

Wien, am 10.01.2020

BWB-Thesepapier "Digitalisierung und Wettbewerbsrecht" aus November 2019

STELLUNGNAHME DER STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

Die Studienvereinigung Kartellrecht wurde von der BWB eingeladen, zum Thesepapier "Digitalisierung und Wettbewerbsrecht" aus November 2019 Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit nimmt die Studienvereinigung Kartellrecht gerne wahr:

An der Verfassung unserer Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht mitgewirkt: Astrid Ablasser-Neuhuber, Judith Feldner, Isabella Hartung, Miriam Imarhiagbe, Anna Wolf-Posch sowie Günter Bauer, Alexander Hiersche, Raoul Hoffer, Bernhard Kofler-Senoner, Heinrich Kühnert, Christoph Raab, Axel Reidlinger, Sven Siebert, Franz Stenitzer, Zakar Stepanyan, Dieter Thalhammer, Robert Wagner und Andreas Zellhofer.

Die Stellungnahme folgt im Aufbau dem BWB-Thesepapier:

1. Kartelle und Marktmachtmissbräuche
2. Fusionskontrolle
3. Lauterkeitsrecht
4. Verfahrensrecht
5. Internationale sowie interdisziplinäre Kooperation

1. Kartelle und Marktmachtmissbräuche

1.1. Einleitung

- (1) Wie das Thesepapier der BWB zutreffend ausführt, stellt das aufgrund der Digitalisierung veränderte Wirtschaftsumfeld auch den materiell-rechtlichen Rahmen des Kartellrechts vor neue Sachverhalte, Fragestellungen, und damit auch vor neue Herausforderungen. Neben den in der öffentlichen Diskussion sehr präsenten Themen wie Marktmacht und Marktmachtmissbrauch im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken und Plattformen, rücken dabei auch hoch entwickelte Technologien wie selbstlernende Algorithmen und Blockchains, aber auch generell der Einsatz von neuartiger Software in den Vordergrund.
- (2) Die Frage, die in diesem Zusammenhang auch im Thesepapier gestellt wird, ist, ob die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regeln im materiellen Bereich ausreichen, um den neuen Herausforderungen zu begegnen, oder ob Anpassungen erforderlich sind.
- (3) Die Studienvereinigung Kartellrecht ist der Meinung, dass diese Frage noch nicht abschließend beurteilt werden kann, sondern – ganz im Sinne des Thesepapiers – zunächst eine an Wissenschaft und Praxis orientierte Diskussion und Evaluierung anhand bereits bekannter und möglicher zukünftiger Sachverhalte und erster Anwendungsfälle geführt werden sollte. In diesem Sinne haben wir im Folgenden (nicht abschließend) Beispiele und Fragestellungen zu einigen von uns als relevant definierten Bereichen zusammengestellt. Den einzelnen Bereichen sind Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte zugeordnet, soweit diese dazu bereits existieren. Bei einigen Punkten haben wir uns auch am Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) in Deutschland orientiert, der aus unserer Sicht ebenfalls relevant für die Diskussion ist.

(4) Konkret ergeben sich in folgenden Bereichen neue Fragestellungen:

- **Kartellverbot**
 - Horizontale Absprachen: Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Einsatz neuartiger, insbesondere auf Preise oder auf andere Wettbewerbsparameter bezogener Software, va auch (aber nicht nur) unter Zuhilfenahme von Algorithmen; Zusammenarbeit von Unternehmen im Rahmen von Sharing oder/und Plattform-Economy
 - Vertikale Absprachen: neue Fragestellungen im Zusammenhang mit Online-Handel.

- **Marktmachtmissbrauch**
 - Neu-Definition von Märkten und Marktmacht
 - Neue Missbrauchstatbestände

- **Spezialtatbestände**
 - Plattformen und soziale Netzwerke sowohl im Bereich Kartellverbot als auch in der Missbrauchskontrolle

- **Blockchain**
 - Blockchain als Sonderthema ebenfalls sowohl im Bereich Kartellverbot als auch in der Missbrauchskontrolle

1.2. Kartellverbot

1.2.1. Horizontale Absprachen (Verhaltensabstimmung durch Algorithmen oder andere auf Wettbewerbsparameter bezogene Software)

- (5) Im Bereich von horizontalen Absprachen stellen sich neuartige Fragen, die sich im Zusammenhang mit den technischen Möglichkeiten (Stichwort: "computergestütztes Handelsumfeld") aufgrund fortschreitender Digitalisierung und va aufgrund des Einsatzes hochentwickelter Software ergeben. Neu ist dabei va, dass diese Software idR
- auf intelligenten Algorithmen aufbaut, die die Fähigkeit aufweisen, autonom zu lernen und (etwa anstelle von Führungskräften) Wettbewerbsparameter zu verändern,
 - große Datenmengen verarbeiten kann und
 - häufig zusätzlich auch über qualitativ hochwertige Daten verfügt (zB sekundenaktuelle Daten, geringe Fehleranfälligkeit, da Erfassung ebenfalls automatisiert und nicht mehr von Menschenhand erfolgt, etc),
 - letztendlich zu perfekter Preistransparenz und abgestimmten Anreizen führen kann,
 - Zusammenarbeit (etwa auch in der Sharing Economy) ohne analoge Kommunikation zwischen den Beteiligten ermöglichen kann
- (6) Im Zentrum neuer Fragestellungen stehen dabei das **Konzept der Vereinbarung** sowie die **Haftung für Sachverhalte und Zurechnung von Sachverhalten zu Schöpfer und Nutzer der Software**. In der Literatur haben sich dabei verschiedene Fallgruppen

in Bezug auf den Einsatz von solcher Software / Algorithmen herausgebildet, die unterschiedlichen Entwicklungsstadien im Hinblick auf deren technischen Fähigkeiten entsprechen: (i) *Messenger-Szenario*, (ii) *Hub-and-Spoke*, (iii) *Predictable Agents* und (iv) *Digital Eye*.¹

- Messenger-Szenario
- (7) In Bezug auf das *Messenger-Szenario* sehen wir derzeit jedenfalls keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf, da hier im Wesentlichen das kartellrechtlich sanktionierte Verhalten – nämlich die Absprache – vorab erfolgt und der Algorithmus lediglich das Instrument zur Umsetzung der Absprache darstellt.
- (8) Anwendungsbeispiele bilden etwa die Entscheidung der britischen Wettbewerbsbehörde, die die gemeinsame Verwendung einer Preisanpassungssoftware, die so konfiguriert war, dass ein gegenseitiges Unterbieten beim Online-Verkauf verhindert wurde, als Verstoß qualifiziert hat.² Ebenfalls aus Großbritannien stammt ein Fall, wonach zwei Energieversorger vereinbarten, die aktive Ansprache der Kunden des jeweils anderen zu vermeiden, indem sie einen gemeinsamen Algorithmus, der von einem Dritten als eine Art Kartellvermittler konzipiert wurde, nutzten.³ Und schließlich stellte die spanische Wettbewerbsbehörde fest, dass Tabakunternehmen (zusammen mit ihrem Großhändler) einen unrechtmäßigen Informationsaustausch betrieben, indem sie die Softwareplattform des Großhändlers nutzten, um sich gegenseitig die Verkaufszahlen zur Verfügung zu stellen, wodurch die strategische Unsicherheit auf dem Einzelhandelsmarkt verringert wurde.⁴
- Hub-and-Spoke
- (9) Bei *Hub-and-Spoke*-Konstellationen nutzen Wettbewerber ("spokes") dieselbe Plattform oder ein Softwareprogramm eines Anbieters ("hub"). Die Nutzung derselben Plattform kann infolge der erhöhten Transparenz bzw. Preisanpassung zu einer Verhaltensabstimmung führen.
- (10) Auf dieser Ebene sind bereits Fälle durch Wettbewerbsbehörden aufgegriffen worden, allen voran der Fall *Eturas*⁵ sowie der noch nicht entschiedene Fall im so genannten "*Partneo-Skanda*". Hier wären die weitere Entwicklung abzuwarten und bei Fortbestehen von offenen Themen grundsätzlich gesetzliche Klarstellungen zu befürworten.

¹ Siehe allgemein zu Kollusion durch Algorithmen: Bundeskartellamt/Autorité, Algorithms and Collusion (2019), sowie - ua zu Preisbeschränkungen in Kombination mit Software/Algorithmen zur Preisüberwachung: Europäische Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2018.

² CMA, *Online-Verkauf von Plakaten und Rahmen*, 12.08.2016, Rechtssache 50223, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>. Ein ähnlicher Fall brachte eine *strafrechtliche* Haftung nach dem US-Kartellrecht für die beteiligten Unternehmen und Führungskräfte mit sich: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> Press Release, U.S. Dept of Justice. Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution (Apr. 6, 2015), 2015), <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>, <https://www.justice.gov/opa/pr/online-retailer-pleads-guilty-fixing-prices-wall-posters>.

³ Ofgem, Entscheidung zur Verhängung von Geldstrafen gegen Economy Energy, E (Gas und Elektrizität) und *Dyball Associates*, 26.07.2019, <https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/decision-impose-financial-penalties-economy-energy-gas-and-electricity-and-dyball-associates-following-investigation-infringement-chapter-i-competition-act-1998>. Im vorliegenden Fall wurde die Zuwiderhandlung dadurch unterstützt, dass die Parteien wirtschaftlich sensible und strategische Informationen in Form von Einzelheiten über ihre derzeitigen Kunden austauschten. Ein Dritter, der nicht auf demselben Markt wie die Parteien tätig ist, trug durch sein eigenes Verhalten bei der Konzeption, Implementierung und Wartung von Softwaresystemen, die es ermöglichten, die Akquisition bestimmter Kunden zu blockieren und Kundenlisten gemeinsam zu nutzen, als Vermittler zur Aufteilung der Märkte und zur Zuteilung von Kunden zwischen den Parteien bei.

⁴ CNMC, Pressemitteilung (auf Spanisch), 12.04.2019, <https://www.cnmc.es/en/node/374435>. Die Zigarettenhersteller mussten Drittherstellern über die Software des Gesamtanbieters Zugriff auf die Verkaufszahlen ihrer Zigarettenmarken gewähren, sofern diese auf ihre eigenen Daten zugreifen konnten.

⁵ EuGH 21.01.2016 Rs C-74/14, *Eturas*.

- Predictable Agents

- (11) Deutlich mehr offene Fragestellungen ergeben sich im Zusammenhang mit den als *Predictable Agents* und *Digital Eye* bezeichneten Szenarien. In beiden Fällen kann es zu Marktergebnissen kommen, die bis dato bzw in der weitgehend analogen Welt häufig nur aufgrund einer abgestimmten Verhaltensweise erzielbar waren. Der Unterschied zu den bisherigen Sachverhalten besteht aber darin, dass dieses uU unerwünschte Marktergebnis ohne jede bisher als kartellrechtlich relevant qualifizierte "Fühlungnahme" – auch nicht über Dritte wie beim Hub-and-Spoke Szenario – erfolgt.
- (12) So können *Predictable Agents* im Ergebnis zu einer Preisangleichung führen, weil auch bei einem Einsatz selbstständig und unabhängig entwickelter Algorithmen – wenn diese flächendeckend eingesetzt werden – hohe Markttransparenz entsteht und zu stark abweichendes Verhalten (also bspw. Preiserhöhungen- oder Absenkungen) von anderen Algorithmen „sanktioniert“ werden könnte. Auch wenn der Algorithmus oder die Software bewusst eingesetzt wird, um Markttransparenz und Vorhersehbarkeit zu verbessern, handelt es sich dabei aber um bisher als einseitig qualifizierte Maßnahmen, die mangels direkter oder indirekter Kommunikation zwischen den Wettbewerbern nicht unter das Kartellverbot fallen. Bis dato gibt es hier unseres Wissens nach daher auch keinen Präzedenzfall, der darauf schließen lässt, dass ein solches Verhalten an sich rechtswidrig ist. Im Gegenteil ist klar, dass **Unternehmen "das Recht haben, sich intelligent an das bestehende oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber anzupassen"**.⁶

- Digital Eye

- (13) Die am schwierigsten zu fassende Kategorie ist schließlich die des *Digital Eye*. Mit diesem Begriff werden in der bisherigen Literatur selbstlernende Algorithmen bezeichnet, die eine optimale Strategie für das jeweilige Marktverhalten finden sollen, die eben auch darin bestehen kann, Preiserhöhungen am Markt zu fördern bzw ein gewisses Parallelverhalten aufrecht zu erhalten. Auch hier erfolgt (auch wenn sich ein unerwünschtes Marktergebnis einstellt) grundsätzlich keine Abstimmung der und kein Kontakt zwischen den die Algorithmen einsetzenden Unternehmen bzw ist das auch gar nicht intendiert oder erforderlich. ZT werden in der Literatur aber auch KI-gestützte selbstlernende Algorithmen, die von sich aus selbstständig miteinander kommunizieren und dadurch absprachen-ähnliche Ergebnisse erzielen, der Kategorie *Digital Eye* zugeordnet. Hier stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Vereinbarung im kartellrechtlichen Sinne vorliegt und wem diese zuzurechnen ist. Im Übrigen kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden.
- (14) **Grenzfälle** – im Hinblick auf die Notwendigkeit von Anpassungen des rechtlichen Rahmens – im Zusammenhang mit den dargestellten Szenarien sind hier aber uU Sachverhalte, in denen die Software mit der Absicht entwickelt wurde, Preissignale an Wettbewerber zu senden/empfangen oder wenn eine – an und für sich zulässige – stillschweigende Absprache ohne die Verwendung einer bestimmten Software / eines Algorithmus nicht ohne weiteres aufrechterhalten werden kann. Da aber auch hierfür zumindest tw bereits Konzepte vorliegen (zB Signalling), sollten hier jedenfalls konkrete Anwendungsfälle abgewartet werden, bevor Anpassungen des rechtlichen Rahmens überlegt werden – zumal gerade die Unterscheidung zwischen letztendlich einseitigem

⁶ EuGH 31.03.1993, verb Rs C-89/95 et al, *Ahlström*, Rn 71 (Parallele Verhaltensweisen können nicht als Beweis für eine Konzertation angesehen werden, es sei denn, die Abstimmung ist die einzige plausible Erklärung für ein solches Verhalten). Siehe auch Horizontalleitlinien, Rn 63 (macht ein Unternehmen eine einseitige Ankündigung, die auch wirklich öffentlich ist, zB in einer Zeitung, so stellt dies im Allgemeinen keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art 101 Abs 1 dar). Vgl auch Bundeskartellamt, Untersuchung des Kraftstoffsektors (2011), 10, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Fuel%20Sector%20Inquiry%20-%20Final%20Report.pdf?__blob=publicationFile=14 ("Bewusstes Parallelverhalten ist charakteristisch für ein Oligopol."), 21 ("Gegenseitige Preisüberwachung ohne Kommunikation ist wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.").

und damit wettbewerbsintensivem Handeln und verbotener Abstimmung eine Kernfrage des Kartellverbotes betrifft. Zudem ist darauf aufmerksam zu machen, dass gem Art 3 Abs 2 der VO 1/2003 im Kartellbereich auf nationaler Ebene keine strengeren Regelungen getroffen werden dürfen als auf europäischer Ebene, sofern das europäische Kartellrecht parallel zur Anwendung kommt – was bei Sachverhalten im digitalen Bereich häufig der Fall sein dürfte –, sodass die „Woodpulp“-Rechtsprechung des EuGH⁷ und die darin aufgestellten Kriterien zu öffentlichen Preisankündigungen zu berücksichtigen sind und hier die weitere Entwicklung auf europäischer Ebene abzuwarten ist.

1.2.2. Vertikale Absprachen (Spezialfragen im Onlinehandel)

- (15) Durch die Zunahme des elektronischen Handels sind Kunden nun in der Lage, mit wenigen "Klicks" das für sie vorteilhafteste Angebot zu erfragen. Damit stieg in den letzten Jahren die Preistransparenz und damit der Preiswettbewerb zwischen Händlern, jedoch auch deren Möglichkeiten, Produkte einem breiteren Publikum zur Verfügung zu stellen.
- (16) Um den Vertrieb ihrer Produkte trotzdem kontrollieren zu können, reagierten Hersteller oftmals mit Einschränkungen der Händler in der Nutzung elektronischer Vertriebswege. Dazu gehören Verbote der Nutzung von Drittplattformen⁸ und Preisvergleichsportalen,⁹ *resale price maintenance*,¹⁰ aber auch Meistbegünstigungsklauseln, die für nachgelagerte Unternehmen Anreize schaffen, einen bestimmten Vertriebskanal zu nutzen.¹¹
- (17) Da solche Einschränkungen im Vertrieb Wettbewerbsbeschränkungen darstellen können, befasste sich die Entscheidungspraxis der nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte in der jüngeren Vergangenheit bereits umfassend mit dem Onlinehandel. Hier gibt es schon eine Vielzahl von anhängigen Fällen bzw Entscheidungen oder Settlements. Relevante Fälle sind ua:
- **Drittplattformverbote**
 - C-230/16 – Coty (EuGH)
 - 18-D-23 – STIHL (Autorité de la Concurrence)
 - KVZ 41/17 – Asics (BGH)
 - 3 U 250/16 (OLG Hamburg)
 - **Verbot von Preisvergleichsportalen und der Verwendung von Markenzeichen**
 - KVZ 41/17 – Asics (BGH)
 - **Meistbegünstigungsklauseln (MFN)**
 - enge MFN: VI (Kart) 2/16 (V) - Booking.com (OLG Düsseldorf)
 - weite MFN - VI (Kart) 1/14 (V) HRS (OLG Düsseldorf)
 - Italien/Frankreich/Schweden: Verpflichtungszusagen Booking.com

⁷ EuGH 31.03.1993, verb Rs C-89/95 et al, *Ahlström*.

⁸ EuGH 06.12.2017, Rs C-230/16, *Coty*; Autorité de la Concurrence, 18-D-23 – *STIHL*; OLG Hamburg, 3 U 250/16.

⁹ BGH, KVZ 41/17 – *Asic*.

¹⁰ Europäische Kommission, Entscheidungen in den Fällen AT.40181 – *Philips*; AT.40183 – *Pioneer*; AT.40465 – *Asus*; AT.40469 – *Denon & Marantz*.

¹¹ Zur engen MFN: OLG Düsseldorf; VI (Kart) 2/16 (V) - *Booking.com*; zur weiten MFN: OLG Düsseldorf, VI (Kart) 1/14 (V) *HRS*.

- **RPM im Onlinehandel**

- AT.40181 Philips (Europäische Kommission)
- AT.40183 Pioneer (Europäische Kommission)
- AT.40465 Asus (Europäische Kommission)
- AT.40469 Denon & Marantz (Europäische Kommission)

- (18) Die kartellrechtliche Relevanz zeigte sich zudem an der umfassenden Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel der Europäischen Kommission.¹²
- (19) Aufgrund der in diesem Bereich bereits bestehenden Praxis der Wettbewerbsbehörden bzw. Judikatur erscheint hier eine spezifische kartellrechtliche Regelung aus derzeitiger Sicht nicht notwendig (zu dem Spezialthema der Onlineplattformen su).
- (20) Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht daher aus heutiger Sicht keinen Bedarf an zusätzlichen regulatorischen Maßnahmen in diesem Gebiet.

1.3. Marktmachtmissbrauch

1.3.1. Marktdefinition und Marktbeherrschung

- (21) Die BWB weist in ihrem Thesenpapier darauf hin, dass § 4 Abs 1 Z 2 KartG bei der Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung einen breiten Beurteilungsspielraum lässt und die Berücksichtigung von Faktoren ermöglicht, welche für die Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen in der Digitalwirtschaft besonders relevant sein können. Das seien Faktoren wie beispielsweise Netzwerkeffekte, Wechselbarrieren, Zugang zu Nutzerdaten, usw. Die Studienvereinigung Kartellrecht teilt diese Einschätzung grundsätzlich.
- (22) Sowohl die Europäische Kommission als auch nationale Wettbewerbsbehörden haben in den letzten Jahren verstärkt Verhaltensweisen großer Technologie- und Internetunternehmen auf der Grundlage des Missbrauchsverbots des Artikel 102 AEUV und der entsprechenden nationalen Parallelbestimmungen untersucht. In mehreren Fällen haben sie solche Verhaltensweisen auch sanktioniert und/oder eine Änderung dieser Verhaltensweisen erwirkt.¹³ Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht hat sich das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung in diesen Fällen bisher als hinreichend flexibel und offen für neue digitale Sachverhalte erwiesen.
- (23) Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis beispielsweise entschieden, dass auch die Erbringung unentgeltlicher Leistungen – ein in der Digitalwirtschaft insbesondere im Bereich von Plattformen verstärkt anzutreffendes Geschäftsmodell – einen Markt darstellen oder Teil eines Marktes sein kann und Unternehmen im Bereich der Erbringung unentgeltlicher Leistungen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen können.¹⁴ Ebenso hat die Europäische Kommission auf der Grundlage der aktuel-

¹² Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel (10.5.2017) COM(2017) 229 final.

¹³ Vgl. zB Europäische Kommission, Presseaussendung zum Beschluss vom 20.3.2019, Fall AT.40411 – *Google Search (AdSense)*; Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*; Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; Europäische Kommission, Beschluss vom 4.5.2017, Fall AT.40153 – *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

¹⁴ Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*; Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; vgl. auch die diesbezügliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission im Bereich der Fusionskontrolle wie zB Europäische Kommission, Beschluss vom 6.12.2016,

len Rechtslage direkte und indirekte Netzwerkeffekte und damit verbundene Größenvorteile, das Nutzungsverhalten der Kunden (zB Multi-Homing oder Single-Homing), Wechselkosten und den Zugang zu Daten berücksichtigt, wenn sie die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen untersucht hat. Diese Aspekte waren beispielsweise in den Verfahren *Google Android*,¹⁵ *Google Search (Shopping)*¹⁶ und *Amazon (E-Book MFNs)*¹⁷ relevant.

- (24) Die Studienvereinigung Kartellrecht ist daher der Auffassung, dass die aktuellen Regelungen über die Marktbeherrschung in § 4 KartG grundsätzlich "digitalisierungstauglich" sind und derzeit keiner Ergänzung bedürfen. Auch eine an § 18 Abs 3a GWB angelehnte Bestimmung, die beispielhaft Kriterien aufzählt, welche bei der Beurteilung von Marktbeherrschung bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken zu berücksichtigen sind, ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im Lichte der bestehenden Fallpraxis nicht notwendig. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich dafür aus, die weiteren Entwicklungen auf der Ebene der Europäischen Kommission und anderer Mitgliedstaaten in diesem Bereich abzuwarten, unter anderem die – öffentlich zugänglichen Informationen¹⁸ folgend – geplante Überarbeitung der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes aus dem Jahr 1997.¹⁹

1.3.2. Neue Missbrauchstatbestände

- (25) Wie die BWB zu Recht festhält, ist die Generalklausel des § 5 KartG (ebenso wie jene des Artikel 102 AEUV) offen formuliert und verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unabhängig davon, ob dieser in der analogen oder digitalen Welt stattfindet. Die Aufzählungen der Beispielstatbestände in § 5 KartG und Artikel 102 AEUV sind außerdem nicht abschließend. § 5 KartG ist daher grundsätzlich geeignet, auch neue digitale Sachverhalte zu erfassen.
- (26) Die Europäische Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden haben in den letzten Jahren Verhaltensweisen marktmächtiger Technologie- und Internetunternehmen auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage verstärkt geprüft. Bei der Betrachtung dieser Fälle zeigt sich nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht, dass sich viele der untersuchten Verhaltensweisen ohne allzu große Schwierigkeiten Fallgruppen zuordnen lassen, die aus der Entscheidungspraxis der Behörden zu analogen Sachverhalten bekannt sind:
- So handelt es sich etwa bei den Verhaltensweisen, die Gegenstand der Untersuchung der Europäischen Kommission im Verfahren *Google Android*²⁰ waren, im Wesentlichen um Koppelungsgeschäfte und Anreize für eine Exklusivität (konkret in Form der exklusiven Vorinstallation der Google-Suche durch Hersteller von Mobilgeräten).
 - Die Untersuchung der Europäischen Kommission im Verfahren *Google Search (AdSense)*²¹ betraf im Kern ebenfalls eine Ausschließlichkeitsbindung.

Fall COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*; Europäische Kommission, Beschluss vom 3.10.2014, Fall COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*; Europäische Kommission, Beschluss vom 7.10.2011, Fall COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype* (bestätigt durch EuG, Urteil vom 11.12.2013, Rs T-79/12 *Cisco Systems and Messenger/Kommission*).

¹⁵ Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*.

¹⁶ Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

¹⁷ Europäische Kommission, Beschluss vom 4.5.2017, Fall AT.40153 – *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

¹⁸ Competition Policy International, EU: "Vestager says they will update competition rules in light of increasing digitalization", abrufbar unter <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-vestager-says-they-will-update-competition-rules-in-light-of-increasing-digitalization/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2020).

¹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372/5.

²⁰ Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*.

²¹ Europäische Kommission, Presseausendung zum Beschluss vom 20.3.2019, Fall AT.40411 – *Google Search (AdSense)*.

- Die Entscheidung des Bundeskartellamts in der Sache *Facebook*²² und die gemeinsamen Untersuchungen der BWB und des Bundeskartellamts betreffend Geschäftspraktiken von Amazon²³ betrafen (mutmaßliche) Konditionenmissbräuche (vgl dazu auch Abschnitt 1.4 unten).
- Die französische Autorité de la Concurrence ist in einem Verfahren gegen *Google* zu der Auffassung gelangt, dass Googles Geschäftsbedingungen im Bereich Onlinewerbung und Suchresultate intransparent und diskriminierend gewesen seien.²⁴ Auch dieses Verfahren betraf somit einen Konditionen- bzw Diskriminierungsmissbrauch, wie er auch aus analogen Sachverhalten bekannt ist.
- Auch die Themen der Verweigerung des Zugangs zu Daten oder der Bereitstellung von Interoperabilitätsinformationen, die im Rahmen der Digitalisierung verstärkt diskutiert werden und Gegenstand laufender Verfahren sind,²⁵ sind als solche nicht neu.²⁶

(27) Dennoch können bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit von Verhaltensweisen in der Digitalwirtschaft auch neue Themen und Fragestellungen relevant werden, welche bei der Beurteilung analoger Sachverhalte bisher keine oder nur eine untergeordnete Rolle gespielt haben und deren Beantwortung durch die bestehende Fallpraxis noch nicht genau vorgezeichnet ist. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist jedoch der Auffassung, dass sich daraus zumindest derzeit kein Bedarf für eine Änderung oder Ergänzung des ohnehin offen und flexibel formulierten § 5 KartG ergibt. Vielmehr sollte die weitere Entwicklung der Entscheidungspraxis insbesondere der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des EuGH abgewartet werden.

1.4. Spezialtatbestände für Plattformen und Soziale Netzwerke

- (28) Auch Betreiber von Onlineplattformen und sozialen Netzwerken stehen in letzter Zeit stärker im Fokus der Wettbewerbsbehörden. Dabei stellen sich neben Fragen der Definition von mehrseitigen Märkten vor allem Probleme der Selbstbevorzugung bzw der Anwendung von eventuell missbräuchlichen Konditionen.
- (29) Fälle wie *Google Shopping*²⁷ (Europäische Kommission) oder *Streetmap/Google*²⁸ (britische Wettbewerbsbehörde) zeigen, dass insbesondere bei Plattformen mit Doppelfunktion eine Selbstbegünstigung (*self preferencing*) bzw eine Schlechterstellung von Wettbewerbern möglich ist. Zu erwähnen sind hier auch die Fragestellungen, die derzeit die Europäische Kommission hinsichtlich *Amazon* untersucht.
- (30) Der Betreiber der Plattform ist in seiner Doppelfunktion nicht nur als Anbieter eines Vertriebskanals zwischen Unternehmen verschiedener Vertriebsstufen oder zwischen Unternehmer und Endkonsumenten tätig. Er tritt daneben mitunter auch als anbietendes Unternehmen auf seiner eigenen Plattform auf. Lässt ein marktbeherrschendes

²² Bundeskartellamt, Beschluss vom 6.2.2019, Fall B6-22/16 – *Facebook*.

²³ Vgl die Presseaussendung und den Fallbericht der BWB vom 17.7.2019.

²⁴ Autorité de la Concurrence, Presseaussendung zum Beschluss vom 19.12.2019, Fall 19-D-26, *Google*.

²⁵ Öffentlich zugänglichen Informationen folgend untersucht die Europäische Kommission derzeit Verhaltensweisen von Apple betreffend Apples Bezahlendienst Apple Pay (vgl Financial Times, EU sets sights on Apple Pay over antitrust concerns, 16.10.2019, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/e65c9a76-f039-11e9-bfa4-b25f11f42901> (zuletzt abgerufen am 5.1.2020)). Dabei geht es insbesondere um Apples behauptete Weigerung, alternativen Anbietern von Payment-Diensten Zugang zur NFC (*near field communication*)-Schnittstelle von Apples iPhone zu gewähren. Auch in dem Verfahren der Europäischen Kommission gegen Broadcom untersucht die Behörde neben Ausschließlichkeitsbindungen und Produktbündelungen auch eine mögliche vorsätzliche Verschlechterung der Interoperabilität zwischen Broadcom- und anderen Produkten (vgl Europäische Kommission, Presseaussendung vom 26.6.2019, Fall AT.40608 – *Broadcom*).

²⁶ Zum Thema des Zugangs zu Daten, vgl zB Autorité de la Concurrence, Entscheidung vom 8.7.2014, Fall 14-D-06, *Cegedim*; Autorité de la Concurrence, Entscheidung vom 9.9.2014, Fall 14-MC-02, *GDF*. Zum Thema der Bereitstellung von Interoperabilitätsinformationen, vgl zB EuG 17.9.2007, Rs T-201/04, *Microsoft/Kommission*.

²⁷ EuG Rs T-612/17, *Google Shopping*.

²⁸ High Court of Justice UK, EWHC 253 (Ch) *Streetmap/Google*.

Unternehmen dabei für seine eigenen Produkte und Leistungen bessere Konditionen gelten, sind Wettbewerbsbeschränkungen nicht ausgeschlossen.

- (31) *Self preferencing* ist jedoch nicht allein ein Problem von Onlineplattformen. Auch bei vertikal integrierten Unternehmen außerhalb der "Digital Economy" stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Selbstbegünstigung. Hier gibt es bereits entsprechende Judikatur und Literaturmeinungen (siehe zB klassische Fälle des Margin Squeeze). Fraglich ist daher, ob die Digital Economy einen Sonderfall darstellt, der tatsächlich nicht mit den herkömmlichen Instrumentarien des österreichischen und des EU-Kartellrechts (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) gelöst werden kann. Hier wird sich auch die rechtspolitische Frage stellen, ob bzw unter welchen Umständen jegliche Selbstbevorzugung eines marktbeherrschenden Unternehmens per se als kartellrechtswidrig anzusehen ist.
- (32) Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang allerdings auch andere kartellrechtliche Probleme, die sich im Zusammenhang mit marktmächtigen Online-Plattformen stellen können. Dabei ist insbesondere die Verwendung unüblicher bzw eventuell missbräuchlicher Konditionen in den von diesen abgeschlossenen Händlerverträgen ein gerade in letzter Zeit öfters aufgebrachter Aspekt. Ein prominentes Beispiel für solche Vorwürfe sind die im Jahre 2019 durch Settlements mit der BWB und dem Bundeskartellamt abgeschlossenen Fälle betreffend *Amazon*. Hier kann aber gerade die schnelle Beilegung dieser Verfahren zumindest als ein Indiz dafür gesehen werden, dass die herkömmlichen Instrumentarien des Kartellrechts für derartige Fallkonstellationen durchaus angemessen und ausreichend sind.
- (33) Eine andere Thematik stellt sich mitunter im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken, wie sich das an dem deutschen *Facebook-Fall* zeigt. Dabei geht es um die Thematik, inwiefern auch ein Rechtsverstoß gegen andere als kartellrechtliche Normen (in diesem Fall: spezifischer datenschutzrechtlicher Bestimmungen) durch ein marktbeherrschendes soziales Netzwerk, diesem als Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen werden kann. Auch dabei geht es somit im Grunde darum, ob die derzeitige Rechtslage eine solche Anwendung des Kartellrechts stützt. Sollte das nicht der Fall sein, würde sich ebenfalls die rechtspolitische Frage stellen, ob die Digital Economy generell oder im Bereich der sozialen Netzwerke im Besonderen, strengeren kartellrechtlichen Standards unterliegen soll oder nicht.
- (34) Zu all diesen (oben erwähnten) Fallkonstellationen ist somit anzumerken, dass sich die Rechtsprechung/Entscheidungspraxis der nationalen²⁹ wie auch der EU-Instanzen³⁰ auf Basis der bisherigen Rechtslage gerade erst entwickelt. Die genannten Thematiken sind jeweils durch Wettbewerbsbehörden entweder auf nationaler oder auf EU-Ebene auf Basis der herkömmlichen kartellrechtlichen Regelungen aufgegriffen worden. Zumal aus rechtspolitischer Sicht auch dem Argument Rechnung zu tragen ist, dass eine allzu strenge Regulierung Innovation untunlich behindern kann, wäre hier derzeit eine neuartige, zusätzliche kartellrechtliche Regelung aus unserer Sicht noch nicht angebracht. Dies auch unter dem Aspekt, dass eine solche uU auch verfassungsrechtliche Fragestellungen aufwerfen könnte, insbesondere im Hinblick auf die Gleichbehandlung. Vielmehr wäre es wichtig, abzuwarten, wie in den anhängigen Fällen die ersten höchstgerichtlichen nationalen Entscheidungen und jene auf EU-Ebene (die wohl schlussendlich der EuGH treffen wird) ausfallen.
- (35) Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht daher derzeit noch keinen Handlungsbedarf, speziell für den Anwendungsbereich der Online-Plattformen und sozialen Netzwerke neue nationale kartellrechtliche Regelungen zu schaffen.

²⁹ ZB bei *Facebook* oder *Amazon*.

³⁰ ZB im Fall *Facebook*, *Google Shopping* oder *Amazon* (letzteres bzgl der Vorwürfe, die derzeit von der Europäischen Kommission untersucht werden).

1.5. Blockchain

- (36) Bei der Blockchain-Technologie handelt es sich um eine sehr junge Technologie. Dies zeigt sich auch daran, dass nach unserem Kenntnisstand bislang weder in Europa noch international Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden oder Gerichten dazu ergangen sind. Mit dieser Technologie sind jedenfalls in der Theorie verschiedenste neue materiell-rechtliche Fragen verbunden, aber auch Fragen der Kartellrechtsdurchsetzung. Aus kartellrechtlicher Perspektive und im Hinblick auf gesetzliche Maßnahmen dürften dabei weniger öffentliche Blockchains – hier ist der bekannteste Vertreter wohl die Bitcoin-Blockchain –, die für jeden zugänglich sind und auf denen die abgewickelten Transaktionen/Aktivitäten für die Öffentlichkeit sichtbar sind, interessant sein, sondern vielmehr "private" Blockchains.
- (37) Unter privaten Blockchains werden Blockchains verstanden, denen keine *open source*-Software zugrunde liegt und bei denen der Zugang für Dritte von den Entwicklern/Unternehmen beschränkt ist. Zahlreiche große Unternehmen haben bereits angekündigt, alleine oder gemeinsam mit anderen Unternehmen private Blockchains aufzusetzen. Im Zuge dieser Zusammenarbeit kann es auf der Ebene des Kartellverbots zu einem unzulässigen Informationsaustausch bzw auch zu Abstimmungen kommen. Ob hier gesetzliche Klarstellungen notwendig sind ist uE allerdings noch nicht absehbar.
- (38) Denkbar ist auch, dass Blockchains bzw die dahinterstehenden Unternehmen bei entsprechender Marktmacht auch der Missbrauchskontrolle unterworfen sind. Hier wird sich ebenfalls erst herausstellen, inwieweit – wie schon bei Plattformen und sozialen Netzwerken – die bestehenden Kriterien bei der Feststellung der Marktmacht ausreichen oder ob hier neue Kriterien geschaffen werden müssten.
- (39) Generell stellen sich jedenfalls Fragen der Haftungszurechnung, hier insbesondere bei öffentlichen Blockchains: wer ist Adressat einer kartellbehördlichen Entscheidung? Fragen der Interoperabilität und des Zugangs zur Blockchain (Stichwort *essential facilities doctrine*) können ebenfalls virulent werden. Derzeit ergeben sich aber noch keine Anhaltspunkte, dass diese Themen nicht mit den gegenwärtigen Instrumentarien gelöst werden können.
- (40) Schließlich ist davon auszugehen, dass nicht nur Blockchains, sondern auch Applikationen, die auf Blockchains aufgesetzt werden – wie bspw Smart Contracts – Gegenstand von kartellrechtlichen Beurteilungen werden. Es sind Szenarien denkbar, in denen auch Smart Contracts marktbeherrschungsähnliche Stellungen erlangen können und damit selbst der Missbrauchskontrolle unterliegen, bspw im Hinblick auf *predatory pricing* oder Kontrahierungszwang. Auch könnten Smart Contracts unter Einsatz von Algorithmen und Verwertung der über die Blockchain gespielten Daten Verhalten der Vertragsnutzer abstimmen oder zumindest angleichen. Im Hinblick auf die oben dargestellten Herausforderungen im Zusammenhang mit Algorithmen sollten daher Überlegungen auch zu Blockchain und Smart Contracts berücksichtigt werden. Wie oben schon angemerkt, sind uE aber hier Anwendungsfälle abzuwarten, bevor an gesetzliche Änderungen oder Klarstellungen gedacht werden kann.
- (41) Fragen im Zusammenhang mit Blockchains ergeben sich schließlich auch im Bereich der Kartellrechtsdurchsetzung. Im Sinne einer Bestandsaufnahme können zusätzlich zu den oben erwähnten Punkten (zB Haftungszurechnung) beispielhaft noch
- die Frage einer Verpflichtung zur Gewährung von direktem Zugriff auf die jeweilige Blockchain etwa in Kronzeugen- und Zusammenschlussverfahren,

- Fragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit von Konsortien im Rahmen von Blockchain-Projekten oder auch
 - neue Themen im Zusammenhang mit Marktmacht, etwa im Bereich von Hashing-Power (Rechenleistung -> Miner oder Mining Pools)
- genannt werden.

2. Fusionskontrolle

2.1. Aufgriffsschwellen

- (42) Im Thesenpapier findet sich unter der Überschrift "Fusionskontrolle" (hier auszugsweise zitiert) folgende Passage:

*"Zunächst ist festzustellen, dass die neue Aufgriffsschwelle bisher nicht in erster Linie jene Transaktionen erfasst, für die sie intendiert war. Dies mag auch daran liegen, dass die Gestaltung der umsatzbasierten Schwellenwerte, insbesondere aufgrund des **Fehlens einer zweiten Inlandschwelle**, ohnedies bereits viele Vorgänge erfasst. Auch stellt sich die Frage, ob und inwieweit bei entsprechenden Transaktionen von globaler Bedeutung, die österreichischen Wettbewerbsbehörden in besonderem Maße zur inhaltlichen Prüfung derartiger Sachverhalte geeignet erscheinen. Vielfach sind in solchen Fällen die beteiligten Unternehmen und ihre unmittelbare Kundenbasis außerhalb Österreichs oder gar des EWR ansässig. Die Betroffenheit des österreichischen Marktes ist dann, selbst wenn das Kriterium der 'erheblichen Inlandsauswirkung' erfüllt ist, gemessen am Gesamtkontext dieser Transaktionen, lediglich eine untergeordnete oder mittelbare. [...] Eine künftige Evaluierung sollte ihr Augenmerk jedenfalls auf ein **besseres Zusammenspiel der verschiedenen Aufgriffsschwellen** sowie die Erhöhung deren Treffsicherheit legen. Hier geht es letztlich auch um den effizienten Einsatz von Ressourcen, also darum die Wettbewerbsbehörde von der Bearbeitung offensichtlich unproblematischer Zusammenschlussvorhaben zu entlasten, sodass eine Fokussierung auf die bedeutsamen Fälle, welche tatsächlich wettbewerbliche Bedenken hervorrufen, erfolgen kann."*

2.1.1. Bisherige Erfahrungen mit der Transaktionswertschwelle

- (43) Das Thesenpapier thematisiert im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle zunächst die mit dem KaWeRÄG 2017 neu in das KartG (§ 9 Abs 4 KartG) eingeführte "Transaktionswertschwelle". Die Studienvereinigung Kartellrecht stand dieser neuen Anmeldeschwelle schon vor deren Einführung skeptisch gegenüber und wies in diesem Zusammenhang insbesondere auf die mit einer solchen Schwelle verbundene Erhöhung der Zahl der in Österreich anmeldepflichtigen, inhaltlich aber unbedenklichen Zusammenschlüsse und die mit der praktischen Handhabung verbundenen Schwierigkeiten hin.³¹ Letztere wurden zwar durch den (sehr begrüßenswerten) gemeinsamen Leitfaden der BWB und des Bundeskartellamts³² entschärft. Beispielhaft seien an dieser Stelle etwa die Ausführungen im Leitfaden zu dem in § 9 Abs 4 lit c KartG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriff der erheblichen und marktbezogenen Inlandstätigkeit ge-

³¹ Vgl die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 29.10.2016 zur Novelle 2016 zum Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz, 2ff.

³² https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Leitfaden/20180709_Leitfaden_Transaktionswertschwellen_final.pdf (aufgerufen am 23.12.2019).

nannt. Positiv ist auch die Bereitschaft von BWB und Bundeskartellanwalt (der "Amtsparteien"), offene Fragen zur Anmeldepflicht im Zusammenhang mit § 9 Abs 4 KartG innerhalb kurzer Zeit im Vorverfahren zu klären.

- (44) Die neue Aufgriffsschwelle dürfte allerdings – wie auch die BWB anmerkt – (zumindest) bisher nicht in erster Linie jene Transaktionen erfasst haben, für die sie eigentlich intendiert war, also den Erwerb innovativer digitaler Unternehmen und Start-ups, die ihr Produkt in Österreich anbieten, dort aber (noch) keinen Umsatz erzielen (zum Beispiel, weil das Produkt kostenlos angeboten und durch Werbeeinnahmen aus anderen geographischen Märkten finanziert wird) und den Erwerb von in der pharmazeutischen Industrie tätigen Unternehmen, die kurz vor dem Produktlaunch stehen.³³
- (45) Die Transaktionswertschwelle ist nach dem Wortlaut des § 9 Abs 4 KartG eben gerade nicht auf bestimmte Branchen beschränkt, sondern erfasst auch Zusammenschlüsse in ausgereiften, nicht innovationsgetriebenen Märkten. Bei weitem der größte Teil der bisher auf der Grundlage von § 9 Abs 4 KartG angemeldeten Zusammenschlüsse betraf in ausgereiften Märkten tätige Zielunternehmen. Die bisherigen Ergebnisse zeigen, dass bis Ende 2018 von 481 Zusammenschlussanmeldungen 17 auf den neuen Transaktionsschwellenwert zurückzuführen waren.³⁴ Die Zusicherung der BWB im Leitfaden, von keiner erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens auszugehen, wenn dieses nicht mehr als EUR 500.000 Umsatz im Inland erzielt und auf ausgereiften Märkten tätig ist, hat nicht ausgereicht, um dieses Problem zu lösen. § 9 Abs 4 KartG verstärkt daher die Anzahl der bei der BWB angemeldeten, fusionskontrollrechtlich eindeutig unproblematischen Zusammenschlüsse und erhöht die Auslastung der Amtsparteien. Den betroffenen Unternehmen entsteht durch die Anmeldung offensichtlich aus österreichischer Sicht fusionskontrollrechtlich unproblematischer Vorhaben auch bei effizienter Prüfung durch die Amtsparteien ein unnötiger Aufwand und Zeitverlust.
- (46) Eine deutliche Reduktion der Anzahl der angemeldeten Vorhaben könnte grundsätzlich durch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 9 Abs 4 KartG auf Zusammenschlüsse, bei denen das Zielunternehmen in innovationsgetriebenen Märkten, insbesondere der digitalen oder pharmazeutischen Industrie, tätig ist, erreicht werden. Sektorspezifische Schwellenwerte gibt es im KartG bereits für die Medienfusionskontrolle. Das wirtschaftspolitische und gesellschaftliche Interesse an der eingehenden fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Akquisitionen in den genannten spezifischen Bereichen könnte grundsätzlich zugunsten der Einführung getrennter Schwellenwerte für diese Sektoren ins Treffen geführt werden.
- (47) Dessen ungeachtet spricht sich die Studienvereinigung Kartellrecht im derzeitigen Stadium gegen eine Änderung/Anpassung der Transaktionswertschwelle aus. Vielmehr sollte die relevante Anwendungspraxis zunächst einer genauen Beobachtung und Evaluierung durch die BWB unterzogen werden. Die Ergebnisse dieses Evaluierungsprozesses sollten sodann der interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht und breit diskutiert werden, um konkrete Anwendungsprobleme und allenfalls anpassungsbedürftige Punkte zu identifizieren. In diesen Diskussionsprozess sollten auch die Erfahrungen aus anderen Ländern, die ebenfalls entsprechende Transaktionswertschwellen eingeführt haben, einfließen.

2.1.2. Zur möglichen Einführung einer zweiten Inlandsschwelle

- (48) Auch wenn das von der BWB fett hervorgehobene Fehlen einer zweiten Inlandsschwelle im österreichischen System der Schwellenwerte des § 9 Abs 1 KartG im Themenpapier nicht explizit in Frage gestellt wird, so wollen wir in unserer Stellungnahme

³³ Vgl Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben, 25.

³⁴ Vgl https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Taetigkeitsbericht_der_BWB_2018_final.pdf, 40.

auch dieses Thema ansprechen, zumal die BWB nach eigenem Bekunden seit Ende 2018 evaluiert, ob die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle in Österreich sinnvoll erscheint. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich dafür aus, zunächst das Ergebnis der Untersuchung abzuwarten, bevor sie zur Einführung einer zweiten Inlandsschwelle näher Stellung nimmt.³⁵

2.1.3. Besseres Zusammenspiel der verschiedenen Aufgriffsschwellen – Verweisungssystem

- (49) Ein Tool zur Einbindung der nationalen Fusionskontrolle in das gesamteuropäische Regime sind Verweisungsanträge der Mitgliedstaaten an die Kommission gemäß Art 22 FKVO. Aufgrund des mit Verweisungen nach der Anmeldung zusammenhängenden Kosten- und Zeitaufwands für die fusionierenden Unternehmen sollte die Eignung des Zusammenschlusses für eine Prüfung durch die Kommission vor der Stellung des Verweisungsantrags genau geprüft werden und zwar nicht nur hinsichtlich der in Art 22 Abs 1 FKVO gesetzlich festgelegten Voraussetzungen, sondern auch mit Blick auf die sonstigen zu berücksichtigenden Umstände (vgl Mitteilung der Kommission über die Verweisung in Fusionsachen, Rz 45). Das gilt auch für in verschiedenen Mitgliedstaaten angemeldete "digitale" Zusammenschlüsse. Darüber hinaus ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht darauf zu achten, dass die Behörden sich möglichst frühzeitig und für das anmeldende Unternehmen transparent über geplante Verweisungsanträge gemäß Art 22 FKVO an die Europäische Kommission abstimmen.

2.2. Angleichung des materiellen Prüfkriteriums an die EU-Fusionskontrolle

- (50) Die Studienvereinigung Kartellrecht steht einer Angleichung des nach österreichischer Fusionskontrolle geltenden Prüfkriteriums an den SIEC-Test grundsätzlich positiv gegenüber. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht trägt der SIEC-Test dem graduellen ökonomischen Konzept der Marktmacht besser Rechnung als das auf eine definierte "Marktmachtschwelle" konzentrierte Konzept der Marktbeherrschung und passt damit besser in das Gesamtgefüge einer modernen Wettbewerbsaufsicht. Dies gilt in besonderem Maße im Hinblick auf die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben in digitalen Märkten.
- (51) Im Detail sprechen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht vor allem die folgenden Argumente für die Einführung des SIEC-Tests (auch) in Österreich:
- Die Übernahme des SIEC-Tests – und damit die Einführung eines konzeptuell breiter aufgestellten Prüfmaßstabs in die österreichische Fusionskontrolle – würde das schon die Kartellgesetznovelle 2012 tragende Bestreben, oligopolistisch geprägte Märkte verstärkt der Kontrolle durch die Wettbewerbsaufsicht zu unterwerfen, konsequent weiterführen.
 - Nach seiner Einführung in die FKVO im Jahr 2004 wurde der SIEC-Test in derselben oder zumindest in ähnlicher Form von den meisten EU-Mitgliedstaaten (insbesondere auch von Deutschland) übernommen. Österreich würde sich mit der Einführung des SIEC-Tests daher in einen gesamteuropäischen Trend einfügen.

³⁵ Die aktuellen Schwellenwerte (inkl Ausnahme nach § 9 Abs 2) führen allerdings zur kuriosen Situation, dass ein Zusammenschlussvorhaben in Österreich derzeit anmeldepflichtig ist, wenn der Erwerber ein Unternehmen mit EUR 31 Mio Umsatz weltweit erwirbt, von denen EUR 10.000 in Österreich erzielt wurden, nicht jedoch dann, wenn derselbe Erwerber ein Unternehmen erwirbt, das weltweit EUR 29 Mio Umsatz erzielte, davon EUR 4 Mio in Österreich (jeweils bei Vorliegen des weltweiten Gesamtumsatzes von EUR 300 Mio, und österreichweiten Umsatzes von EUR 30 Mio hauptsächlich auf Seiten des Erwerbers). Nicht anmeldepflichtig sind übrigens auch Zusammenschlüsse von zwei Unternehmen, die nur im Inland tätig sind und von denen hier zB das eine EUR 150 Mio und das andere EUR 140 Mio im letzten Geschäftsjahr erzielt haben – weil sie nicht den weltweiten Gesamtumsatz von EUR 300 Mio nach § 9 Abs 1 erreichen.

Die Angleichung des Prüfkriteriums würde dazu beitragen, eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Zusammenschlüssen in der EU zu erreichen. Nicht zuletzt aufgrund der engen Verflechtungen zwischen Deutschland und Österreich – und der in der Praxis häufig vorkommenden parallelen Prüfverfahren in diesen beiden Ländern – erscheint ein solches "level playing field" aus österreichischer Sicht besonders wünschenswert. Dies gilt speziell im Hinblick auf die Beurteilung von Zusammenschlüssen in digitalen Märkten, die in geographischer Hinsicht häufig nicht auf das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaats beschränkt sind. Die Anwendung unterschiedlicher Prüfkriterien auf ein und dasselbe Zusammenschlussvorhaben erhöht die Gefahr divergierender Prüfergebnisse und verringert aus Sicht der Zusammenschlusswerber die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit von Entscheidungen.

- Nach Einführung des SIEC-Tests könnte für die Zwecke der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens nach österreichischer Fusionskontrolle noch besser auf die auf europäischer Ebene bestehende gefestigte (Entscheidungs-)Praxis, inklusive der einschlägigen Leitlinien der Europäischen Kommission, zurückgegriffen werden. Auch dies würde die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen aus Sicht der Zusammenschlusswerber erhöhen. De facto wird in der österreichischen Fusionskontrolle zwar bereits jetzt vielfach mit Methoden und Instrumentarien aus der EU-Fusionskontrolle gearbeitet. Eine explizierte Klarstellung der Relevanz der auf europäischer Ebene bestehenden Praxis/Guidance auch im Rahmen der österreichischen Fusionskontrolle wäre aber wünschenswert.

- (52) Ungeachtet dieser für die Einführung des SIEC-Tests sprechenden Argumente sollte eine Diskussion um die Angleichung des nach österreichischer Fusionskontrolle relevanten Prüfkriteriums nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht die Zielrichtung der österreichischen Fusionskontrolle berücksichtigen: Während sich die Zielsetzung des KartG am deutschen GWB zu orientieren scheint (wonach als primärer Schutzzweck der Wettbewerb "als Institution" angesehen wird), stellt die EU-Fusionskontrolle mit dem SIEC-Test auf einen eigenen Wohlfahrtsstandard ab (der sich primär an der Konsumentenwohlfahrt orientiert). Es sollte vor diesem Hintergrund jedenfalls vermieden werden, dass die Angleichung des materiellen Prüfkriteriums in der österreichischen Fusionskontrolle auf anderer Ebene zu Unstimmigkeiten bzw Anwendungsschwierigkeiten führt.
- (53) Zudem sollte darauf geachtet werden, dass durch die Einführung des SIEC-Tests nicht de facto die in Österreich geltende "Untersagungsschwelle" (im Vergleich zur EU-Fusionskontrolle) herabgesetzt wird. Eine solche Absenkung der Untersagungsschwelle (bzw Verschärfung des Prüfungsmaßstabs im Vergleich zur EU-Fusionskontrolle) könnte sich etwa aus dem – nicht entsprechend auskalibrierten – Zusammenspiel zwischen dem neuen Untersagungskriterium (SIEC-Test) einerseits und den im KartG bestehenden Marktbeherrschungsregeln (und hier insbesondere den gesetzlichen Vermutungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung oder der Bestimmung betreffend die relative Marktmacht) ergeben. Ein im Vergleich zur EU-Fusionskontrolle strengerer Prüfmaßstab könnte außerdem daraus resultieren, dass die nach europäischer Fusionskontrolle bestehenden Ausgleichsfaktoren, wie etwa das Konzept der Sanierungsfusion oder die Möglichkeit der Effizienzeinrede, nicht ebenfalls (explizit) Eingang in die österreichische Fusionskontrolle finden.
- (54) Eine Angleichung des nach österreichischer Fusionskontrolle relevanten materiellen Prüfkriteriums müsste daher aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht Gegenstand einer umfassenderen Erörterung und Analyse sein, in die auch Erfahrungen aus anderen Ländern, die ihre Fusionskontrollsysteme in den letzten Jahren an den EU-Standard angeglichen haben, einfließen sollten.

2.3. Umfassendere Fusionskontrolle und Verfahrensaspekte

- (55) Im Zusammenhang mit dem Themenkomplex "umfassendere Fusionskontrolle" wird im Thesenpapier wie folgt ausgeführt:

"Weiters ist eine Entwicklung hin zu einer umfassenderen Fusionskontrolle zu überlegen, welche im Sinne eines ‚Nachhaltigkeitschecks‘ auch die Berücksichtigung weiterer Faktoren, wie etwa die Auswirkungen auf die Konsumenten oder eine Region ermöglicht."

- (56) Die hier angesprochene Diskussion wurde zuletzt wiederbelebt durch die Untersagung des Zusammenschlusses *Siemens-Alstom*³⁶ durch die Europäische Kommission und die vertiefte Prüfung und Freigabe unter Auflagen der auch aus österreichischer Sicht relevanten Transaktion *Nidec-Embraco*.³⁷
- (57) Überlegungen zu einer umfassenderen Prüfung der Wettbewerbsbehörden, die auch Aspekte außerhalb der Marktstrukturkontrolle (zB Arbeitsplatzsicherung, Industriepolitik, Schutz vor Übernahmen durch Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten) umfasst, sind nicht neu. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich allerdings für eine auf die Marktstrukturkontrolle beschränkte Prüfung aus. Eine Ausweitung der Prüfungskompetenz würde die Rechtsunsicherheit für die anmeldenden Unternehmen deutlich vergrößern und die BWB möglicherweise auch stärkerer politischer Einflussnahme aussetzen. Aus diesem Grund spricht sich die Studienvereinigung Kartellrecht auch gegen die Berücksichtigung von der Strukturkontrolle losgelöster datenschutzrechtlicher Erwägungen in der Fusionskontrolle aus. Sofern eine solche Überprüfung gesellschaftspolitisch gewünscht ist, sollte sie von einer anderen Behörde oder Ministerium durchgeführt und einer separaten gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Stattdessen sollten Transparenz und rechtzeitige Entscheidungen im Vordergrund jeder Fusionskontrolle stehen.³⁸
- (58) Dabei ist zu bedenken, dass die BWB nach den geltenden gesetzlichen Vorschriften keine begründeten Freigabeentscheidungen erlässt und dennoch in den meisten wettbewerblich komplexen Zusammenschlussfällen der letzten Jahre durch die Amtsparteien mit den Anmeldern Auflagen in verlängerter Phase I verhandelt werden; die bisher letzte Entscheidung des Kartellgerichts zur Beurteilung eines Zusammenschlusses datiert aus März 2018 (Verfahren 24 Kt 8/17g), liegt also fast zwei Jahre zurück; auch 2017 gab es nur eine einzige solche Entscheidung des Kartellgerichts (26 Kt 13/16).
- (59) Diese Praxis spart zwar den Amtsparteien und betroffenen Unternehmen Kosten und Ressourcen und ermöglicht eine – auch im europäischen Vergleich – rasche Freigabe von Vorhaben. Ein fusionskontrollrechtliches "Settlement" der Anmelder mit den Amtsparteien ist daher aus Sicht der betroffenen Unternehmen oft dem Aufwand, den Kosten und dem Zeitverlust der kartellgerichtlichen Prüfung vorzuziehen. Der Nachteil solcher Settlements ist die erhöhte Rechtsunsicherheit, zumal ja die Amtsparteien ihre rechtliche Prüfung in der Freigabeentscheidung nicht ausformulieren (die zusammenfassende Veröffentlichung auf der BWB-Homepage kann dies nicht ersetzen). Die der Entscheidung zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen sind dann zumindest für am Verfahren nicht beteiligte Dritte nur eingeschränkt nachvollziehbar; es fehlen im KartG auch materielle Kriterien für derartige Auflagen.

³⁶ Vgl Europäische Kommission, Beschluss vom 06.2.2019, Fall COMP/M.8677 – SIEMENS/ALSTOM.

³⁷ Vgl Europäische Kommission, Beschluss vom 12.04.2019, Fall COMP/ M.8947 – NIDEC/WHIRLPOOL (EMBRACO BUSINESS).

³⁸ Vgl <https://www.diepresse.com/5731886/angriff-auf-die-europaische-fusionskontrolle> (zuletzt abgerufen am 19.12.2019).

- (60) Diese Problematik wird deutlich verschärft, wenn der gegenwärtigen, im Wesentlichen auf Marktstrukturkontrolle beschränkten Überprüfung zusätzliche Erwägungen hinzugefügt werden. Die Tendenz zu Settlement-Verfahren würde dazu führen, dass die Prüfung der neuen Kriterien durch die Amtsparteien über längere Zeit für Unternehmen und ihre rechtlichen Berater schwer einzuschätzen sein wird.
- (61) Hinzu kommt die mit jedem Settlement verbundene Einschränkung der Verteidigungsrechte, denn mit der Einigung mit den Amtsparteien vergibt das Unternehmen die Möglichkeit, die Auflagen einer gerichtlichen Prüfung zu unterziehen.
- (62) Dennoch begrüßt die Studienvereinigung Kartellrecht natürlich die grundsätzliche Bereitschaft der BWB und des Bundeskartellanwalts, wettbewerbsrechtliche Bedenken in geeigneten Fällen auf der Grundlage von Zusagen zu lösen. Dabei haben gerade in einer kleinen Jurisdiktion wie Österreich und insb in digitalen Märkten verhaltensbedingte Zusagen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht erhebliche Bedeutung.³⁹
- (63) Mit Blick auf die Verfahrensrealität der letzten Jahre wäre es aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht darüber hinaus konsistent, wenn die BWB für die Prüfung von Zusammenschlüssen in erster Instanz gesetzlich zuständig wird, mit einem Instanzenzug zum Kartellgericht.
- (64) Abschließend spricht sich die Studienvereinigung Kartellrecht dafür aus, bereits erkennbare Wettbewerbsentwicklungen – zB konstant zunehmender Wettbewerb durch Unternehmen aus benachbarten geographischen Märkten – in der Prüfung stärker zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, § 12 Abs 2 Z 2 KartG in der Praxis "neues Leben einzuhauchen" und ihn neu zu interpretieren. § 12 Abs 2 Z 2 KartG ermöglicht die Freigabe eines sonst untersagungswürdigen Zusammenschlusses mit der Begründung, dass er zu einer Verbesserung oder zum Erhalt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des fusionierten Unternehmens führt und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist. Eine vertiefte Diskussion über eine moderne Anwendung dieser Bestimmung könnte den Begriff "Nachhaltigkeit" als eine Ausprägung der "volkswirtschaftlichen Rechtfertigung" in der sich weiterentwickelnden Wirtschaft verstehen. Damit könnten Zusammenschlüsse auch mit den vorhandenen gesetzlichen Grundlagen in angemessener Weise aus Wettbewerbssicht umfassend beurteilt werden.

³⁹ Vgl Reidlinger, Auflagen in der Zusammenschlusskontrolle in kleinen EU-Mitgliedstaaten am Beispiel Österreich, in FS Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag (Verlag Otto Schmidt), 671ff.

3. **Lauterkeitsrecht**

- (65) Zu Recht betont die BWB die Bedeutung der ab 12.07.2020 geltenden Plattform-Verordnung,⁴⁰ die Ausübungsregeln für die Betreiber von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen im Verhältnis zu ihren gewerblichen Nutzern schafft. Wie bei vielen anderen Rechtsakten an der Schnittstelle zwischen Kartell-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht stellt sich auch hier die Frage der Rechtsdurchsetzung: Der BWB ist darin beizupflichten, dass Verstöße gegen die Plattform-VO auch als Verstoß gegen § 1 UWG geltend gemacht werden können, wozu die BWB ausdrücklich befugt ist (siehe unten 3.2). In diesem Zusammenhang stellt sich aber auch die Frage, ob die Festlegung der BWB als für den Vollzug der Plattform-VO zuständige Behörde (ohne den "Umweg" über das UWG) im Interesse einer wirksamen Rechtsdurchsetzung sinnvoll wäre (siehe unten 3.4).
- (66) Allerdings ist davon auszugehen, dass die Plattform-VO nicht der letzte lauterkeitsrechtliche Rechtsakt (insb. betreffend den Themenbereich "Digitalisierung") ist, für dessen Vollzug eine geeignete Behörde in Österreich benannt werden muss. Zur (ohnehin bereits zuletzt auch öffentlich viel diskutierten und letztlich vom Gesetzgeber zu klärenden) Frage, bei welcher/n Behörde(n) Verbraucherschutz- bzw lauterkeitsrechtliche Themen angesiedelt werden sollen, gehört auch, ob solche (zusätzlichen) Zuständigkeiten von der BWB übernommen werden sollen und können (insbesondere unter Berücksichtigung der ohnehin bereits knappen Ressourcen der BWB) oder ob deren Fokus nicht lieber auch weiterhin auf dem "klassischen" Kartellrechtvollzug liegen sollte (mit möglichen ergänzten Zuständigkeiten in diesem Bereich, etwa in der Fusionskontrolle mit erstinstanzlicher Entscheidungsbefugnis, vgl oben). Der Studienvereinigung Kartellrecht, der ja Anwälte/-innen im Bereich des Kartellrechts und Wettbewerbsökonom/inn/en angehören, ist naturgemäß an der BWB als starker "Kartellbehörde" besonders gelegen.
- (67) Bevor auf diese Überlegungen näher eingegangen wird, sollen die unterschiedlichen Befugnisse der BWB in den ihr derzeit zur Durchsetzung zugewiesenen Rechtsmaterien kurz dargestellt werden:

3.1. **Die BWB als Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde im Bereich des Kartellrechts**

- (68) Der BWB steht in ihrer Funktion als Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde ein umfangreiches Instrumentarium von Befugnissen zum Schutz funktionierenden Wettbewerbs zur Verfügung. So werden der BWB durch das WettbG, KartG und NVG insbesondere nachfolgende Befugnisse eingeräumt:
- **Ermittlungsbefugnisse gem WettbG**
 - Branchenuntersuchung;⁴¹
 - Auskunftsverlangen;⁴²
 - Einsichtsrecht in geschäftliche Unterlagen;⁴³
 - Antrag an das Kartellgericht auf Durchführung einer Hausdurchsuchung.⁴⁴

⁴⁰ VO 2019/1150.

⁴¹ § 2 Abs 1 Z 3 iVm § 11a Abs 8 WettbG.

⁴² § 11a Abs 1 WettbG.

⁴³ § 11a Abs 1 WettbG.

⁴⁴ § 12 Abs 1 WettbG.

- **Antragsbefugnisse gem KartG und NVG⁴⁵**
 - Abstellungs- und Geldbußenantrag an das Kartellgericht gem KartG;⁴⁶
 - Abstellungsantrag an das Kartellgericht gem NVG.⁴⁷

3.2. Die BWB als Klägerin im Bereich des UWG

(69) Demgegenüber verfügt die BWB auf Basis des UWG zunächst – ebenso wie etwa der Verein für Konsumenteninformation, die gesetzlichen Interessensvertretungen sowie der ÖGB oder betroffene Mitbewerber – über das Recht, gewisse Verstöße gegen das UWG im Wege einer Unterlassungsklage gerichtlich geltend zu machen.⁴⁸ Insofern agiert die BWB hier im Wesentlichen mit denselben Instrumenten wie ein privater Antragsteller (*Private Enforcer*), der einen Verstoß eines Mitbewerbers geltend macht. Im Rahmen eines UWG-Verfahrens trägt die BWB jedoch das volle Kostenrisiko. Neben den stark eingeschränkten personellen Ressourcen dürfte dies der Grund sein, weshalb die BWB bislang (soweit ersichtlich) nur einmal ein UWG-Verfahren geführt hat.

3.3. Die BWB als Verbraucherschutz(kooperations)behörde

(70) Bekanntlich fungiert die BWB (ebenso wie der Bundeskartellanwalt) bereits heute als "zuständige Stelle" iSd Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (**VBKG**).⁴⁹ Insofern obliegt es der BWB, innergemeinschaftliche Verstöße gegen gewisse Verbraucherschutzvorschriften zu untersuchen und zu bekämpfen.⁵⁰ Ähnlich wie im Bereich des Kartellrechtvollzugs fungiert die BWB im Rahmen des VBKG (ebenso wie der Bundeskartellanwalt) somit als *Public Enforcer* und verfügt über folgende Befugnisse:

- **Ermittlungsbefugnisse⁵¹**
 - Auskunftsverlangen;
 - Einsichtsrecht in Unterlagen jeglicher Art;
 - behördliche Nachschau.
- **Klagebefugnis**
 - Unterlassungsklage an das zuständige Handelsgericht.⁵²

(71) Diese Befugnisse der BWB erstrecken sich allerdings bloß auf die folgenden, im Anhang des VBKG (Z 3) angeführten Bestimmungen.⁵³

⁴⁵ Diese Befugnisse stehen auch dem Bundeskartellanwalt zu.

⁴⁶ § 36 Abs 4 KartG.

⁴⁷ § 7 Abs 2 KartG iVm § 7 NVG.

⁴⁸ § 14 UWG; der Anspruch erstreckt sich aber nur auf Verstöße der §§ 1, 1a, 2, 2a und 9c UWG.

⁴⁹ § 3 Abs 1 Z 3 VBKG; das Gesetz dient der Umsetzung der VO 2006/2004, welche wiederum von der VO 2017/2394 mit Wirkung vom 17.01.2020 aufgehoben wird. Die meisten durch die VO 2017/2394 ergänzten Rechtsakte finden sich allerdings ohnehin bereits im Anhang des VBKG.

⁵⁰ So hat sich die BWB international als zuständige Kooperationsbehörde bewiesen und bspw im Zeitraum 2013-14 über 60 Alerts und 3 Durchsetzungsersuchen wahrgenommen; vgl 2. Jahresbericht der BWB gemäß VO 2006/2004 abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/BeiratsberichtePDFs/2-Jahresbericht%20der%20BWB%202013-2014.pdf (abgerufen am 19.12.2019).

⁵¹ § 6 VBKG.

⁵² § 7 f VBKG.

⁵³ Die Bestimmungen, auf die sich die Befugnisse des Bundeskartellanwalts beziehen, finden sich im Anhang des VBKG (Z 1) und überschneiden sich teilweise mit den Bestimmungen, für die die BWB zuständige Stelle ist.

Unionsrechtsakt	Kompetenz	Nationale Umsetzung
RL 2006/114 (Irreführungs-RL)	Art 1, 2 lit c und 4-8	§ 2a UWG
RL 2008/48 (Verbraucherkredit-RL)	Soweit gewerberechtliche Bestimmungen über die Vermittlung von Personalkrediten und Finanzierungen betroffen sind	§§ 136a ff GewO §§ 6, 9, 19 VKrG
RL 2015/2302 (Pauschalreise-RL)	Soweit gewerberechtliche Informationspflichten und die Sicherung der Ansprüche von Reisenden betroffen sind	§ 4 ff und § 15 PRG PRV (komplett)
VO 2018/302 (Geoblocking-VO)	-	-
RL 98/6 (Preisauszeichnungs-RL)	-	PrAG div Verordnungen
RL 2005/29 (Lauterkeits-RL)	-	UWG

3.4. Institutionelle Überlegungen

- (72) Wie zuvor dargelegt kann die BWB bereits auf Basis der bestehenden Rechtslage neben ihrer Stellung als Amtspartei im Kartellrechtvollzug auch als *Public Enforcer* für Teile des (innergemeinschaftlichen) Verbraucherschutzrechts und als *Private Enforcer* im nationalen Lauterkeitsrecht wirken. Bedeutende Wettbewerbsbehörden in Europa (insbesondere die Competition & Market Authority) nehmen neben ihrer Rolle als Wettbewerbshüter auch Verbraucherschutzaufgaben wahr. Es stellt sich daher die Frage, ob auch der BWB zukünftig derartige umfassendere Zuständigkeiten (wie etwa zur Durchsetzung der Plattform-VO) zukommen sollten:
- (73) Zunächst fällt auf, dass sowohl der BWB als auch dem Bundeskartellanwalt im Rahmen des VBKG Zuständigkeiten zukommen. Dies wirft die generelle Frage auf, inwieweit beide oder nur eine der beiden Amtsparteien Zuständigkeiten im Verbraucherrecht haben sollte(n).
- (74) Hinzu kommt, dass sich die verbraucherschutzrechtlichen Befugnisse der BWB – anders als ihre kartellrechtlichen Befugnisse – derzeit auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränken. Im innerstaatlichen Bereich steht der BWB somit bloß die private Rechtsdurchsetzung mittels Unterlassungsklage nach dem UWG zur Verfügung. Insofern stellt sich die Frage, ob die Befugnisse der BWB gemäß VBKG in ihrem Anwendungsbereich auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausgedehnt werden sollten.
- (75) Angesichts des mit der Digitalisierung notwendigerweise einhergehenden Bedürfnisses, neu auftretende Sachverhalte einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen, wird insbesondere zu überlegen sein, ob die BWB auch für die Durchsetzung weiterer Unionsrechtsakte zuständig sein soll, die aktuell nicht dem VBKG unterliegen (wie etwa die Plattform-VO⁵⁴).
- (76) Soweit der Gesetzgeber eine Betrauung der BWB mit zusätzlichen Zuständigkeiten (insb für die Plattform-VO) für sinnvoll erachtet, sollte jedenfalls das bewährte kartellgerichtliche Verfahren nach dem AußStrG Anwendung finden (wie dies von der BWB in ihrem Thesenpapier angeregt wird).

⁵⁴ VO 2019/1150.

4. Verfahrensrecht

- (77) Eingangs des Abschnitts zum Verfahrensrecht weist die BWB darauf hin, dass das KartG bereits jetzt im Bereich des Marktmachtmissbrauchs widerlegliche Vermutungen kennt, namentlich die in § 4 Abs 2 und 2a festgeschriebenen **Vermutungsregeln** zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sowie die in § 5 Abs 2 KartG aufgestellte Vermutungsregel für die Missbräuchlichkeit eines Verkaufs unter dem Einstandspreis durch einen marktbeherrschenden Unternehmer. In diesem Zusammenhang regt die Behörde an, zu "für die Digitalwirtschaft typischen Fallgruppen" weitere Vermutungsregeln gesetzlich zu verankern.
- (78) Richtig ist zunächst, dass dem KartG Vermutungsregeln nicht fremd sind. Auch hat die bisherige Entscheidungspraxis der EU-Wettbewerbsbehörden eine Reihe von Vermutungsregeln ausgebildet.^{55 56} Mitunter wurden hier – ähnlich der Begründung der BWB – die "Beweisnähe"⁵⁷ sowie die Schwierigkeit der Aufdeckung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (insb von Kartellen)⁵⁸ als Ratio bemüht. Solchen Vermutungsregeln sollen jedoch stets Erfahrungssätze aus typischen Geschehensabläufen zugrunde liegen, welche dann eben bestimmte Schlussfolgerungen rechtfertigen.⁵⁹
- (79) Ohne nähere Definition der "für die Digitalwirtschaft typischen Fallgruppen" und der Erfahrungswerte, welche allfälligen Vermutungsregeln zugrunde liegen, ist eine konkrete Stellungnahme nicht möglich. Umso mehr ist daher der Grundsatz zu betonen, dass Vermutungsregeln nur dort Platz greifen sollten (und – im Lichte rechtsstaatlicher Grundsätze, dazu sogleich – auch dürfen), wo gesicherte Erfahrungssätze ihre Geltung rechtfertigen.
- (80) Im Bereich der digitalen Ökonomie begründen etwa direkte und indirekte Netzwerk-, Skalen- und Verbundeffekte erhebliche Effizienzen, gleichzeitig können sie aber das Risiko marktabschottender Verhaltensweisen verstärken. In vielen Fällen dürften angesichts der ökonomischen Ambivalenz von Verhaltensweisen auf diesen Märkten keine gesicherten Erfahrungswerte bestehen, die eine *prima facie*-Qualifikation zuließe.⁶⁰
- (81) Angesichts dieser ökonomischen Ambivalenz sieht die Studienvereinigung Kartellrecht die Begründung gesetzlicher Vermutungsregeln für potentiell marktabschottende Verhaltensweisen skeptisch. Die Studienvereinigung Kartellrecht weist darauf hin, dass das Beweismaß hinsichtlich der Auswirkungen solcher Verhaltensweisen schon nach bestehender Rechtsprechung herabgesetzt ist: Erforderlich ist nicht der Nachweis konkreter Auswirkungen, sondern je nach Missbrauchstyp deren Wahrscheinlichkeit oder

⁵⁵ Beispielhaft angeführt seien hier die Vermutung eines Kausalzusammenhangs zwischen einer Abstimmung von Verhaltensweisen und dem Marktverhalten der daran beteiligten Unternehmen, wonach diese Unternehmen, wenn sie weiterhin auf diesem Markt tätig bleiben, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (EuGH 4.6.2009, Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rn 51-53); die Vermutung, dass ein Unternehmen, das an Sitzungen teilnimmt, bei denen wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen werden, ohne sich offen dagegen auszusprechen, die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen mittragen möchte (EuGH verb Rs C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland*, Rn 81 mwN); die Vermutung, wonach eine Muttergesellschaft, die 100% des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, über diese einen bestimmenden Einfluss nicht bloß ausüben kann, sondern ihn auch tatsächlich ausübt (EuGH 10.9.2009, Rs C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Rn 60).

⁵⁶ Allgemein zu Vermutungsregeln im Vollzug des Wettbewerbsrechts und einer möglichen Klassifizierung von Wettbewerbsregeln siehe *Bailey*, Presumptions in EU competition law, ECLR 2010, 362.

⁵⁷ In diesem Sinn siehe etwa die SA AG *Kokott* 23.4.2009, Rs C-97/08P, *Akzo Nobel*, Rn 75.

⁵⁸ Vgl wiederum SA AG *Kokott* 19.02.2009, Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rn 88.

⁵⁹ Vgl in diesem Sinne SA AG *Kokott* 19.2.2009, Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rn 89 ff. So beruht etwa die Qualifizierung als "bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung auf Erfahrungssätzen hinsichtlich der Schädlichkeit bestimmter Verhaltensweisen, vgl AG *Bobek* 5.9.2019, Rs C-228/18, *Budapest Banks*.

⁶⁰ Ähnliches gilt auch für Ausbeutungsmissbräuche, vgl Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, 2018, Rn 694 zur "Datenausbeutung".

die Geeignetheit des Verhaltens, solche Auswirkungen nach sich zu ziehen.⁶¹ Zudem sind die Erfordernisse für den Nachweis besonders relevanter Missbrauchstypen derzeit Gegenstand von Verfahren vor dem EuG (zB self preferencing im Fall *Google Shopping*, Kopplung und Bündelung im Fall *Google Android*), sodass eine gesetzliche Regelung in Österreich zu ungewollten Abweichungen der österreichischen von der unionsrechtlichen Rechtslage führen könnte.

- (82) Mit Blick auf die Verteidigungsrechte ist darauf hinzuweisen, dass Vermutungsregeln grundsätzlich das Beweismaß betreffen, nicht die Beweislast.⁶² Die Einführung einer Beweislastumkehr, wie an anderer Stelle des Thesenpapiers angeführt, erschiene im Lichte der verfassungs-⁶³ wie auch unionsrechtlich⁶⁴ abgesicherten und nach Rechtsprechung sowohl des EGMR⁶⁵ als auch EuGH⁶⁶ im Vollzug des Wettbewerbsrechts geltenden Unschuldsvermutung⁶⁷ jedenfalls bedenklich.⁶⁸ Doch selbst bei "bloßen" Vermutungsregeln ist mit Blick auf die Unschuldsvermutung darauf Bedacht zu nehmen, dass eine Widerlegung einer allfälligen Vermutung nicht praktisch unmöglich oder ungebührlich schwierig ist.⁶⁹
- (83) Sollte die Einführung von Vermutungsregeln dennoch erwogen werden, so müssten sich diese in das System des österreichischen Kartellrechtsvollzugs einordnen. Eine Regelung der im Referenten-Entwurf der 10. GWB-Novelle vorgesehene § 19a GWB, der zusätzliche Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen mit zuvor festgestellter überragender marktübergreifender Bedeutung vorsieht, ist tief im verwaltungsbehördlichen Modell des Kartellrechtsvollzugs (in dem eine Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde ihr Aufgriffsermessen nutzt, um Prioritäten zu setzen) verwurzelt. Eine bloße Übernahme in das österreichische Recht erschiene daher legislativ nicht passend.
- (84) Neben Überlegungen zu Vermutungsregeln geht die BWB auch auf das Instrument des **einstweiligen Rechtsschutzes** ein. Die BWB misst diesem Instrument zu Recht Bedeutung zu. Auch in der internationalen Diskussion wird hervorgehoben, dass einstweilige Maßnahmen gerade in einem dynamischen Marktumfeld dazu dienen können, die Rechtzeitigkeit des Eingreifens von Wettbewerbsbehörden sicherzustellen.⁷⁰ Im Zentrum der Diskussion steht oft die Praxis der Europäischen Kommission, die zwischen der Aussetzung ihrer Entscheidung in der Sache *IMS Health* im Jahr 2011⁷¹ und der im Oktober 2019 ergangenen Entscheidung gegen *Broadcom*⁷² keine einstweiligen Maßnahmen angeordnet hatte.
- (85) Auch in Österreich kommt dem Instrument der einstweiligen Verfügung (§ 48 KartG) in der Praxis eine eher untergeordnete Bedeutung zu. Nach den Wahrnehmungen der Studienvereinigung Kartellrecht dürfte dies jedoch vor allem dem Umstand geschuldet sein, dass der Schwerpunkt der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten

⁶¹ Vgl. *Ibáñez Colomo*, Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation, JECLAP 2019, 424.

⁶² Vgl. in diesem Sinn auch EuGH 8.7.1999, Rs C-199/92 P, *Hüls*, Rn 155; siehe auch SA AG *Kokott* 19.2.2009, Rs C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rn 80 sowie Fn 60.

⁶³ Art 6 Abs 2 EMRK.

⁶⁴ Art 48 Abs 1 GRC.

⁶⁵ EGMR 14.2.2019, 5556/10, *SA Capital Oy v Finland*, Rn 65.

⁶⁶ EuGH 21.1.2016, Rs C-74/14, *Eturas*, Rn 38.

⁶⁷ Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang insbesondere auf die in Deutschland geführte Debatte, wonach eine Bußgeldentscheidung, die sich zur Herleitung des tatbildlichen Verhaltens oder der individuellen Zurechnung allein auf Vermutungsregeln stützt, mit der Unschuldsvermutung nicht vereinbar wäre (vgl. etwa *Mäger/von Schreitter*, Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik, NZKartR 2017, 264 [274]).

⁶⁸ Vgl. auch SA AG *Kokott* 23.4.2009, Rs C-97/08P, *Akzo Nobel*, Rn 74 (unzulässig); *Taurer* beurteilt eine pauschale Beweislastumkehr hingegen als aus praktischen Erwägungen „von Grund her verfehlt“, *ders*, Die Last mit der Beweislast im Kartellrecht, OZK 2008, 105 (107).

⁶⁹ EuGH 21.1.2016, Rs C-74/14, *Eturas*, Rn 41 ("An die Widerlegung dieser Vermutung darf das vorliegende Gericht keine übertriebenen oder unrealistischen Anforderungen stellen").

⁷⁰ Digital Competition Expert Panel (UK), Unlocking digital competition, 2019 ("Furman report"), Rn 3.121 ff; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 (DE), Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 74 ff.

⁷¹ EuG 10.8.2001, Rs T-184/01 R, *IMS Health*.

⁷² Europäische Kommission, Fall Nr AT.40608 *Broadcom*, Pressemitteilung Nr IP/19/6109 vom 16.10.2019.

Jahren vor allem auf horizontalen Kartellen und vertikalen Vereinbarungen sowie auf Verstößen gegen das Durchführungsverbot lag. In diesen Fallkonstellationen kommt dem einstweiligen Rechtsschutz naturgemäß geringere Bedeutung zu als im Bereich der Missbrauchskontrolle. In von privaten Antragstellern eingeleiteten Missbrauchsverfahren wurden einstweilige Verfügungen demgegenüber in einigen Fällen beantragt⁷³ und auch gewährt.⁷⁴ Die Studienvereinigung Kartellrecht stimmt der BWB zu, dass auf eine adäquate Personal- und Ressourcenausstattung zu achten ist, um eine effektive Rechtsdurchsetzung auch in (meist aufwendigen und komplexen) Missbrauchsfällen sicherzustellen.

- (86) Demgegenüber erscheint die Einführung von Entscheidungsfristen oder Vermutungsregeln (zu letzteren siehe oben) nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht jedenfalls aktuell nicht angezeigt. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 48 KartG sind sowohl in verfahrens- (keine mündliche Verhandlung erforderlich) als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht (Bescheinigung einer Zuwiderhandlung ausreichend⁷⁵) im internationalen Vergleich niedrig.⁷⁶ Zudem entscheidet das Kartellgericht nach den Wahrnehmungen der Studienvereinigung Kartellrecht grundsätzlich rasch über Anträge auf einstweilige Verfügungen, sodass eine Beschleunigung des Verfahrens durch Einführung einer Entscheidungsfrist nicht erforderlich erscheint.
- (87) In zeitkritischen Fällen könnte allenfalls der Umstand ein Hindernis darstellen, dass nach ständiger Rechtsprechung nur aktuell vorliegende, nicht aber drohende Verstöße vom Kartellgericht abgestellt werden können.⁷⁷ Demgegenüber kann etwa das deutsche Bundeskartellamt auch bei Erstbegehungsgefahr einschreiten.⁷⁸ Nach österreichischem Recht können bei Erstbegehungsgefahr zwar zivilrechtliche Unterlassungsansprüche greifen;⁷⁹ bei unvertretbarer Rechtsauffassung⁸⁰ ist ferner eine vorbeugende Unterlassungsklage nach § 14 UWG möglich. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht erschiene es aber zweckmäßig, die Abstellungsbefugnis des Kartellgerichts als sachlich am besten geeignetes Gericht durch Schaffung einer Befugnis zur (vorbeugenden) Abstellung unmittelbar drohender Verstöße an die Kompetenzen der ordentlichen Gerichte anzugleichen.
- (88) Ferner erwägt die BWB im Thesenpapier eine **Anpassung ihrer Ermittlungsbefugnisse** an die "spezifischen Herausforderungen der Digitalmärkte". Hierzu sollte etwa ergänzend zur Möglichkeit, im Wege des § 11 (2) WettbG Sachverständige mit Marktforschungen zu beauftragen, die Befugnis vorgesehen werden, in Umsetzung von Art 8 der ECN+-Richtlinie Auskunftersuchen auch direkt an nicht unternehmerisch tätige (End-)Nutzer zu richten – dies insbesondere auch im Zusammenhang mit Branchenuntersuchungen und Zusammenschlussanmeldungen. Grundsätzlich ist eine grundrechtskonforme Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der BWB zu begrüßen. Dabei wäre aber einerseits auf eine hinreichende Wahrung der Verteidigungsrechte der von den Resultaten betroffenen Unternehmen sowie andererseits auf eine hinreichende Ausstattung der BWB zur Durchführung derartiger Befragungen (Auskunftsverlangen) und ihrer Auswertung hinsichtlich einer größeren Zahl nicht unternehmerisch tätiger

⁷³ Abgewiesen zB KOG 26.6.2014, 16 Ok 10/13 – *Reclay/ARA*; KOG 26.6.2014, 16 Ok 12/13 – *SportsDirect/Asics*. Verglichen zB KOG 7.10.2013, 16 Ok 6/13.

⁷⁴ Gewährt zB KOG 1.10.2012, 16 Ok 1/12 – *Westbahn II*; KG 19.12.2017, 25 Kt 2/17g – *IQVIA*.

⁷⁵ Bei Bescheinigungsnotstand kommt dem Antragsteller zudem eine Beweiserleichterung in Form des *prima facie*-Beweises zugute: KOG 9.10.2000, 16 Ok 6/00; KOG 16.12.2002, 16 Ok 11/02.

⁷⁶ So ist (anders als in Österreich) etwa in Frankreich, wo das Instrument der einstweiligen Anordnungen häufig zum Einsatz kommt, die Bescheinigung eines schweren und unmittelbar bevorstehenden Schadens (*atteinte grave et immédiate*) erforderlich, vgl. *Giraud/Blanc*, Les mesures conservatoires à la française: Un modèle réellement enviable? *Concurrences* Nr 3/2018, S. 1.

⁷⁷ KOG 16.12.2002, 16 Ok 7/02; KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02; KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08 – *KombiPaket*; KOG 12.7.2018, 16 Ok 1/18k – *Flugticketbuchung*.

⁷⁸ OLG Düsseldorf 16.9.2009, VI-Kart 1/09 – *DFL-Vermarktungsrechte*.

⁷⁹ KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02; KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08 – *KombiPaket*.

⁸⁰ OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s – *Rechtsanwaltssoftware*.

(End-)Nutzer zu achten (so müsste etwa gerade auch mit Blick auf den ins Auge gefassten Adressatenkreis hinsichtlich Fragebogendesign und Sampleauswahl den Anforderungen der Objektivität, Reliabilität und Validität entsprochen werden).⁸¹

- (89) Ergänzend zu dem obigen, im Thesenpapier enthaltenen Vorschlag wäre aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht darauf hinzuweisen, dass Erw-Gr 35 der ECN+-Richtlinie für Auskunftsverlangen die Stellung des Selbstbezeichnungsverbots als Rechtsgrundsatz unterstreicht und zudem ausführt, dass Auskunftsverlangen dem Umfang nach angemessen sein sollen. Die Geltung des Selbstbezeichnungsverbots sowie eines Verhältnismäßigkeitsgebots wurde bereits bislang auch mit Blick auf § 11a WettbG einhellig angenommen.⁸² Dennoch wäre es aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht zu begrüßen, anlässlich einer Novelle des WettbG diesen Grundsatz wie auch das Selbstbezeichnungsverbot deutlich an jener Stelle zu verankern.

5. *Internationale sowie interdisziplinäre Kooperation*

- (90) Im Thesenpapier werden steuer- und beihilfenrechtliche Themen, datenschutzrechtliche Vorschriften und arbeits- bzw gewerberechtliche Thematiken beispielhaft genannt als Aspekte, die nicht von den Wettbewerbsbehörden zu behandeln oder zu lösen sind. Die Studienvereinigung Kartellrecht teilt diese Ansicht. Derartige Aspekte können in die kartellrechtliche Prüfung (nur) insoweit einfließen, als sie die Marktstellung eines Unternehmens beeinflussen. Dies ist bei steuer- und beihilfenrechtlichen sowie datenschutzrelevanten Sachverhalten wahrscheinlich eher vorstellbar als bei arbeits- und gewerberechtlichen Thematiken.
- (91) Jegliche Verletzung gesetzlicher Regelungen durch ein Unternehmen kann einen Wettbewerbsvorteil für dieses Unternehmen bringen. Die Verfolgung solcher Regelverstöße durch Wettbewerbsbehörden sollte jedoch nur in besonders begründeten Einzelfällen erfolgen, selbst wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen begangen werden. Das OLG Düsseldorf bringt dies in seinem Beschluss vom 26.08.2019, VI-Kart 1/19 (V), mit dem es der Beschwerde von *Facebook* gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 06.02.2019, B6-22/16, aufschiebende Wirkung zuweist, folgendermaßen auf den Punkt:

"Es gibt keinen sachlich gerechtfertigten Grund, rechtswidrige Vertragsbedingungen nicht nur der insoweit einschlägigen privaten Rechtsverfolgung zu überlassen oder – wie im Falle eines Datenschutzverstoßes – der jeweiligen fachbehördlichen Aufsicht zu unterstellen, sondern zusätzlich der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht, wenn die Vertragskondition von einem marktbeherrschenden Unternehmen gestellt oder vereinbart worden ist. Denn der von dem Rechtsverstoß betroffene Vertragspartner ist nicht minder schutzwürdig, wenn die rechtswidrige Vertragsbedingung von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen oder einem privaten Dritten verwendet wird."

- (92) Dies trifft nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht auch in Österreich in gleicher Weise zu.
- (93) Umgekehrt sind steuer- und beihilfenrechtliche Themen, datenschutzrechtliche Vorschriften und arbeits- bzw gewerberechtliche Thematiken nicht unbedingt Spezifika

⁸¹ Auf die hinlänglich bekannten Schwierigkeiten einer möglichst neutralen Fragegestaltung, die durch zahlreiche Studien zu kognitiven Heuristiken und Biases (Verzerrungen) nachgewiesen wurden, sei an dieser Stelle nur hingewiesen.

⁸² Siehe etwa *Harsdorf/Ummenberger-Zierler/Reidlinger*, Europäische Vorgaben für Befugnisse und Unabhängigkeit von nationalen Wettbewerbsbehörden, ÖBl 2019, 63 (67) unter Hinweis auf *Fischer* in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 11a WettbG Rz 14 ff.

ausschließlich von Unternehmen, die in der Digitalwirtschaft tätig sind. Wenn zB steuerschonende grenzüberschreitende Konstruktionen eine besonders große Finanzkraft eines Unternehmens nach sich ziehen, so sollte dies bei der Prüfung, ob diesem Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung zukommt, unabhängig davon einfließen, ob das Unternehmen ein rein digitales Geschäftsmodell verfolgt oder in einem traditionellen Wirtschaftsfeld tätig ist.

- (94) Wir verstehen, dass es bei der Untersuchung und Beurteilung von neuen Geschäftsmodellen zu Effizienzvorteilen in den damit beschäftigten Kartell- und sonstigen Behörden kommen kann, wenn diese eng(er) zusammenarbeiten und gesammelte Informationen sowie Erkenntnisse miteinander teilen. Aus Sicht der Rechtsunterworfenen muss jedoch weiterhin gewährleistet bleiben, dass ein **Informationsaustausch nach vorhersehbaren, transparenten Regeln erfolgt**, die die jeweiligen **Verteidigungsrechte schützen**, und der Rechtsschutz nicht durch verkürzte Wege zwischen den Behörden ausgehöhlt wird.
- (95) Die Themen der Vorhersehbarkeit und des Rechtsschutzes sind auch im Bereich der internationalen Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden sehr wichtig. Kooperationen auf europäischer und internationaler Ebene sollten daher möglichst in den schon bestehenden Netzwerken und rechtlichen Rahmenwerken, wie ECN, ICN, OECD und UNCTAD stattfinden.
- (96) Im europäischen Kontext sollten die Bestimmungen zur Amtshilfe in der ECN+-Richtlinie ein taugliches Werkzeug für die europäische Zusammenarbeit darstellen. In diesem Bereich sieht die Studienvereinigung Kartellrecht keine Notwendigkeit, die (gesetzlichen) Möglichkeiten zum jetzigen Zeitpunkt noch weiter voranzutreiben. Ein Ausbau der gelebten Zusammenarbeit auf Basis und innerhalb dieses Rechtsrahmens ist erstrebenswert, wenn diese Zusammenarbeit so ausgestaltet ist, dass insgesamt Ressourcen freigesetzt und nicht dadurch gebunden werden.
- (97) **Fallbezogene Kooperation unter den Kartellbehörden** ist jedoch uE nicht nur im Rahmen von Ermittlungen, sondern insbesondere auch bei der **inhaltlichen Beurteilung** von Sachverhalten wichtig. Im Bereich der Digital Economy weisen neuartige Geschäftsmodelle oft eine auch grenzüberschreitende hohe Skalierbarkeit auf. Unternehmen mit solchen Geschäftsmodellen sollten zumindest auf europäischer Ebene nicht durch unterschiedliche oder gar gegenläufige rechtliche Vorgaben künstliche Marktzutrittsschranken zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten vorfinden.
- (98) Um Effizienzgewinne, die sich aus dem Business-Modell von Plattform-Diensten und anderen Akteuren der Digital Economy ergeben, weitestmöglich realisieren zu können, ist es meist erforderlich, dass diese Unternehmen ähnliche rechtliche Rahmenbedingungen in all jenen Ländern vorfinden, in denen sie ihre Leistungen am Markt anbieten. Unterschiedliche Vorgaben in unterschiedlichen Mitgliedstaaten führen zumeist dazu, dass die Geschäftspraktiken den jeweils strengsten rechtlichen Vorgaben auch in solchen Ländern entsprechen müssen, die ein weniger strenges Regime implementiert haben. Eine vertiefte Zusammenarbeit der Kartellbehörden bei der inhaltlichen Beurteilung konkreter Fälle ist daher insbesondere im Bereich der Digitalwirtschaft zu begrüßen.
- (99) Einen weiteren Aspekt, der die interdisziplinäre Kooperation iwS betrifft, im Thesenpapier jedoch (noch) nicht abgebildet ist, hält die Studienvereinigung Kartellrecht insbesondere auch im Bereich der Digitalwirtschaft für äußerst relevant, nämlich die Zurverfügungstellung der Sachkenntnis der BWB, wenn neue Regulierungsmaßnahmen anderer staatlicher Akteure, einschließlich des Gesetzgebers, den Wettbewerb zu gefährden drohen. Da neue gesetzliche Regelungen innovative (und damit eben auch oft di-

gitale) Geschäftsmodelle beeinträchtigen können, begrüßt die Studienvereinigung Kartellrecht Initiativen der BWB, schon im Gesetzgebungsprozess ihre Expertise hinsichtlich der längerfristigen Auswirkungen von Regelungswerken auf den Wettbewerb und die Innovationsfähigkeit einzubringen. Exemplarisch sei dazu auf die Branchenuntersuchung der BWB im Mietwagen- und Taxigewerbe hingewiesen, deren Beginn im Herbst 2019 von der BWB verlautbart wurde.
