GmbH mit der Erstellung einer Studie zum Thema „Motivanalyse Bewegung und Sport“ im Wege einer Direktvergabe gemäß § 46 BVergG 2018 zu beauftragen. Auf Grund einer Dienstanweisung wurden zwei Vergleichsangebote benötigt. Dies wurde G* A* mitgeteilt, die daraufhin E* F* mit E-Mail vom 7.4.2019 kontaktierte und darin ersuchte, ein Vergleichsangebot zu legen sowie einen weiteren Mitbewerber für ein Vergleichsangebot zu nennen. Diese teilte G* A* mit E-Mail vom 8.4.2019 B* C* („C*D*“) und eine weitere Person als mögliche Mitbewerberinnen mit. G* A* leitete daraufhin die Adressen der Erstantragsgegnerin und der „C*D*“ an das BMöDS weiter. Konkret hatte sie E* F* ersucht, ein alternatives Scheinangebot zu legen, damit ihr Angebot zum Zug käme. E* F* leitete eine entsprechende Vorgabe an B* C* weiter. Mit E-Mail vom 8.4.2019 hatte G* A* E* F* außerdem angewiesen, gegenüber dem

Auftraggeber keine Mitbewerberkontakte zu nennen, um diesem im Fall einer Nachfrage zu vermitteln, dass die Angebotspreise der drei eingeladenen Unternehmen im freien Wettbewerb zustande gekommen wären. Im Zuge ihrer Absprachen sicherte G* A* E* F* und über diese B* C* zu, als Subauftragnehmerinnen Leistungen für die dann an die A* GmbH vergebene(n) Auftragsstudie(n) zu erbringen.

Am 8.5.2019 lud das BMöDS die A* GmbH, die Erstantragsgegnerin und B* C* zur Angebotslegung für die Studie „Motivanalyse Bewegung und Sport“ ein. Ebenfalls am 8.5.2019 übermittelte G* A* per E-Mail Vorgaben an E* F* zu deren Angebot und ersuchte sie um Bekanntgabe der Preise, die sie als Subauftragnehmerin für ihre Leistungen in Rechnung zu stellen beabsichtigte. E* F* schickte ihr daraufhin ihren Vorschlag, worauf G* A* antwortete, dass sie mit dem Abschicken noch zuwarten soll. Sie bat sie erneut um „ihre Preise“ für dieses Projekt.

Noch am 8.5.2019 legte die Erstantragsgegnerin aber dem BMöDS ein Angebot mit einem Preis von EUR 49.990 (exkl USt) für 75 Tiefeninterviews. Am 10.5.2019 übermittelte die A* GmbH dem BMöDS ein Angebot für 80 Interviews zu einem Preis von EUR 55.000 (exkl USt).

Am 13.5.2019 erkundigte sich E* F* bei G* A* via WhatsApp, ob es in Ordnung sei, wenn B* C* acht Gruppendiskussion um ca EUR 60.000 anbiete. Schließlich unterbreitete B* C* dem BMöDS noch am 13.5.2019 ein Angebot zu einem Preis von EUR 58.000 (exkl USt).

Auf Grund von Regierungsumbildungen kam es zu Verzögerungen bei der Vergabe. Das BMöDS ersuchte die drei Unternehmerinnen erst wieder mit E-Mail vom 8.8.2019 um Bekanntgabe, ob die vorgelegten Angebote noch aufrecht seien. Die A* GmbH und die Erstantragsgegnerin stimmten ihre Angebote daraufhin dergestalt ab, dass die A* GmbH mit 11.8.2019 ein Angebot zu einem Preis von EUR 53.000 (exkl USt) und die Erstantragsgegnerin mit 13.8.2019 ein Angebot zu einem Preis von EUR 53.500 (exkl USt) legte. B* C* bestätigte am 12.8.2019 die Aufrechterhaltung ihres ursprünglichen Angebotes. Die preislichen Absprachen erfolgten mit dem Zweck, der A* GmbH zum Zuschlag zu verhelfen. Diese wurde in der Folge auch als Best- und Billigstbieterin

beauftragt und unterzeichnete am 27.9.2019 den Werkvertrag mit dem BMöDS (Beilagen ./D, ./F - ./L).

b) Studie „Frauen im Vereinssport“ (Auftraggeber: BMKÖS)

Für die Vergabe des Auftrags zur Studie „Frauen im Vereinssport“ musste das BMKÖS Alternativangebote einholen, auch wenn von Verantwortlichen des BMKÖS die Vergabe an die A* GmbH angepeilt wurde. Im Wissen um für das BMKÖS notwendige Alternativangebote forderte G* A* E* F* und diese wiederum B* C* auf, jeweils ein Scheinangebot zu legen, um Ersterer zum Zuschlag zu verhelfen. Im Vorfeld hatte das BMKÖS bereits mit E-Mail vom 8.6.2020 die A* GmbH, die Erstantragsgegnerin und B* C* zur Angebotslegung für die Studie eingeladen. Mit E-Mail vom 25.6.2020 machte G* A* sodann E* F* Vorgaben für deren Angebotslegung. Diese kommunizierte mit B* C* am 30.6.2020 via WhatsApp über deren Angebotsgestaltung. Am 2.7.2020 informierte E* F* G* A* per E-Mail über ihre geplante Angebotsabgabe an das BMKÖS. Diese bat E* F* daraufhin, ihr auch das Angebot selbst zu senden.

Aufgrund dieser Absprachen mit dem Zweck, der A* GmbH zum Zuschlag zu verhelfen, legte die A* GmbH mit 3.7.2020 ein Angebot zu einem Preis von EUR 63.890, die Erstantragsgegnerin mit 8.7.2020 ein Angebot zu EUR 73.890 und B* C* mit 3.7.2020 ein Angebot zu EUR 69.500 (jeweils exkl USt).

Das BMKÖS beauftragte daraufhin die A* GmbH mit der Studie; der Werkvertrag wurde am 27.8.2020 unterfertigt (Beilagen ./D - ./G, ./I, ./L).

c) Studie „Mädchen und Gewalt“ (Auftraggeber: BÖP)

Für die Vergabe des Auftrages zur Erstellung der Studie „Mädchen und Gewalt“ benötigte der BÖP Vergleichsangebote. Er wandte sich an die A* GmbH. G* A* wollte folglich mit E-Mail vom 21.7.2020 von E* F* wissen, ob sie ihre Kontaktdaten an den BÖP weitergeben könne, weil dieser ein Offert benötigen würde. Sie schlug als weiteren MitbewerberInnenkontakt B* C* vor. Nach Zusage von E* F* teilte G* A* dies am 21.7.2020 in einem weiteren E-Mail mit, dass, solange B* C* ein Angebot legte, dies in Ordnung sei, und E* F* mit ihrem Unternehmen am Projekt beteiligt sein würde. Wie das Scheinangebot der

Erstantragsgegnerin aussehen sollte, mailte G* A* E* F* am 24.7.2020 mit der Aufforderung, es in dieser Form am Montag zu versenden.

E* F* informierte B* C* darüber, dass sie eine Anfrage vom BÖP zur Angebotslegung bekommen würde. B* C* wollte „nichts Schriftliches“, was E* F* G* A* mitteilte. Diese schlug wiederum vor, dass E* F* ihr Angebot an B* C* zur Information schicken und die Änderungen telefonisch besprechen soll (E-Mails vom 24.7.2020). Am 27.7.2020 erkundigte sich E* F* bei G* A*, ob sie ihr Angebot nun abschicken könne und mit B* C* telefonieren soll. G* A* antwortete ihr sinngemäß, dass sie ihr Angebot schicken solle, aber nicht mit B* C* zu telefonieren brauche. In der Folge rief G* A* B* C* am 31.7.2020 persönlich an und bat sie, ein Scheinangebot an den BÖP zu schicken. Sie wies auf die Dringlichkeit der Sache hin und teilte ihr mit, wie ihr Angebot - auch preislich - aussehen soll. Nach diesen Vorgaben erstellte B* C* daraufhin ihr Angebot.

Aufgrund dieser Absprachen mit dem Zweck, der A* GmbH zum Zuschlag zu verhelfen, legte die Erstantragsgegnerin dem BÖP am 27.7.2020 ein Angebot zu einem Preis von EUR 58.900, die A* GmbH am 28.7.2020 ein Angebot zu einem Preis von EUR 55.900 und B* C* am 31.7.2020 ein Angebot zu einem Preis von EUR 57.900 (jeweils exklusive USt). Der Auftrag wurde in der Folge aber nicht vergeben (Beilagen ./D - ./I., ./L).

d) Studie „Anbieterwechsel und Kundenbindung“ (Auftraggeber: EVN AG)

G* A* hatte der EVN AG mit 22.10.2020 ein Angebot zur Erstellung einer Motivanalyse im Bereich Bonusprogramm und Wechselmotive gelegt. Eine Mitarbeiterin der EVN AG fragte am 8.3.2021 bei ihr nach, ob dieses Angebot zu einem Preis von EUR 32.500 exkl USt noch aufrecht sei, was G* A* ihr mit E-Mail vom 9.3.2021 bestätigte. Nach weiterer Rücksprache mit der A* GmbH lud die EVN AG B* C* und die Erstantragsgegnerin mit 26.3. bzw. 7.4.2021 ebenfalls zur Legung eines Angebotes ein, jeweils unter Unterfertigung einer Geheimhaltungsvereinbarung. Beide Unternehmerinnen stimmten daraufhin wieder mit der A* GmbH ihre Angebote und die anzubietenden Preise ab. E* F* legte das Angebot der Erstantragsgegnerin nach Vorgaben von G* A*. B* C* bat E* F* mit E-Mail vom 31.3.2021 um einen Input für ihr

Angebot an die EVN AG. Sie ersuchte um „Vorschläge und Kosten dazu“. E* F* antwortete ihr, sie soll G* A* persönlich anrufen. Sie erhielt daraufhin Informationen zur Legung ihres Scheinangebotes nach Vorgaben von G* A*.

Aufgrund dieser Absprachen mit dem Zweck, der A* GmbH zum Zuschlag zu verhelfen, legte B* C* der EVN AG am 2.4.2021 ein Angebot zu einem Preis von EUR 34.000 und die Erstantragsgegnerin am 13.4.2021 ein Angebot zu EUR 37.800 (jeweils exkl USt). Die A* GmbH teilte der EVN AG am 10.5.2021 mit, dass auf ihr Angebot ein Nachlass von 5 % gewährt werde, wodurch der Preis EUR 30.875,-- exkl USt betrage. Die EVN AG erteilte daraufhin der A* GmbH am 18.5.2021 den Auftrag. Diese ersuchte danach die Erstantragsgegnerin und B* C* mit E-Mail vom 11.6.2021 um Bekanntgabe von Preisen für die Erbringung von Teilleistungen des Auftrages (Beilagen ./D - ./I, ./L).

e) Studie „Kinder und Jugendliche im Vereinssport“ bzw „Rück- und Neugewinnung von Vereinsmitgliedern für Sportvereine“ (Auftraggeber: BMKÖS)

Für die Erteilung des Auftrages zur Erstellung dieser Studie benötigte das BMKÖS wieder Vergleichsangebote. Daher lud es die A* GmbH, die Erstantragsgegnerin und B* C* mit E-Mail vom 31.5.2021 zur Angebotslegung ein. G* A* übermittelte E* F* am 22.6.2021 die zu verwendenden Angebotspreise, nachdem diese der Erstgenannten mitgeteilt hatte, dass das Angebot in sechs Tagen zu übermitteln wäre. B* C* teilte G* A* hingegen am 24.6.2021 in einem Telefonat mit, dass sie an das BMKÖS kein Angebot mehr legen möchte. E* F* informierte sie ebenfalls darüber, keine Scheinangebote mehr zu legen. Sie wollte sich an den von der A* GmbH ausgehenden Preisabsprachen bei der Angebotslegung für Marktforschungsstudien und Meinungsumfragen nicht mehr beteiligen.

Am 25.6.2021 legte die Erstantragsgegnerin dem BMKÖS ein Angebot zu einem Preis von EUR 72.790 und die A* GmbH ein Angebot zu EUR 68.980 (jeweils exkl USt). Die preislichen Absprachen erfolgten wiederum mit dem Zweck, der A* GmbH zum Zuschlag zu verhelfen.

Nachdem in der Sphäre des Auftraggebers diskutiert worden war, dass für den Auftrag weitere interne Genehmigungen erforderlich gewesen wären und die Auftragsvergabe in Zusammenschau mit einem anderen

Projekt rechtlich als einziges Vorhaben zu werten sei, sodass ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen wäre, wurde die Studie letztlich nicht in Auftrag gegeben. Die A*GmbH teilte dem BMKÖS mit E-Mail vom 7.10.2021 mit, dass sie ihr Angebot aus Kapazitätsgründen zurückziehe. B* C* hatte von vornherein kein Angebot gelegt und dies dem BMKÖS gegenüber damit begründet, aus Kapazitätsgründen nicht mitbieten zu können (Beilagen ./D - ./I, ./L).

Beweiswürdigung:

Die Antragsgegnerinnen stellten den von der Antragstellerin vorgebrachten Sachverhalt außer Streit. Darüber hinaus wird er durch die jeweils in Klammer angeführten Urkunden untermauert. Die festgestellten inhaltlichen und preislichen Absprachen lassen sich auch einwandfrei den von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden entnehmen, die entsprechende E-Mail- und WhatsApp-Korrespondenzen zwischen den beteiligten Unternehmen und diesbezügliche Informationen in den Protokollen über die Vernehmung der Beteiligten - einerseits bei der WKStA, andererseits der Antragstellerin - enthalten.

Die Feststellungen zu den Umsätzen der Antragsgegnerinnen fußen ebenfalls zum Einen auf den wechselseitigen Außerstreitstellungen der Parteien, zum Anderen - was die Umsätze für das Jahr 2022 betrifft - auf den mit der Beilage ./1 vorgelegten Rechnungen.

Rechtliche Beurteilung:

1. Da es gegen die Richtigkeit der Außerstreitstellungen, die mit den vorgelegten Urkunden Beilagen ./A bis ./L bzw ./1 in Einklang stehen, keine Bedenken gibt, waren iSd § 33 Abs 1 AußStrG iVm § 38 KartG keine weiteren Erhebungen durchzuführen.

2. Nach § 1 Abs 1 KartG sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartellverbot).

Nach § 1 Abs 2 Z 1 KartG ist insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstigen Geschäftsbedingungen verboten.

Der Begriff „Vereinbarung“ wird weit ausgelegt: Eine Vereinbarung liegt bereits vor, wenn die Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten, mag die Willensübereinstimmung ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder formlos zustande gekommen sein (RS0124670). Voraussetzung und Kernelement für das Vorliegen einer Vereinbarung ist daher die Willensübereinstimmung der beteiligten Unternehmen über die Regelung ihres Marktverhaltens (6 Ob 105/19p).

Eine derartige Willensübereinstimmung der Erstantragsgegnerin mit ihren Mitbewerberinnen über die Regelung ihres Marktverhaltens ist dem festgestellten Sachverhalt eindeutig zu entnehmen. Sie beruhte darauf, durch inhaltliche und preisliche Abstimmung Deckangebote so zu legen, dass die A GmbH bei der Auftragsvergabe zum Zug komme. Fallweise würde diese im Gegenzug den anderen beiden Mitbewerberinnen Subaufträge zur Erbringung von Teilleistungen des eigentlichen Auftrages erteilen.*

Kernbeschränkungen des Wettbewerbs wie die vorliegenden Preisabsprachen sind grundsätzlich bezweckte Beschränkungen des Wettbewerbs; hier steht die Abschwächung des Wettbewerbs zwischen den Marktteilnehmern im Vordergrund. Auf weitere Umsetzungshandlungen und Marktauswirkungen kommt es bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr an (vgl 16 Ok 51/05 mwN). Auch ein Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern wird als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen (vgl EuGH C-8/08, T-Mobile Netherlands, Rz 43). Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gelten stets auch als spürbar, und zwar unabhängig vom Nachweis ihrer konkreten Auswirkungen (Hiersche/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 1 Rz 116).

Indem die Unternehmerinnen ihre Angebote inhaltlich und preislich abstimmten, um stets einer von ihnen – der A GmbH – zum Zuschlag zu verhelfen, haben sie den Preiswettbewerb beschränkt bzw zur Gänze ausgeschaltet. Die Erstantragsgegnerin und B* C* verzichteten auf eine autonome Preisfestsetzung, indem sie Deckangebote nach den inhaltlichen und preislichen Vorgaben der A* GmbH legten.*

Selbst bei einer Direktvergabe nach § 46 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber Vergleichsangebote oder unverbindliche

Preisauskünfte von einem oder mehreren Unternehmen einholen. Es besteht zwar keine Pflicht zum Wettbewerb (vgl Diem/Ziniel in Gölles, BVergG 2018 § 46 Rz 4 [Stand 1.10.2019 rdb.at]). Es ist aber bei der Direktvergabe grundsätzlich nicht unzulässig, einen Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen durchzuführen (vgl Heid/Preslmayr, Vergaberecht: Handbuch⁴ Rz 501). Nach der Legaldefinition der „Direktvergabe“ gemäß § 31 Abs 11 BVergG 2018 handelt es sich dabei weiterhin um ein - zwar formloses, jedoch Vorschriften unterliegendes - Vergabeverfahren (vgl Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 31 Rz 43 [Stand 1.10.2019, rdb.at]).

Auch wenn die - teilweise öffentlichen - Auftraggeber vorrangig die Erteilung des Auftrages an die A* GmbH im Auge hatten, entschieden sie sich dafür, Vergleichsangebote von zwei weiteren Unternehmen einzuholen. Damit schufen sie eine Wettbewerbssituation, die die Unternehmerinnen wiederum aufgrund der beschriebenen Absprachen ausschalteten. Ohne diese Absprachen wäre es nicht ausgeschlossen gewesen, dass andere Mitbewerber oder die Erstantragsgegnerin und B* C* selbst im freien Wettbewerb Angebote gelegt hätten, die dem jeweiligen Auftraggeber im Vergleich zu jenem der A* GmbH besser erschienen wären, sodass die Wahl allenfalls auf eines von diesen und nicht jenes der A* GmbH gefallen wäre. Schließlich hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 46 Abs 4 Satz 2 BVergG 2018 selbst bei der Direktvergabe ua die Preisangemessenheit zu dokumentieren. Bei Legung von gegenüber der A* GmbH preislich günstigeren Angeboten im freien Wettbewerb hätte es einer eingehenden Begründung bedurft, warum der Auftrag dennoch an die (dann) teurer bietende A* GmbH vergeben würde. Diese Eventualitäten zeigen, dass selbst bei einer Direktvergabe nach § 46 BVergG 2018 die Erzeugung einer Wettbewerbssituation möglich ist. Indem die hier involvierten Unternehmen aber vorab schon ihre Angebote - vor allem preislich - absprachen, verhinderten sie von vornherein einen Wettbewerb, weshalb ihre Handlungen unter das Kartellverbot nach § 1 Abs 1 KartG fallen.

Die einzelnen Preisabstimmungsmaßnahmen der involvierten Unternehmen sind nicht isoliert voneinander zu betrachten. Die oben im Einzelnen beschriebenen Zuwiderhandlungen beruhen auf einem über zwei Jahre hinweg geschaffenen Gesamtsystem mit dem Grundverständnis, sich bei der Erstellung von Marktstudien so zu unterstützen, dass

Deckangebote der Erstantragsgegnerin und von B* C* der A* GmbH zum Zuschlag verhelfen und die beiden erstgenannten Unternehmen sich fallweise durch Subaufträge an den an die A* GmbH vergebenen Aufträgen beteiligen. Die festgestellten Verhaltensweisen sind daher als eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung zu qualifizieren (16 Ok 5/08; RS0130390).

3. § 29 KartG stellt klar, dass Geldbußen nur bei Verschulden zu verhängen sind. Der Unternehmer muss den Tatbestand vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben. Das Kartellgesetz definiert nicht näher, was unter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen ist. Einschlägige Definitionen enthalten aber die strafrechtlichen Bestimmungen der §§ 5 f StGB und § 3 VbVG (16 Ok 2/11).

Gemäß § 3 Abs 1 VbVG ist ein Verband (eine juristische Person) unter den weiteren Voraussetzungen des Abs 2 oder des Abs 3 für eine Straftat verantwortlich, wenn 1. die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder 2. durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.

Die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 VbVG sind hier erfüllt, weil durch die festgestellten Verhaltensweisen Pflichten der Erstantragsgegnerin verletzt wurden.

Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist gemäß § 3 Abs 3 VbVG der Verband verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Entscheidungsträger iSd des VbVG ist nach dessen § 2 Abs 1 ua der Geschäftsführer des Verbandes.

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat E* F* als Geschäftsführerin der Antragsgegnerinnen Kartellrechtsverstöße verübt. Entsprechend ihren Angaben bei den Einvernahmen durch die WKStA und die Antragstellerin war ihr bewusst, dass es sich bei den Absprachen mit B* C* und der A* GmbH um kartellrechtswidrige, den freien Wettbewerb beschränkende Maßnahmen handelte. Ihr Verschulden ist daher zu bejahen.

4. Da die Zuwiderhandlungen weniger als fünf Jahre vor der Einbringung des Geldbußenantrages (§ 33 Abs 1 KartG) beendet waren, liegt auch kein Verjährungstatbestand vor. Ein Freistellungs- bzw. Rechtfertigungsgrund nach § 2 Abs 1 KartG wurde nicht behauptet und ist auch nicht erkennbar.

5. Zur Höhe der Geldbuße

Gemäß § 29 Abs 1 Z 1 lit a KartG ist bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 1 KartG eine Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes zu verhängen. Darunter ist der weltweite Umsatz des jeweils am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmens zu verstehen, wobei die Berechnungsbestimmung des § 22 KartG heranzuziehen ist.

Bei der Bemessung der Geldbuße ist gemäß § 30 Abs 1 KartG insbesondere auf die Schwere und die Art der Rechtsverletzung, auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung, auf den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen.

Ein Erschwerungsgrund ist es gemäß § 30 Abs 2 KartG insbesondere, wenn 1. das Kartellgericht gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung schon wegen einer gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung eine Geldbuße verhängt oder eine solche Zuwiderhandlung festgestellt hat oder 2. der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung als Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung oder an einer solchen Rechtsverletzung führend beteiligt war.

Ein Milderungsgrund ist es gemäß § 30 Abs 3 KartG insbesondere, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung 1. an einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung nur in untergeordneter Weise beteiligt war, 2. die Rechtsverletzung aus eigenem beendete hat, 3. wesentlich zur Aufklärung der Rechtsverletzung beigetragen hat oder 4. den aus der Rechtsverletzung entstandenen Schaden ganz oder teilweise gutgemacht hat.

Da die Zweitantragsgegnerin die einzige Gesellschafterin der Erstantragsgegnerin ist, ist von einer wirtschaftlichen Einheit von Mutter- und Tochtergesellschaft auszugehen und war über beide eine Geldbuße zu verhängen, für die sie zur ungeteilten Hand haften (vgl Koprivnikar/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 Rz 53).

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut war als Basis für die Ermittlung der Höhe der Geldbuße der Gesamtumsatz im letzten Jahr der Zuwiderhandlung - sohin jener des Jahres 2021 - heranzuziehen (vgl 16 Ok 4/09, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 2/22p [Rz 84]).

Als erschwerend war bei der Bemessung der Geldbuße zu berücksichtigen, dass der kartellrechtliche Verstoß Kernbeschränkungen betraf, zwei Jahre lang andauerte und die Erstantragsgegnerin eine weitere Teilnehmerin - B C* - für die Absprachen mit der A* GmbH anwarb. Mildernd wurde gewertet, dass E* F* einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Rechtsverletzungen leistete sowie dass die Erstantragsgegnerin ihrerseits von der A* GmbH zur Beteiligung an kartellrechtswidrigen Absprachen bestimmt wurde. Überdies war die aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerinnen mit Blick auf deren geringe Umsätze im Jahr 2022 zu berücksichtigen. Eine zu hohe Geldbuße wäre für diese nur schwer leistbar und bestandgefährdend.*

Davon ausgehend ist die Verhängung einer Geldbuße iHv EUR 6.000 auf Basis der Gesamtumsätze der Antragsgegnerinnen für das Jahr 2021 von EUR xxx angemessen und aus general- und spezialpräventiven Erwägungen nicht überhöht. Die Geldbußenobergrenze des § 29 KartG wird dabei auch nicht überschritten."

Ausdruck vom: 29.01.2024 15:42:21 MEZ