

Ärzte-GmbH

Gruppenpraxis – Ambulatorium
Steuerrechtliches

Schadenersatzhaftung des
Schuldhaft Irrenden

Prozessförderungspflicht und
Präklusion

GmbH & Co KG
Umgründung in GmbH

EuGH:
Nicht Alters-, doch Geschlechterdiskriminierung

Verbotsirrtum und
Kartellrecht

Sektorspezifische
Unternehmensentflechtung

Verbotsirrtum und Kartellrecht

Art 101 AEUV und § 1 KartG 2005 normieren ein umfassendes Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen und Verhaltensweisen („Kartellverbot“), die nur unter restriktiven Voraussetzungen (zB Gruppenfreistellungsverordnung, Einzelfreistellung nach ökonomischer Abwägung oder Bagatellfälle) zulässig sein können. Es stellt sich die Frage, ob ein Unternehmen – Geldbußen vermeidend – mit Rechtsirrtum argumentieren kann, wenn es sich im Zuge einer „Selbstveranlagung“ über die Anwendbarkeit eines Ausnahmetatbestandes irrt.

WALTER BRUGGER

A. Bestrafung nur bei Verschulden

Die Verbotsnormen des Kartellrechts sind strafbewehrt durch Geldbußenandrohung gegen die betei-

Hon.-Prof. RA Dr. *Walter Brugger* ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH, Wien, und an mehreren Kartellverfahren (auch am derzeit anhängigen SSK-Kartellverfahren, in dem die Frage des Verbotsirrtums eine wesentliche Rolle spielt) beteiligt.

lichten Unternehmen. Diese Normen haben strafrechtlichen Charakter.¹⁾ Daher gilt auch im Kartellrecht²⁾ der – dem Strafrecht generell immanente – Grundsatz *nulla poena sine culpa*, wie er auch in § 4 StGB verankert ist. Der Begriff des Verbotsirrtums ist zB in § 5 VStG, § 9 FinStrG, § 9 StGB abgehandelt. In § 30 KartG 2005 ist (lediglich) festgehalten, dass bei der Bemessung der Geldbuße ua auf den Grad des Verschuldens Bedacht zu nehmen ist.³⁾ Mangelt es am Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sa § 29 KartG, Art 23 VO 2003/1), scheidet eine Geldbuße aus.⁴⁾ Dies gilt gleichermaßen nach nationalem wie nach Unionskartellrecht.

B. Verbotsirrtum

Ein Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) kann nach der zivilrechtl Rsp auf zweifache Weise entstehen: Der Täter kann irrtümlich glauben, der von ihm verwirklichte Sachverhalt beinhalte generell keinen Verstoß gegen die Rechtsordnung (*direkter Verbotsirrtum*, Unkenntnis der Verbotsnorm); er kann aber auch die generelle Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkennen, dieses im konkreten Fall jedoch dennoch für erlaubt halten, weil er irrtümlich einen – freilich nicht existierenden – Rechtfertigungsgrund annimmt oder die Grenzen eines existierenden Rechtfertigungsgrundes verkennt (*indirekter Verbotsirrtum*, irrtümliche Annahme eines gesetzlichen Ausnahmetatbestands).⁵⁾

C. Verbotsirrtum kann Verschulden ausschließen

Ein – egal ob direkter oder indirekter – Verbotsirrtum schließt das Verschulden an der Tat aus, wenn der Irrtum nicht vorwerfbar ist. Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum sind (nur) dann nicht vorwerfbar, wenn die (richtige) Gesetzeslage trotz zumutbarer Aufmerksamkeit nicht erkennbar war.⁶⁾

1. Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums?

Aus § 2 ABGB ist nicht zu folgern, dass Gesetzesunkenntnis für sich allein schon ein Verschulden begründet.⁷⁾ Aber Gesetzeskenntnis ist beim Kartellverbot wohl anzunehmen, zumal nach hA ein strenger Maßstab anzuwenden ist,⁸⁾ weil jedermann verpflichtet ist, sich Kenntnis von den ihm nach seinem Lebenskreis betreffenden Gesetzesvorschriften zu verschaffen („*Berufspflicht*“).⁹⁾ Die Verletzung dieser Pflicht führt aber nur dann zum Verschuldensvorwurf, wenn mindestens leichte Fahrlässigkeit vorliegt, dh, dass bei Anwendung gehöriger Sorgfalt die Rechtskenntnis in zumutbarer Weise erlangt werden könnte.¹⁰⁾

Nur *positive Überzeugung von der Rechtmäßigkeit* bewirkt guten Glauben. Schädlich wäre hingegen, wenn der Normunterworfene *Zweifel* an der Rechtmäßigkeit hat und „dennoch“ handelt. Zweifel lösen vielmehr Prüfungs- und Erkundigungspflichten aus.¹¹⁾

2. Rechtsauskünfte

Bloße Vertretbarkeit einer Rechtsansicht bei zweifelhafter Rechtslage entschuldigt nicht.¹²⁾ Wenn der

Normunterworfene einen allfälligen Zweifel aber *eindeutig klärt*, etwa durch Einholung einer Rechtsauskunft (Behörde, Anwalt), wird der Zweifel beseitigt und es kann eine positive subjektive Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des Verhaltens resultieren.

Keine Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums, sondern dessen Entschuldbarkeit liegt nach hA vor „*nach erfolgter Einholung fachkundigen Rates bei einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle, die über den gesamten Sachverhalt informiert wurde, oder bei behördlicher Prüfung*“.¹³⁾ Um die Auskunftsperson als verlässlich anzusehen, muss sie zuständig, sachkundig und unvoreingenommen sein, keinerlei Eigeninteresse verfolgen und so die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftsperson bieten.¹⁴⁾ In unklaren Fällen ist ein Vertrauen auf eingeholte kompetente Auskunft schützenswert; der Normunterworfene muss mE nicht „grundsätzlich weiter zweifeln“.

Diese dargelegten Grundsätze gelten auch im Wettbewerbsrecht, wie die folgenden Fallbeispiele zeigen:

a) Behördliche Auskünfte

Vertrauen auf Rechtsauskünfte ist nach der Rsp schuldausschließend, wenn der Normunterworfene zB eine *behördliche* Rechtsmeinung (bei der zuständigen Behörde!) eingeholt hat.¹⁵⁾ IdS anerkannte auch – der im Übrigen restriktiv judizierende – EuGH einen entschuldigenden Rechtsirrtum bei (missverständlichen) Äußerungen der EK.¹⁶⁾

b) Anwaltliche Auskünfte

Bei Rechtsauskünften von *Rechtsanwälten* betont die strafrechtl Rsp, dass der den Sachverhalt prüfende An-

1) Dazu Nachw bei *Brugger*, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, OZK 2009, 172 (insb FN 7).

2) Für das Unionsrecht *Prießl/Spitzer* in *Groeben/Schwarze*, Komm⁶ Rn 48.

3) Näheres zu den Zumessungsgründen *Brugger*, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, OZK 2009, 172 (Teil 1) und 207 (Teil 2).

4) OGH als KOG 27. 2. 2006, 16 Ok 52/05 Pkt 1 (keine Geldbuße im Fall Anteilserwerb an *SBS Fahrzeuge* durch *Wiesenthal & Co AG*) m Hinw auf OGH als KOG 20. 12. 2004, 16 Ok 12/04, *Telekom Austria TikTak-Tarif*.

5) OGH 22. 6. 1994, 1 Ob 4/94 RIS-Justiz RS0089602. Ähnl *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht AT¹¹ Z 18 Rn 9 u 18.

6) OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 241/03 z RIS-Justiz RS0118363.

7) RIS-Justiz RS0008652.

8) ZB OGH 4. 9. 1997, 2 Ob 2289/96 y m Hinw auf *Bydlinski* in *Rummel*² § 2 ABGB Rz 2.

9) Dieser Begriff bei *Raum* in *Langen/Bunte*, Komm I¹⁰ § 81 Rz 50.

10) *Kramer*, Der Rechtsirrtum im ABGB, ÖJZ 1969, 511; *Bydlinski* in *Rummel*² § 2 ABGB Rz 4.

11) *Rengier*, Karlsruher Komm OWiG³ § 11 Rz 58 ff.

12) BGH 16. 12. 1986, KZR 36/85, WuW/E 2341 ff, 2345, Schadenersatz wg Missbrauchs der Marktbeherrschung durch *Taxizentrale Essen*.

13) *Höpfel*, WK² § 9 StGB Rn 14.

14) BGHSt 40, 257, 264 zit nach *Rengier*, Karlsruher Komm OWiG³ § 11 Rz 59.

15) ZB „Rechtsmeinung der in Gesundheitsfragen zust höchsten Verwaltungsbehörde“ im Fall OGH 10. 2. 2004, 4 Ob 19/04 d. Auch VwGH 14. 3. 2008, 2004/10/0181, betont das.

16) EuGH 16. 12. 1975, 40/73, *Suiker Unie*, Rn 555–556.

walt nicht unvollständig informiert werden darf,¹⁷⁾ der sodann tatsächlich durchgeführte Sachverhalt nicht vom geprüften Sachverhalt abweichen darf und die Auskunft nicht „gleichsam als Alibiaktion“ eingeholt wurde, es sich also nicht „bloß um ein abgekartetes Spiel“ zwischen dem Betroffenen und seinem Anwalt gehandelt hat.¹⁸⁾ Die zivilrechtl Rsp hat auch anerkannt, dass eine verfehlte Rechtsberatung nicht dem Mandanten (Mieter) als Verschulden zuzurechnen ist.¹⁹⁾

Die Einholung einer Auskunft bloß eines politischen Funktionärs hingegen reicht (mangels Kompetenz) nicht.²⁰⁾

Im Kartellrecht entschied das OLG Wien als KG, dass dem (österr) Unternehmen ein Verschulden des – betr das österr Kartellrecht falsch beratenden – (ausländischen!) Anwalts zugerechnet wird.²¹⁾ Ähnlich sah der EuGH keine Entschuldigung trotz „Äußerung eines Rechtsberaters“ bei einem eindeutigen Verstoß (vereinbartes Exportverbot).²²⁾ Sonst ist aber nach hA dem normunterworfenen Unternehmen auch im Kartellrecht dann kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, wenn es die Wettbewerbsrechtsfrage „fachlich kompetent erarbeiten und beurteilen“ ließ,²³⁾ etwa durch ausgewiesene Kartellrechtsspezialisten.²⁴⁾ Dann liegt – schuldaußschließende – „Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums“ aufgrund fehlerhafter Rechtsberatung vor,²⁵⁾ insb wenn zB eine renommierte Anwaltskanzlei eine fundierte Rechtsauskunft gibt, wonach eine Maßnahme oder ein Verhalten kartellrechtlich keine Probleme wecke. Dann ist kein Verschuldensvorwurf gegen das Unternehmen zu erheben.

IdS entschied auch das OLG Wien als KG im Fall *Kinopachtverträge*, dass *kein Verschulden* vorliegt, wenn ein Unternehmen *fachliche Beratung* zu den kartellrechtlichen Implikationen *eingeholt* und somit die gebotene zumutbare Sorgfalt beachtet hat; es wurde daher keine Geldbuße verhängt.²⁶⁾

c) Irreführende oder unklare Rechtslage

Wenn sich kartellrechtlich verpöntes Verhalten bspw auf ausdr *landesgesetzliche* (wiewohl EU-kartellrechtswidrige) Regelungen – wie im Fall *Rinderbesamung* – stützen kann, ist noch mehr als bei einer anwaltlichen Rechtsauskunft ein entschuldbarer Rechtsirrtum (nicht nur des Gesetzgebers, sondern auch) des Normunterworfenen anzunehmen (und die BWB hat erst gar keine Geldbuße beantragt).²⁷⁾

Zwar ist der kartellrechtliche Verbotstatbestand im Großen und Ganzen leicht verständlich und ein Zuwiderhandeln daher – nach der strengen Ansicht von EK und EuGH – idR vorwerfbar,²⁸⁾ doch kann im Detail die Rechtslage durchaus komplex sein (man denke an das *Legalausnahmesystem* samt „more economic approach“²⁹⁾ und dessen Unsicherheiten).³⁰⁾ Auch die EK hat (sogar bei Missbrauch marktbeherrschender Stellung) im Fall *Clearstream Banking*, bei dem das Unternehmen bei der „wettbewerbsrechtlichen Analyse (...) nicht auf frühere Fälle“ zur rechtlichen Klärung zurückgreifen konnte, von einer Geldbuße Abstand genommen.³¹⁾

Wenn zB inhaltlich ähnliche Absprachen ausdr als kartellrechtlich zulässig (genehmigt) erklärt worden

sind, kann das Vertrauen auf die Legalität eigenen Handelns angebracht sein, so dass dem Normunterworfenen *keine Verdachtsmomente* kommen müssen, sein Verhalten könnte eventuell rechtlich problematisch sein (so gab es bspw in manchen Branchen – bis in die jüngste Vergangenheit – europaweit zugelassene Wettbewerbsbeschränkungen,³²⁾ oder ein Unternehmen konnte berechtigterweise, und daher strafrei, im Fall *Ferriere San Carlo* auf die Legalität seines von der Behörde unbeanstandeten Verhaltens vertrauen).³³⁾

Im Fall *Far Eastern Freight Conference*³⁴⁾ waren die Wettbewerbsverstöße öffentlich (*nicht „geheim“*, wie bei Hardcore-Kartellen üblich, bis hin zur Verschleierung,³⁵⁾ was idR sowohl Vorsatz als auch Unrechtsbewusstsein belegt). Öffentliches Handeln indiziert

17) Vgl den finanzstrafrechtl Fall, in dem der Angekl die jur und steuerl Berater über die wahren Verhältnisse täuschte, OGH 19. 3. 2009, 13 Os 105/08 b.

18) OGH 15. 12. 1994, 15 Os 103/94.

19) OGH 13. 10. 2009, 5 Ob 29/09i; zuvor schon 1 Ob 531/91, 6 Ob 257/03 r unter Ablehnung von 5 Ob 528/93.

20) OGH 14. 7. 1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 (716 re Sp).

21) OLG Wien als KG 7. 6. 2005, 27 Kt 245/04, *Lenzing Lyocell-Geldbuße*.

22) EuGH 1. 2. 1978, 19/77, *Miller Int Schallplatten GmbH* Rz 18. Weitere Fälle *Dannecker/Biermann* in *Immengal/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁴ I/2 VO 2003/1 FN 397.

23) *Brugger*, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG, OZK 2009, 207 [213].

24) *Rengier*, Karlsruher Komm OWiG³ § 11 Rz 77; *Klusmann* in *Wiedemann*, Kartellrecht² Rz 60 mwN aus der dt Rsp; *Dannecker/Biermann* in *Immengal/Mestmäcker*, GWB⁴ Rz 89 mwN.

25) *Bechtold*, Kartellgesetz⁵ § 33 Rz 20; ebenso § 81 Rz 19. *Wiedemann* in FS Rainer Bechtold 6643; *Dreher/Thomas*, WuW 2004, 8, 12.

26) OLG Wien als KG 24. 11. 2008, 26 Kt 10/08 u 26 Kt 11/08 (rk), *Kinopachtverträge/Betriebsüberlassung als Zusammenschluss*, OZK 2009, 112 wörtlich: „(...) keinesfalls vorsätzlich, aber auch nicht fahrlässig begangen wurde, zumal die gebotene zumutbare Sorgfalt durch Einholung fachlicher Beratung jedenfalls beachtet wurde. Selbst wenn man Fahrlässigkeit verwirklicht sehen wollte, kann angesichts des Umstandes der Einholung entsprechender fachlicher Auskunft einerseits, dem Umstand, dass auch die (...) Wettbewerbsbehörde in vielfacher Weise die Rechtslage erkennt und als unklar beurteilt, von einer Strafwürdigkeit der Tat keine Rede sein (...).“

27) BWB 22. 2. 2008, www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2008/rinderbesamung_22022008.htm (Stand 23. 9. 2010).

28) Ausf *Dannecker/Biermann* (FN 22) Rn 185 – 193.

29) Dazu *Brugger*, Braucht Österreich eine Verordnung nach § 3 KartG? OZK 2009, 3 (5).

30) Darauf verweist auch *Zeder*, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477 (488) FN 77.

31) EK 2. 6. 2004, IP/04/705, *Clearstream Banking*.

32) ZB manche Freistellungen in der nun auslaufenden *Kfz-GVO* (2002/1400) oder gemeinsame Kostenberechnungen im *Versicherungssektor* (VO 2003/358, bis 31. 3. 2010 in Kraft). Weiters auch „Hardcore-Fälle“ wie Art 3 VO (EWG) 86/4056 (Preis- und sonstige Festlegungen im *Seeverkehr* für Kabotage- und Trampdienste durch „Linienkonferenzen“ bis 18. 10. 2008 in Kraft). Oder VO (EWG) 83/3568 über Absprache von *Beförderungsentgelten im Güterkraftverkehr* (bis 31. 12. 1989 in Kraft). Absprachen im *Seeverkehrsliniendienst* gem VO (EG) 2000/823 (in Kraft vom 26. 4. 2000 bis 25. 4. 2010). Die *Kabotage* wird weitgehend unterbunden gem VO (EWG) 93/3118.

33) EuGH 12. 11. 1987, 344/85, *Ferriere San Carlo*, Rn 13.

34) Diesen Hinweis verdanke ich RA Dr. *Dieter Thalhammer*.

35) ZB der Versuch, das wahre Ausmaß der Absprachen zu verschleiern; Vorkehrungen gegen das Anfertigen von Notizen usw im Fall EuG 14. 5. 1998, T-347/94, *Mayr-Melnhof*, Rn 257.

mangelndes Unrechtsbewusstsein; dieses indiziert guten Glauben an die Legalität eigenen Verhaltens; und dies *indiziert das Vorliegen eines* (die Schuld ausschließenden oder höchstens leicht fahrlässigen) *Verbotsirrtums*. Die EK verhängte Geldbußen „in symbolischer Höhe“ von je ECU 10.000.–.³⁶⁾ Das EuG aber erklärte die Geldbußenentscheidung der EK für nichtig, weil die Unternehmen aufgrund zahlreicher Umstände annehmen durften, dass die betreffende Vereinbarung rechtmäßig sei und es sich außerdem um eine langjährige und öffentliche Vereinbarung handelte.³⁷⁾

D. Fahrlässigkeit, Milderungsgründe

Während ein entschuldbarer Rechtsirrtum die Geldbuße ausschließt, muss ein noch nicht die Schuld ausschließender Rechtsirrtum mE (auch wenn § 34 StGB nicht analog anwendbar ist)³⁸⁾ als Milderungsgrund nach § 30 KartG gesehen werden.³⁹⁾

Da die Zumessungsgründe des § 30 KartG nicht taxativ sind,⁴⁰⁾ kann auch berücksichtigt werden, ob sich die kartellrechtliche Zuwiderhandlung auf eine ausdr *behördliche Genehmigung* – wie im Fall *Telekom Austria TikTak-Tarif*⁴¹⁾ – stützen kann. Die Rsp hat in diesem Fall immerhin einen Milderungsgrund anerkannt (lässt aber sonst zunehmend eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Zumessungskriterien selbst bei hohen Geldbußen vermissen).⁴²⁾ Der gute Glaube auf hoheitliche oder gesetzgeberische Akte war hier nicht gänzlich entschuldigend, weil die Genehmigung nicht kartellrechtliche Aspekte⁴³⁾ betroffen hatte (Gleiches gilt, wenn eine gerichtliche oder behördliche Genehmigung einen nicht vergleichbaren Sachverhalt betrifft).⁴⁴⁾

Wer bloß aufgrund eines Rechtsirrtums das Kartellrecht verletzt, wollte offensichtlich nicht rechtswidrig agieren; mangelnder Vorsatz sowie „Einsichtigkeit“ sind Milderungsgründe.

Ein Milderungsgrund liegt mE auch vor, wenn der Normunterworfenen sofort nach Erhalt einer weiteren (nämlich: abweichenden) Rechtsauskunft oder einer behördlichen Beanstandung, die eine kartellrechtliche Problematik (für ihn erstmals!) aufzeigt, die Zuwiderhandlung einstellt. Bei so einem Sachverhalt sind – im Unterschied zum üblichen, vorsätzlichen Hardcore-Kartell – Geldbußen oft unangemes-

sen; vielmehr kann die BWB nach Abstellung von einer Geldbuße absehen, wie in den Fällen *HKR*,⁴⁵⁾ *HGR*,⁴⁶⁾ *HOA*,⁴⁷⁾ *Honorarleitlinien der Ziviltechniker*⁴⁸⁾ und *Möbeltransportentgelte 2002*⁴⁹⁾ (alle diese waren keine „geheimen“ Kartellabsprachen und das Verhalten wurde nach Intervention der Kartellbehörde rasch eingestellt). Der BWB kommt bei Geldbußenanträgen nach Anhörung der Parteien⁵⁰⁾ – ähnlich wie der EK – ein Ermessensspielraum zu.⁵¹⁾

Bei geringem Verschulden und unbedeutenden Folgen kommt auch ein gerichtliches *Absehen von der Geldbuße* oder eine nur geringe – „symbolische“ – Geldbuße in Betracht, da es keine Strafuntergrenze mehr gibt.⁵²⁾

45) Die Honorar- und Kalkulationsrichtlinien (*HKR*) und das Kalkulationsprogramm „Jobman2“ der *Design Austria* wurden über Druck des BKAAnw und der BWB widerrufen. Geldbußen wurden nicht beantragt.

46) Dazu BWB: www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/widerruf_hgr.htm: „Die Kammer der Wirtschaftstreuhandler hat (...) die Honorargrundsätze für Wirtschaftstreuhandberufe (HGR) widerrufen (...). Die Kammer hatte sich (...) sehr kooperativ gezeigt und die HGR widerrufen, weshalb ein kartellgerichtliches Verfahren vermieden werden konnte.“

47) Über Druck von BKAAnw und BWB (Brief 31. 7. 2006) widerrief die *Kammer der Architekten* die Honorarordnung Architekten (HOA) per 31. 12. 2006; ein Geldbußenantrag unterblieb, obwohl alle Kriterien eines Kartells bzw eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung iSd Art 81 EG (nun Art 101 AEUV) erfüllt waren.

48) Mit Beschluss des Kammertages v 30. 10. 2006, mit Wirksamkeit 31. 12. 2006, wurde dem bereits seit 1. 1. 2006 gültigen KartG 2005 entsprochen. Dem gingen laut BWB ([s www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/architekten_honorarleitlinien.htm](http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/architekten_honorarleitlinien.htm)) langjährige – zum Teil schwierige – Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden und der Bundeskammer voraus.

49) *Möbeltransportentgelte 2002* des *Fachverbandes Spedition & Logistik*. Der Fachverband ersetzte die Empfehlung fester Preise durch eine Unterlage zur Kalkulation individueller Kosten. Hierauf zogen BWB und BKArtA ihre Anträge auf Widerruf zurück. Siehe www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2004/uve_moebeltransport_speditionen.htm

50) Dazu *Brugger*, Kein rechtliches Gehör vor einem Geldbußenantrag der BWB? *ecolex* 2008, 648.

51) Zum Ermessensspielraum vgl *Klees*, Das Instrument der Zusageentscheidung der Kommission und der Fall „E.ON“, *WuW* 2009, 374.

52) Vgl *A. Mair* in *Schick/Hilf*, Kartellstrafrecht (2007) 101 FN 24. Für die Zeit vor dem 1. 1. 2006 bedarf es einer Analogie zu § 42 StGB aF (nun § 191 StPO) und § 21 Abs 1 VStG; wenn nicht Präventionsgründe dagegen sprechen, wandte der OGH als KOG 27. 2. 2006, 16 Ok 52/05, § 42 StGB und § 21 Abs 1 VStG analog an; krit *Neumann*, Zur mangelnden Strafwürdigkeit bei der Verhängung von Geldbußen nach dem KartG, *ecolex* 2009, 416.

36) EK 21. 12. 1994, IV/33.218, *Far Eastern Freight Conference*, ABl L 1994/378, 17.

37) EuG 28. 2. 2002, T-86/95, *Linienkonferenzen*.

38) OGH als KOG 12. 9. 2007, 16 Ok 4/07, *Europay*, Pkt I.16.3 lehnt eine generelle Analogie zu allen Bestimmungen des § 34 StGB ab; § 30 KartG sei nicht ergänzungsbedürftig.

39) Zum nicht schuldausschließenden Rechtsirrtum vgl § 34 Abs 1 Z 12 StGB, dessen Wertungen allg Art – selbst ohne (!) Analogie (s FN 38) – im Rahmen des § 30 KartG zu berücksichtigen sind.

40) OGH als KOG RIS-Justiz RS0122743.

41) Siehe OGH als KOG 20. 12. 2004, 16 Ok 12/04, S 27 u 28, *Telekom Austria TikTak-Tarif* (Milderungsgrund; Geldbuße nur € 500.000.–). Dass die behördliche Duldung ein Milderungsgrund sein kann, sagt auch OLG Frankfurt WuW/E OLG 4484, 4488.

42) Krit dazu *Brugger*, Anmerkung zur Geldbußenentscheidung im Industriechemikalienkartell, *ecolex* 2009, 507 (508).

43) So auch *Raum* in *Langen/Bunte*, Komm I¹⁰ § 81 Rz 52.

44) OGH 1. 4. 2008, 11 Os 23/06, *Pyramidenspiel E*.

SCHLUSSSTRICH

Ein Verbotirrtum umfasst auch im Kartellrecht die Fälle des direkten Verbotirrtums (Unkenntnis der Verbotsnorm) und des indirekten Verbotirrtums (irrtümliche Annahme eines gesetzlichen Ausnahmetatbestands). Wenn der Rechtsirrtum – zB aufgrund eingeholter fundierter Rechtsauskünfte – nicht vorwerfbar ist, resultiert Schuldlosigkeit (und Straflosigkeit), sonst nur eine gegenüber Vorsatztaten gemilderte Strafbarkeit.