

An das
Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1011 Wien
zu Händen Frau SC Mag. Cynthia Zimmermann
Per e-mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstr. 7
1070 Wien
zu Händen Herrn SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein
Per e-mail: team.z@bmj.gv.at

Kopie an:
Präsidium des Nationalrats
Per e-mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 18. Mai 2021

**Betrifft: Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 (KaWeRÄG 2021):
Stellungnahme im Begutachtungsverfahren**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Studienvereinigung Kartellrecht bedankt sich bei der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort und bei der Bundesministerin für Justiz für die Gelegenheit, eine Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf vom 23. April 2021 für das KaWeRÄG 2021 („*Entwurf*“) abgeben zu dürfen.

Die Studienvereinigung Kartellrecht ist eine Vereinigung deutschsprachiger, auf das Kartellrecht spezialisierter Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen vor allem aus Deutschland, Österreich, der Schweiz und Brüssel. Wir bemühen uns um einen intensiven Informations- und Erfahrungsaustausch unter unseren Mitgliedern, mit den Kartellbehörden und -gerichten und der Wissenschaft. Zu diesem Zweck organisieren wir Arbeitssitzungen, Konferenzen und sonstige Veranstaltungen.

Dazu gehören in Österreich insbesondere regelmäßige Treffen unserer österreichischen Mitglieder (insgesamt rund 100) – zuletzt COVID-bedingt nur online – sowie unsere ganztägigen Symposien für einen breiteren Teilnehmerkreis (wie etwa jenes, das im Jänner 2018 in Wien in den Räumen des BMJ stattgefunden hat). Zu kartellrechtlich relevanten Gesetzesentwürfen in Österreich geben wir seit fast 20 Jahren regelmäßig Stellungnahmen ab.

Für das aktuelle Begutachtungsverfahren haben wir eine Arbeitsgruppe gebildet, der folgende Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte angehörten, welche die Stellungnahme gemeinsam vorbereitet haben: Astrid Ablasser-Neuhuber, Jochen Anweiler, Günter Bauer, Michael Brand, Judith Feldner, Isabella Hartung, Alexander Hiersche, Evelin Hlina, Raoul Hoffer, Christina Hummer, Bernhard Kofler-Senoner, Axel Reidlinger, Wolfgang Schäfer, Dieter Thalhammer, Volker Weiss, Robert Wagner, Anna Wolf-Posch, Hanno Wollmann, Dieter Zandler und Jörg Zehetner. Unsere Stellungnahme wurde sodann mit allen österreichischen Mitgliedern abgestimmt.

Wir beschränken uns in der vorliegenden Stellungnahme auf jene im Entwurf vorgeschlagenen Gesetzesänderungen, zu denen wir konkrete Anmerkungen haben; darüber hinaus regen wir weitere Änderungen an. Soweit dies möglich war, haben wir für unsere Verbesserungsanregungen auch konkrete Formulierungsvorschläge erarbeitet und in diese Stellungnahme aufgenommen.

Für eine weitere Erörterung unserer Vorschläge mit dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort und dem Bundesministerium für Justiz bzw. mit den anderen „Stakeholdern“ stehen wir natürlich gerne zur Verfügung.

Die folgenden Ausführungen orientieren sich in ihrer Reihenfolge am Gesetzesentwurf – wir nennen jeweils nur jene Ziffern, zu denen wir Anmerkungen haben:

Zu Artikel 1: Änderung des Kartellgesetzes

Zu Z 7 - § 2 KartG: Ausnahmen vom Kartellverbot: Nachhaltigkeit

- (1) Mit dem kürzlich ergangenen Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das der Kritik an der Klimapolitik zusätzlichen Nachdruck verleiht, zeigt sich erneut die enorme Relevanz der Thematik „Nachhaltigkeit“.¹ Während nun die deutsche Bundesregierung an der Konkretisierung ihrer Reduktionsziele feilen wird, beschäftigt sich auch die österreichische Gesetzgebung mit den Auswirkungen der europaweiten politischen Entwicklungen in Richtung verstärkter Nachhaltigkeit.
- (2) Für Unternehmen führt der neue Nachhaltigkeitsfokus jedoch zu einem erhöhten Maß an Rechtsunsicherheit. In dem geänderten Umfeld sind die Marktteilnehmer vielfach mit politischen Wünschen nach Branchenlösungen zur Gewährleistung einer nachhaltigen Wirtschaft konfrontiert. Zugleich sind sie aber dem Risiko ausgesetzt, dass die Befolgung im Nachhinein von einer Wettbewerbsbehörde oder einem Zivilgericht als Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 KartG/Art 101 AEUV oder gegen das Missbrauchsverbot nach § 5 KartG/Art 102 AEUV gewertet wird.

¹ Pressemeldung Nr. 31/2021 vom 29. April 2021 des Bundesverfassungsgerichts; online unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-031.html>

- (3) Zur Eingliederung der Neubewertung des Verhältnisses zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit soll nun auf nationaler Ebene § 2 Abs 1 KartG und der darin enthaltene Legalausnahme-Tatbestand für die Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Einbeziehung von Umweltkriterien entsprechend adaptiert werden.
- (4) Die Studienvereinigung Kartellrecht hat folgende Anmerkungen zum Regelungsentwurf des § 2 Abs 1 KartG in der Kartellrechtsnovelle 2021:

Parallelität zum EU-Recht

- (5) Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen können neben der Ausnahme des § 2 Abs 1 KartG vom Kartellverbot auch nach Art 101 Abs 3 AEUV freigestellt sein, wenn durch sie (Kosteneinsparungen oder) qualitative Effizienzgewinne erzielt werden können.
- (6) Trotz des relativ engen und auf wirtschaftliche Effizienzen bezogenen Wortlauts der beiden Bestimmungen erscheint die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Vollziehung des Wettbewerbsrechts unter Einbeziehung der europäischen Zielsetzungen primärrechtlich schon bisher gut argumentierbar.² Entsprechend finden sich sowohl in der Entscheidungspraxis der Unionsgerichte³ als auch in jener der Europäischen Kommission⁴ mehrfach Hinweise, wonach unter Art 101 Abs 3 AEUV auch Vorteile für die Umwelt oder andere nicht genuin wirtschaftliche Interessen subsumiert werden können.⁵ Als prominentes Beispiel für die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Aspekte durch Gerichte der Union kann die *Wouters-Rechtsprechung* genannt werden.⁶ Hier wurde das Kriterium der Verfolgung von Zielen des öffentlichen Interesses sogar im Zusammenhang mit Art 101 Abs 1 AEUV herangezogen.
- (7) Entgegen dieser Tendenzen aus der Praxis engen die aktuell noch gültigen – wenn auch nicht im engeren Sinn verbindlichen⁷ – Leitlinien zur Anwendung von Art 101 Abs 3 AEUV⁸ den Spielraum für die Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Ziele erheblich ein. Sie sehen eine Freistellungsmöglichkeit zunächst nur für „wirtschaftliche Effizienzgewinne“ vor.⁹ Diese müssten quantifizierbar¹⁰ oder

² siehe dazu zB Art 11 AEUV: Die Bestimmung verlangt eine „umweltfreundliche“ Auslegung des gesamten Unionsrechts und soll insbesondere auch bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden, vgl dazu die Nachweise bei *Kahl* in *Streinz* (Hrsg) EUV/AEUV³ (2018) Rn 32 bzw FN 119.

³ EuG 11.07.1996, T-528/93, *Métropole Télévision*, ECLI:EU:T:1996:99, Rn118 („[Die] Kommission [kann sich], wenn sie eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages gewähren will, im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf Erwägungen im Zusammenhang mit der Verfolgung eines öffentlichen Interesses berufen“); weitere Hinweise bei *Brook*, *Priority-Setting As a Double-Edged Sword: How Modernisation Strengthened the Role of Public Policy*, JCL&E 2020.

⁴ Kommission 17.09.2001, 2001/837/EG, DSD, Rn143-144; 24.01.1999, 2000/475/EC, CECED, Rn 51 und 55 bis 57; 21.12.1994, 94/986/EC, *Philips-Osram*, Rn 26; 18.05.1994, 94/322/EG, *Exxon/Shell*, Rn 71; weitere Nachweise bei *Brook* aaO.

⁵ Für eine detailliertere Analyse der Entscheidungspraxis siehe etwa *Monti*, *Article 81 EC and Public Policy*, CMLR 2002, 1057; *Petit*, *The Guidelines on the Application of Article 81(3) EC: A Critical Review*, IEJE Work-ing Paper 4/2009; *Townley* aaO; *Brook* aaO.

⁶ EuGH, Rs. C-309/99 (*Wouters u.a.*), Slg. 2002.

⁷ Vgl *Wollmann* in *Jaeger/Stöger* [Hrsg] EUV/AEUV (234. Lfg) Art 101 AEUV, Rn 120.

⁸ Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI 2004 C 101, 97.

⁹ Vgl LL Rn 59.

¹⁰ Vgl LL Rn 56.

zumindest objektivierbar sein;¹¹ indirekte Vorteile wären hingegen von vornherein nicht zu berücksichtigen.¹² Ferner kämen als Vorteile grundsätzlich nur solche in Betracht, die innerhalb des relevanten Marktes, auf den sich die Vereinbarung bezieht,¹³ oder auf einem damit zumindest zusammenhängenden Markt¹⁴ entstehen. Die Europäische Kommission erachtet daher eine Berücksichtigung von Effizienzen nur dann als zulässig, wenn sie den Verbrauchern in den betroffenen Märkten zugutekommen. Ein Vorteil für die Gesellschaft insgesamt sei hingegen kein relevantes Kriterium.¹⁵

- (8) Demnach wurden die positiven Auswirkungen von Umweltschutzmaßnahmen zumindest in der Vergangenheit in ihrer unmittelbaren Wirkung oftmals als nicht-wirtschaftliche Effizienzen eingeordnet und damit nicht als unter Art. 101 Abs. 3 AEUV fallend betrachtet, wenngleich sie von Unternehmen wohl oft gerade vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Überlegungen (etwa Marketingstrategien) gesetzt werden.
- (9) Mit dem „Green Deal“ macht die Kommission einen ersten Schritt in Richtung einer großflächigeren Einbeziehung von Umweltkriterien. Hierzu wurde auch seitens der Studienvereinigung Kartellrecht im Rahmen der Konsultationsphase zur „Wettbewerbspolitik des Green Deals“¹⁶ wie auch zur Reform der Vertikal-GVO bereits Stellung bezogen. Basierend auf dieser aktuellen Herangehensweise auf Unionsebene, die allerdings noch keine konkreten Novellierungsvorschläge oder gar Maßnahmen nach sich gezogen hat, stellt die legislative Ergänzung des österreichischen Gesetzgebers gewissermaßen einen nationalen „Alleingang“ dar. Dies auch, weil noch gänzlich unklar ist, auf welche Art und Weise die Bestrebungen der Kommission im Rahmen des Green Deals letztendlich Eingang in das europäische Wettbewerbsrecht finden werden. Andererseits gibt es auch auf nationaler Ebene aktuell nur vereinzelt vergleichbare Initiativen – zumal hier insbesondere *soft law*-Instrumente prominent erscheinen (zB Entwurf der niederländischen Wettbewerbsbehörde für entsprechende Guidelines zur Handhabung von nachhaltigkeitsfördernden Vereinbarungen¹⁷ oder das *Draft Staff Discussion Paper on Sustainability Issues And Competition Law* der griechischen Wettbewerbsbehörde¹⁸).

¹¹ Vgl LL Rn 57.

¹² Vgl LL Rn 54.

¹³ Vgl LL Rn 43.

¹⁴ So, entgegen den Leitlinien, s EuGH 11.09.2014, C-382/12P, Master Card Inc., ECLI:EU:C:2014:2201, Rn 240.

¹⁵ Vgl ablehnende Stellungnahme der Kommission zum Vorhaben in den Niederlanden, Nachhaltigkeitsaspekte als mögliche Rechtfertigungsgründe im nationalen Wettbewerbsgesetz zu verankern; online unter: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-775505.html>.

¹⁶ Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. im Rahmen der Öffentlichen Konsultation der Europäischen Kommission über „Wettbewerbspolitik des Grünen Deals“ (20.11.2020): https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/6be7fe7a1e3654ea16b7bb424800562f/eu_konsultation_wettbewerbspolitik_green_deal_201120_final.pdf

¹⁷ Draft Guidelines d. ACM (NL) zur Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln auf Vereinbarungen zur Förderung von Nachhaltigkeit; online unter: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>.

¹⁸ Abrufbar unter https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability/item/download/1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html.

- (10) Fraglich ist an dieser Stelle, inwiefern man in Österreich diese legislative Vorreiterrolle innehaben möchte und welche Auswirkungen die fehlende Parallelität zum EU-Recht haben könnte. Relevant erscheint auch der aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts geschmälerete Anwendungsbereich einer solchen Bestimmung. Daneben wird wohl auch die Quantifizierbarkeit der Nachhaltigkeitsvorteile eine entscheidende Rolle spielen. Immerhin kann nur so festgestellt werden, ob etwaige Nachhaltigkeitsaspekte die notwendige Schwelle für die Anwendbarkeit des § 2 Abs 1 KartG erreichen. Dass zur Würdigung von Nachhaltigkeitsaspekten der zeitliche Beurteilungshorizont ausgeweitet werden muss, anerkennt der Gesetzgeber bereits in den Erläuterungen zu der geplanten Regelung.¹⁹ Parallel lässt sich auf Basis der Erläuterungen allerdings auch darauf schließen, dass der Fokus des aktuellen Gesetzesentwurfs auf der Verbraucherbeteiligung (siehe dazu unten) liegt und weniger auf der Bestimmung der konkreten „Nachhaltigkeitseffizienzen“.
- (11) Dennoch wäre es aus einer praxisorientierten Perspektive sinnvoll, innerhalb der EU möglichst einheitliche Tools und Methoden für die Einschätzung von Effizienzvorteilen zu forcieren. Das Thema der Quantifizierung von Nachhaltigkeitsaspekten in ihrer Funktion der adäquaten Bewertung der betreffenden Maßnahmen einerseits und als Steuerungsmechanismus gegen einen allfälligen Missbrauch der Freistellungsmöglichkeit (Greenwashing) andererseits, sollte dabei keineswegs unterschätzt werden. Damit kann bestmöglich sichergestellt werden, dass wirtschaftliche und nicht politische Erwägungen die Grundlage für eine Beurteilung bilden.
- (12) Unabhängig von diesen Überlegungen ist die grundsätzliche Intention, mit der neuen Bestimmung die gesellschaftspolitische Forderung einer nachhaltigeren Wirtschaft möglichst zeitnah in das österreichische Kartellrecht einzugliedern, insgesamt als erstrebenswert und positiv zu bewerten.

Nachhaltigkeitsaspekte als Add-on

- (13) Es stellt sich hier aber auch die Frage, inwiefern der Wortlaut des neuen § 2 Abs 1 KartG der zugrundeliegenden Zielsetzung vollends entspricht. Aufgrund der Erläuterungen wird klar, dass nicht nur die Berücksichtigung von innovationsbedingten Vorteilen, die nicht unmittelbar den Verbrauchern auf einem bestimmten Markt zugutekommen, ermöglicht werden soll. Vielmehr soll auch der Begriff des Effizienzgewinns selbst ausgedehnt werden. Demnach könnte zB der Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit selbst zukünftig als Effizienzvorteil iSd § 2 Abs 1 eingestuft werden.²⁰ Die vorgeschlagene Änderung des Gesetzeswortlauts selbst schließt hingegen diese weitreichende

¹⁹ Vgl Erläuterungen zum Gesetzesentwurf für das KaWeRÄG 2021; „Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil die Auswirkungen einer solchen Wirtschaft per se der Allgemeinheit zukommen, mag dies unter Umständen auch erst zeitlich versetzt - nämlich für künftige Generationen - der Fall sein.“

²⁰ Vgl Erläuterungen zum Gesetzesentwurf für das KaWeRÄG 2021; „Wenn nämlich die Vereinbarung einen Beitrag zur ökologischen Nachhaltigkeit oder Klimaneutralität leistet, indem etwa die Produktionsweise oder der Vertrieb CO₂-sparend erfolgen oder zu einem ökologisch nachhaltigeren oder weniger CO₂-emittierenden Produkt oder einer solchen Dienstleistung führt, kann sich dies bereits als Effizienzgewinn auswirken. Ein darüber hinaus gehender wirtschaftlicher Effizienzgewinn ist nicht erforderlich.“

Anwendung der Ausnahme nicht ein. Da die neu angefügte Passage lediglich die Voraussetzungen für das Vorliegen einer ausreichenden Verbraucherbeteiligung konkretisiert, wird die darüberliegende Prüfungsebene – dh das Bestehen eines Beitrags zur Verbesserung der Warenerzeugung/-verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts – grundsätzlich nicht tangiert.

- (14) Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht hier den Bedarf einer Konkretisierung, da anhand der aktuellen Formulierung unklar bleibt, welche nachhaltigkeitsbezogenen Bereiche von der Ausnahme in Zukunft erfasst werden sollen. Dabei ist zu differenzieren: Ist eine Regelung beabsichtigt, mit der wirtschaftliche ebenso wie nachhaltigkeitsbezogene Innovationen bzw. Maßnahmen gefördert werden? Oder bleibt es dabei, dass nur solche Maßnahmen, die (wie zuvor) dem wirtschaftlichen oder technischen Fortschritt dienen (dh hier keine Erweiterung durch das Nachhaltigkeitskriterium erfolgt), freigestellt werden, sofern deren Vorteile auch in Form erhöhter Nachhaltigkeit den Verbrauchern zukommen? Letzteres unabhängig davon, ob sie dem betroffenen oder einem mit diesem zusammenhängenden Markt angehören? Oder umfasst nach Meinung des Gesetzgebers der wirtschaftliche bzw. technische Fortschritt ohnehin auch Aspekte der Nachhaltigkeit, so dass dieser Umstand nicht eigens im Gesetz erwähnt werden muss?
- (15) Es ist daher fraglich, ob durch die Regelungstechnik des geplanten Zusatzes das intendierte Ziel (vgl Erläuterungen) überhaupt erreicht werden kann. Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut ist der Beitrag zur ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft nur als „Add-on“ zur bestehenden Voraussetzung des Effizienzgewinns und nicht als Grundlage der Bestimmung formuliert. Wenn man sich daher für eine Novelle iSd Förderung der Nachhaltigkeit entschließt, sollte die Nachhaltigkeit generell und umfassend Berücksichtigung finden. Eine Adaptierung der Formulierung wäre dann jedenfalls wünschenswert. Folgt man den Erläuterungen, wäre sogar die Einbeziehung des Nachhaltigkeitsaspekts als eigenständiges Kriterium im KartG durchaus vertretbar. Schlussendlich bleibt zu empfehlen, in diesem Zusammenhang eine Definition der Nachhaltigkeit sowie einen Ansatz für deren Quantifizierung (zumindest) in den Materialien vorzusehen. Zumal es sich dabei um einen durchaus dynamischen Begriff handelt, wäre dies wohl am besten mit einer entsprechenden Zieldefinition zu erreichen.

Zu Z 9 bis 11 - § 4 und § 4a KartG: Marktmacht

§ 4: Absolute Marktmacht

- (16) § 4 Abs 1 Z 2 KartG nennt nur beispielhaft, welche Faktoren bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen sind. Über die bloß demonstrative Aufzählung hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass der gesetzliche Katalog an ausgewählten Beurteilungskriterien "unvollständig" ist. Die vorgesehene Ergänzung des Katalogs um auf den digitalen Sektor abstellende Faktoren (wie

Netzwerkeffekte oder Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten) ist daher nur von eingeschränkter Bedeutung. Bereits bislang gewährleistet § 4 Abs 1 KartG ausreichende Flexibilität, um von den Wettbewerbsbehörden auch auf digitale Sachverhalte angewendet werden zu können. Gerade weil davon auszugehen ist, dass es bei der Beurteilung digitaler Sachverhalte aufgrund der hohen Dynamik in diesem Bereich auch in Zukunft notwendig sein wird, möglichst flexibel auf Entwicklungen zu reagieren, erscheint es zweckmäßiger, einen auslegungsfähigen Tatbestand mit sehr allgemeinen Beispielen vorzusehen und davon Abstand zu nehmen, einen Beispielskatalog laufend an aktuelle Entwicklungen anzupassen. Der aktuell durch die angedachten Änderungen generierte Mehrwert erscheint gering.

§ 4a: Relative Marktmacht

- (17) Der Entwurf sieht vor, dass die relative Marktmacht zukünftig in einem eigenen Paragraphen (§ 4a KartG) geregelt sein soll.²¹ Auf diese Weise wird klargestellt, dass es sich bei der relativen Marktmacht um einen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand handelt. Dieser Ansatz ist zu begrüßen.
- (18) Zudem soll klargestellt werden, dass die relative Marktmacht nicht nur beim Absatz von oder der Nachfrage nach Produkten einschlägig ist, sondern auch im Zusammenhang mit der Erbringung von und Nachfrage nach Dienstleistungen zur Anwendung gelangen kann. Für diese Zwecke soll das Tatbestandselement "*der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern und Lieferanten überragende Marktstellung hat*" durch die allgemeinere Formulierung "*im Verhältnis zu anderen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr überragende Marktstellung*" ersetzt werden. Dieser Begriff stammt (wie auch die Materialien ausweisen) aus dem Nahversorgungsgesetz ("NVG"). Die Rechtsprechung zum NVG ist bekanntermaßen insgesamt rar, und der Anwendungsbereich des Gesetzes wirft in der Praxis immer wieder Fragen auf. Der Klarstellungseffekt dieser Änderung muss daher in Frage gestellt werden. Dies vor allem auch deshalb, weil die relative Marktmacht auf vertikale Geschäftsbeziehungen abzielt, während nach dem § 1 NVG sowohl horizontale als auch vertikale Beziehungen erfasst sind. Es ist somit nicht ersichtlich, welche gesonderte Bedeutung dem Passus "*im geschäftlichen Verkehr*" zukommt, weshalb auf diesen verzichtet werden sollte.
- (19) Die Studienvereinigung Kartellrecht hat bereits in der Vergangenheit angeregt, bei einer allfälligen Anpassung der relativen Marktmacht im KartG auch das NVG in diesem Zusammenhang zu novellieren. Die angedachte Anlehnung des Wortlauts von § 4a KartG an einen Begriff im NVG zeigt erneut, dass diese Anregung weiterverfolgt werden sollte, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden und ausreichende Rechtssicherheit für Unternehmen zu schaffen.

²¹ Vgl 114/ME XXVII. GP – Ministerialentwurf – Erläuterungen, Seite 9.

- (20) Schließlich soll die Bestimmung auch dahingehend erweitert werden, dass eine überragende Marktstellung (explizit) auch dann angenommen werden kann, wenn ein Unternehmer zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Begründung (und nicht nur deren Aufrechterhaltung) von Geschäftsbeziehungen mit dem mit relativer Marktmacht ausgestatteten Unternehmer angewiesen ist.²² Die Erläuterungen führen aber nicht näher aus, weshalb es dieser Ergänzung bedarf. Den Erläuterungen kann lediglich entnommen werden, dass diese Erweiterung offenbar auf Plattformen abzielt, wenn es dort heißt: "*Damit können sich auch Unternehmer, die auf die Intermediationsleistung einer digitalen Plattform angewiesen sind, die ihnen in diskriminierender Weise den Zugang zu dieser verweigert, auf diese Bestimmung berufen*".
- (21) Im Gegensatz zum GWB-Digitalisierungsgesetz sieht der Entwurf nur Änderungen im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung vor, definiert aber keine weiteren Missbrauchstatbestände (weder in der spezifischen Regelung des § 4a KartG²³ noch in § 5 Abs 1 KartG). Somit wird es in Österreich auch künftig der Rechtsprechung überlassen bleiben, wie § 5 Abs 1 KartG auf digitale Sachverhalte anzuwenden ist. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen und wir regen an, dies auch in den Erläuterungen klarzustellen. Keinesfalls kann es über die Bestimmung zur relativen Marktmacht zu einer Erweiterung der Missbrauchstatbestände "über die Hintertüre" oder zu einem gesonderten Missbrauchsrecht für digitale Unternehmen kommen.
- (22) Zusammengefasst betrachtet die Studienvereinigung Kartellrecht nähere Ausführungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage im Zusammenhang mit der "Begründung von Geschäftsbeziehungen" als notwendig. Auch künftig muss der Grundsatz gelten, dass marktbeherrschende Unternehmen keinem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegen.²⁴
- (23) Der Entwurf sieht vor, dass die §§ 4 und 4a KartG in der geänderten Fassung am 01.10.2021 in Kraft treten. § 4 Abs 3 KartG soll hingegen mit Ablauf des 31.07.2021 außer Kraft treten. Hierbei dürfte es sich um ein Versehen handeln: Indem § 4 Abs 3 KartG zukünftig (erweitert) in § 4a KartG abgebildet werden soll, ist eine zeitlich lückenlose Überführung zu gewährleisten.

²² Vgl 114/ME XXVII. GP – Ministerialentwurf – Erläuterungen, Seite 9.

²³ Vgl etwa § 20 Abs 1a GWB.

²⁴ Vgl *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht⁴, 143f mwN.

Zu Z 15 und 16 - Zusammenschlusskontrolle

Schwellenwerte - § 9 Abs 1 KartG

- (24) Der Ministerialentwurf lässt die Aufgriffsschwellen für die Zusammenschlusskontrolle in § 9 KartG unberührt. Im Sinne einer möglichst effizienten Ausgestaltung der österreichischen Kartellrechtsanwendung und einer treffsicheren behördlichen Ressourcenverwendung erscheint eine solche Optimierung der Schwellenwerte aber überlegenswert. Im Vergleich zu anderen Jurisdiktionen sind in Österreich eine Vielzahl an wettbewerblich gänzlich unproblematischen Transaktionen genehmigungspflichtig, und zwar Jahr für Jahr um ein Vielfaches mehr als in vergleichbaren EU-Mitgliedstaaten. Allein im ersten Quartal 2021 gab es in Österreich 160 Zusammenschlussanmeldungen. Die nachstehende Übersicht verdeutlicht dieses Missverhältnis:

Anzahl der jährlichen Anmeldungen in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz

Land / BIP 2019 (in EUR Mrd)	2017	2018	2019	2020	Schnitt pro Jahr	Anmeldungen pro EUR Mrd BIP
Österreich / 399	439	481	495	429	461	1,16
Polen / 529		233	267	255	252	0,48
Ungarn / 144		63	57	61	60	0,42
Deutschland / 3.435		1.400	1.400	1.200	1.333*	0,39*
Rumänien / 223	60	57	75	54	62	0,28
Portugal / 212		46	63	50	53	0,25
Slowakei / 94		27	26	16	23	0,24
Tschechien / 220		55	40	47	47	0,21
Schweden / 474	80	80	74	80	79	0,17
Niederlande / 812		107	109	78	98	0,12
Frankreich / 2.426	236	235	270	196	234	0,10
Spanien / 1.245	94	83	86		88	0,07
Schweiz / 628	32	34	40	35	35	0,06
Italien / 1.788	64	73	65		67	0,04
Durchschnitt ohne Österreich						0,22

* Anmerkung zu Deutschland: Anfang 2021 erfolgte mit der 10. GWB-Novelle eine signifikante Anhebung der Schwellenwerte – Schätzung des Bundeskartellamts: Wegfall von mehr als 40% der bisherigen jährlichen Anzahl an Anmeldungen.²⁵

²⁵ Vgl Aussage von Präsident Mundt bei einem Vortrag am 11.03.2021: <http://www.fiw-online.de/de/aktuelles/aktuelles/54.-fiw-symposion-virtuell-andreas-mundt-gwb-novelle-dma-und-wohin-geht-jetzt-die-reise>

- (25) Diese ausufernde Reichweite der österreichischen Zusammenschlusskontrolle ist in vielen Fällen darauf zurückzuführen, dass nach den Schwellenwerten des § 9 KartG auch solche Zusammenschlüsse anmeldepflichtig sein können, bei denen das zu erwerbende Zielunternehmen nur ganz geringe Umsätze in Österreich erzielt hat („Fehlen einer zweiten Inlandsschwelle“) und die daher ohne jegliche (signifikante) Auswirkungen auf den Wettbewerb in Österreich sind (die Anmeldepflicht ergibt sich dann praktisch allein aus den österreichischen Umsätzen des Erwerbers).
- (26) Eine Erhöhung der Schwellenwerte stünde auch im Einklang mit der Anfang 2021 in Deutschland in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle, mit der die Schwellenwerte in Deutschland deutlich angehoben wurden: Eine „zweite Inlandsschwelle“ gibt es dort bereits seit 2009 – diese wurde 2021 von EUR 5 Mio auf EUR 17,5 Mio angehoben (§ 35 Abs 1 GWB) – dh eine Anmeldepflicht besteht (außer bei Anwendbarkeit der Transaktionswertschwelle des (§ 35 Abs 1a) nur dann, wenn *„im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 50 Millionen Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 17,5 Millionen Euro erzielt haben“*). Damit wird der Fokus auf typischerweise wettbewerblich relevante Zusammenschlussvorhaben gelenkt.
- (27) Auch in Österreich würde sich die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle anbieten. Das „Auskalibrieren“ einer solchen zweiten Schwelle könnte anhand der Erfahrungswerte der BWB in den vergangenen Jahren vorgenommen werden.
- (28) So hat eine interne Untersuchung der BWB der Zusammenschlussanmeldungen aus den Jahren 2016 und 2017 ergeben, dass die Inlandsumsätze des Zielunternehmens (bzw des zweitgrößten am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens) wie folgt gestaffelt waren: 0-0,5 Mio EUR in 37% der Fälle, 0,5-2 Mio EUR in 18% der Fälle, 2-5 Mio EUR in 10% der Fälle und 5 Mio EUR oder mehr in 35% der Fälle.²⁶
- (29) Durch das Einführen einer solchen zweiten Umsatzschwelle würde die Anmeldepflicht für viele Zusammenschlüsse wegfallen, die praktisch keinen Österreichbezug aufweisen, die Kapazitäten der BWB und des Bundeskartellanwalts sinnlos belasten und bei den Unternehmen erheblichen finanziellen und zeitlichen Aufwand verursachen.
- (30) Falls dagegen (soweit bekannt) allein deswegen Bedenken bestehen sollten, weil dadurch auch solche Zusammenschlüsse nicht anmeldepflichtig sein könnten, bei denen ein in Österreich marktstarkes Unternehmen von einem großen ausländischen Unternehmen mit bisher keiner oder nur geringer Geschäftstätigkeit in Österreich erworben wird („Freibiss“), so ließe sich diese Sorge durch eine weitere „asymmetrische“ Inlands-Schwellenwerte ausschließen (wie etwa in der Tschechischen Republik), die

²⁶ Siehe Rn 39, BWB-Standpunkt „Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Kontext der COVID-19 Krise“.

eine Befreiung von der Anmeldepflicht nur dann vorsehen, wenn der inländische Umsatz des zu erwerbenden Zielunternehmens unterhalb der betreffenden Schwelle lag.

- (31) Nicht zuletzt erlaubt sich die Studienvereinigung Kartellrecht auf die Verordnungsermächtigung des § 18 KartG erinnern. Das Einführen einer zweiten Inlandsschwelle könnte über eine Verordnung branchenspezifisch adjustiert werden, sodass auch Zusammenschlüsse in "kleinteiligen" Industrien mit volkswirtschaftlicher Relevanz erfasst werden können
- (32) Sollte sich der Gesetzgeber nicht zur Einführung einer solchen „zweiten Inlandsschwelle“ entscheiden, regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, die derzeitige Handhabung der Inlandsauswirkung neu zu evaluieren. Dies könnte durch *soft law*, wie etwa durch einen überarbeiteten Standpunkt der BWB zur Inlandsauswirkung, erfolgen. Als Vorbild dazu könnte das Merkblatt des deutschen Bundeskartellamts zur Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle dienen, welches auch Materialitätsschwellen vorsieht.²⁷ Auch damit könnte mehr Rechtssicherheit geschaffen und Transaktionen ohne (signifikanten) Nexus zu Österreich ausgeklammert werden.

Vermutungstatbestände für die Marktbeherrschung - § 4 Abs 2 Z 1 bis 3 KartG

- (33) § 4 Abs 2 Z 1 KartG sieht ab einem Marktanteil von 30% auf dem relevanten Markt eine widerlegbare Vermutung der Einzelmarktbeherrschung mit entsprechender Beweislastumkehr vor. Das österreichische Recht ist hier strenger als die europäische Entscheidungspraxis und der deutsche § 18 Abs 4 GWB, die beide erst ab einem Marktanteil von 40% Einzelmarktbeherrschung vermuten.
- (34) Das KaWeRÄG 2021 lässt § 4 Abs 2 Z 1 KartG unverändert. Die Studienvereinigung Kartellrecht verweist in dem Zusammenhang auf ihre Stellungnahme vom 3. Juli 2020 und schlägt die Anhebung des Schwellenwerts in § 4 Abs 2 Z 1 KartG auf 40% vor. Die Anpassung trägt der engen wirtschaftlichen Verflechtung zwischen Österreich und Deutschland Rechnung. Sie entspricht auch dem vorherrschenden ökonomischen Ansatz, demzufolge eine marktbeherrschende Stellung erst ab einem Marktanteil von 40% wahrscheinlich erscheint.²⁸
- (35) Den Vermutungstatbestände in § 4 Abs 2, Z 2 und 3 KartG kommt in der Praxis wenig Relevanz zu. Daher spricht sich die Studienvereinigung Kartellrecht weiterhin für eine Streichung der beiden Vermutungstatbestände aus. Das hätte auch den Vorteil, dass die Vermutungstatbestände zur kollektiven Marktbeherrschung an § 18 Abs 6 GWB angepasst würden.²⁹

²⁷ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Inlandsauswirkungen_2014.html?nn=3590338

²⁸ Vgl die Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht vom 03.07.2020, Rz 6, https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/bc424dc1684d841caf97b86a81670570/kaweraeg_2021_stellungnahme_studienvereinigung_kartellrecht_200703.pdf.

²⁹ Vgl schon Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht, Rz 41.

Relative Marktbeherrschung - § 4a KartG

- (36) Mit Einführung des neuen § 4a KartG wird klargestellt, dass es sich bei der relativen Marktbeherrschung um einen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand handelt. Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt, dass § 12 Abs 1 KartG nicht auf die relative Marktmacht verweist und diese somit als fusionskontrollrechtlicher Prüfungsmaßstab explizit ausschließt. In der Zusammenschlusskontrolle hat die relative Marktmacht keinen Anwendungsspielraum. Es ist erfreulich, dass dies nun auch legislativ festgehalten wird und in dieser Hinsicht Rechtssicherheit geschaffen wird.

Untersagungskriterium „Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ („SIEC-Test“) - § 10 Abs 1 Z 1 KartG

- (37) Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Einführung des SIEC-Tests. Die dadurch gewonnene Flexibilität bei der Beurteilung von potenziell kritischen Fällen ist unseres Erachtens ein wichtiger Schritt in der Modernisierung des österreichischen Kartellrechts.
- (38) Die Angleichung an den europäischen Standard ermöglicht eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Zusammenschlüssen in der EU. Die damit zu erreichende Rechtssicherheit ist insbesondere mit Blick auf die enge Kooperation zwischen dem deutschen Bundeskartellamt und der Bundeswettbewerbsbehörde erfreulich, zumal die Gefahr von divergierenden Prüfungsergebnissen minimiert und die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen gestärkt wird.
- (39) Dem Bestreben nach Rechtssicherheit steht nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht aber die Absicht entgegen, dem Marktbeherrschungskriterium eine Sonderstellung in der österreichischen Fusionskontrollprüfung einzuräumen. Damit kommt es zu einer unsachgemäßen Differenzierung, die den österreichischen Amtsparteien ein Argumentarium in die Hände legt, welches der durch die Einführung des SIEC-Tests in Aussicht gestellten Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit entgegensteht.
- (40) Es wäre wünschenswert, wenn die Differenzierung überdacht und eine gänzliche Angleichung des österreichischen Regimes an das in der EU vorherrschende Prüfungsregime des SIEC-Tests vorgenommen würde. Ein potenzieller Mehraufwand durch eine aufwendigere Prüfung mittels SIEC-Tests könnte durch Ressourceneinsparungen (etwa durch die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle; siehe oben) erreicht werden. Die Qualität der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung in Österreich und Rechtssicherheit in der Zusammenschlusskontrolle sollte unseres Erachtens aber jedenfalls nicht unter diesem Gesichtspunkt leiden.

Volkswirtschaftliche Rechtfertigung - § 12 Abs 2 Z 3 KartG

- (41) Der gegenwärtige § 12 Abs. 2 Z 2 KartG sieht vor, dass ein an sich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 KartG zu untersagender Zusammenschluss durch das Kartellgericht genehmigt werden kann, wenn der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der

beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist. Die Notwendigkeit für die Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit und die volkswirtschaftliche Rechtfertigung müssen kumulativ vorliegen.

- (42) § 12 Abs 2 Z 2 und 3 KartG in der Fassung des Entwurfs sehen nun eine Entkopplung der beiden Tatbestandsmerkmale vor: Zukünftig soll es für die Rechtfertigung ausreichen, wenn der Zusammenschluss entweder zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit notwendig ist oder der Zusammenschluss volkswirtschaftlich erforderlich ist. Das bedeutet, dass in Zukunft ein Zusammenschluss, durch den eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (oder, nach Einführung des SIEC-Tests, durch den der wirksame Wettbewerb wesentlich beschränkt wird) schon dann freigegeben werden kann, wenn der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig ist, ohne dass eine Abwägung mit anderen volkswirtschaftlichen Zielen erforderlich wäre. Dazu hatte sich die Studienvereinigung Kartellrecht bereits in ihrer letzten Stellungnahme kritisch geäußert und darauf hingewiesen, dass die Entkopplung die bestehenden europarechtlichen Bedenken (Verstoß gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot) gegen die Regelung des § 12 Abs 2 Z 2 KartG verstärken könnte.³⁰

Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle

- (43) Der nicht abschließend ausdefinierte Begriff der volkswirtschaftlichen Erforderlichkeit in § 12 Abs 2 Z 3 KartG n.F. bzw. der Begriff der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung in § 12 Abs 2 Z 2 KartG aktuelle Fassung ermöglichen schon jetzt eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitstendenzen. Nachhaltigkeitserwägungen (zB Umweltbelange) sind volkswirtschaftliche Erwägungen.³¹ In ihrer Stellungnahme vom 3. Juli 2020 hat die Studienvereinigung Kartellrecht Beispiele aus der europäischen Entscheidungspraxis aufgezählt, in denen die EU Kommission Nachhaltigkeitsaspekte in der fusionskontrollrechtlichen Prüfung berücksichtigt hat.³² Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich dennoch für eine Klarstellung aus – zumindest in Form von *soft law*, zB in Form eines Standpunkts der BWB – in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Nachhaltigkeitsaspekte in der österreichischen Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden können. Das würde die Vorhersehbarkeit der fusionskontrollrechtlichen Prüfung zumindest durch BWB und Bundeskartellanwalt und damit die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen erhöhen. Etwaiges *soft law* sollte Stellungnahmen auf europäischer Ebene (zB zum Green Deal³³) berücksichtigen, um größtmögliche Konformität mit der europäischen Entwicklung sicherzustellen und

³⁰ Vgl Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht, Rz 26.

³¹ Vgl auch Kommission, COM(2019) 640 final. Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“, 11.12.2019.

³² Vgl Stellungnahme Studienvereinigung Kartellrecht, Rz 77.

³³ Kommission, COM(2019) 640 final. Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“, 11.12.2019.

Bedenken bzgl einer Unionsrechtswidrigkeit aufgrund österreich-zentrischer Sichtweise zu vermeiden.³⁴

Zu Z 20 - § 28a KartG: Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

- (44) Die Materialien behandeln den angedachten § 28a KartG unter der Überschrift "*Schaffung einer effizienteren Missbrauchskontrolle von Unternehmen auf mehrseitigen digitalen Märkten*".³⁵ Der Effizienzansatz leitet sich offenbar von der Überlegung ab, dass ein Missbrauchsverfahren gegen eine Plattform schneller abgewickelt werden kann, wenn der Tatbestand der Marktbeherrschung bereits im Vorfeld festgestellt werden konnte.
- (45) Die nunmehr vorgesehene Konzeption des § 28a KartG würde diesem Ziel allerdings entgegenlaufen: Die Wettbewerbsbehörden würden mit viel Aufwand ein Verfahren nach § 28a KartG anstrengen müssen und hätten keine Sicherheit, dass (i) zukünftig ein missbräuchliches Verhalten genau auf jenem Markt gesetzt wird, auf dem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde und dass zudem (ii) gerade bei einem gewissen zeitlichen Abstand zwischen dem rechtskräftigen Feststellungsbeschluss und dem behaupteten Missbrauch die getroffenen (gerichtlichen) Feststellungen noch ausreichend belastbar sind. Es besteht daher die Gefahr, dass das Kartellgericht über die neue Bestimmung des § 28a KartG mit rein hypothetischen Feststellungsanträgen befasst wird (siehe die Begründung dazu sogleich unten).
- (46) Diese Gefahr besteht vor allem deshalb, da für die Antragslegitimation der Amtsparteien und des Regulators ein bloßes "berechtigtes Interesse" ausreicht. Die Erläuterungen halten dazu fest, dass das berechnete Interesse jenem des § 28 KartG entspricht. Wie die Beispiele in den Erläuterungen in diesem Zusammenhang aufzeigen, würde ein Antrag gemäß § 28a KartG praktisch wohl nie an der Antragsbefugnis scheitern. Dass hinsichtlich der Antragslegitimation in einem Verfahren nach § 28a KartG derselbe Maßstab wie nach § 28 KartG gelten soll, ist im Hinblick auf den massiven Eingriff gegenüber dem Antragsgegner, der sich gerade wohlverhält und dem eben kein Rechtsverstoß vorgeworfen wird, befremdlich und mit Blick auf die mit einem Verfahren nach § 28a KartG verbundenen Kosten (insbesondere die Kosten für einen Sachverständigen in Höhe von in der Regel mehreren Hunderttausend Euro) insgesamt unbillig.
- (47) Sollte der österreichische Gesetzgeber trotzdem § 28a KartG (in dieser oder angepasster Form) einführen wollen, müsste die Regelungstiefe dieser Bestimmung ausreichend durchdacht werden. Der angedachte Zeitrahmen der vorliegenden Novelle erscheint für derartige Überlegungen zu kurz gegriffen zu sein.

³⁴ Vgl schon Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht, Rz 78.

³⁵ Vgl 114/ME XXVII. GP – Ministerialentwurf – Erläuterungen, Seite 2.

Die Änderung würde zur Unzeit kommen

- (48) Der Zeitpunkt für die Einführung eines Regulativs im digitalen Bereich ist unglücklich gewählt. Die Europäische Kommission veröffentlichte erst am 15. Dezember 2020 ihren Vorschlag eines Digital Markets Act ("*DMA*")³⁶. Normadressaten des DMA sind nach Art 3 Abs 1 Gatekeeper, dh ein Betreiber zentraler Plattformdienste, wenn er
- a) erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt hat,
 - b) einen zentralen Plattformdienst betreibt, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und
 - c) hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass er eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird.
- (49) Der DMA definiert weiter in Art 3, unter welchen Bedingungen von einem Gatekeeper auszugehen ist. Diesen Gatekeepern sollen bestimmte Verhaltensweisen verboten sein (siehe Art 5ff DMA).
- (50) Aufgrund der grenzüberschreitenden Natur und der Bedeutung von digitalen Märkten für den europäischen Binnenmarkt warnt die Europäische Kommission in dem Vorschlag explizit vor einer Fragmentierung der Regelungen auf nationaler Ebene. Nationale Alleingänge könnten nämlich das "Funktionieren des Binnenmarktes für digitale Dienste sowie des digitalen Binnenmarktes als Ganzes stark untergraben".³⁷ Auch wenn § 28a KartG parallel zu den Gatekeepern, die unter den DMA fallen sollen, auch andere Unternehmen erfassen könnte, wird die Schnittmenge der von § 28a KartG und dem DMA erfassten Unternehmen wohl doch erheblich sein. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, weshalb der österreichische Gesetzgeber entgegen dem zitierten Harmonisierungsbestreben auf EU-Ebene dennoch für (potentiell) marktbeherrschende Unternehmen im digitalen Sektor ein gesondertes Verfahren in Österreich einführen möchte. Bereits aus diesem Grund ist der vorgeschlagene § 28a KartG abzulehnen.

Feststellung der Marktbeherrschung ist nur eine Momentaufnahme

- (51) Nach den allgemeinen Grundsätzen ist die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung das Ergebnis einer Untersuchung der Markt- und Wettbewerbsstruktur, wie sie zum Zeitpunkt der Begehung des Wettbewerbsverstoßes (bei in der Vergangenheit liegenden Wettbewerbsverstößen) oder zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung (bei andauernden Wettbewerbsverstößen) besteht.³⁸ Bereits in

³⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374(COD).

³⁷ Siehe Vorschlag zum DMA, Seite 6.

³⁸ Vgl zB *Scholz* in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage 2020, § 22 Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen im EU-Kartellrecht (Art. 102 AEUV), Rn. 23 mit Verweis auf EuG Urt. v. 22.3.2000, Slg. 2000, II-1733, Rn. 81 f. – *Coca-Cola/Kommission*; wo es ferner zudem heißt: "*Etwaige frühere Feststellungen einer beherrschenden Stellung im Hinblick auf dasselbe Unternehmen sind dabei nicht ausschlaggebend, da die von der*

Suiker Unie sprach der EuGH aus, dass für jeden Einzelfall auf die Marktposition abzustellen ist, die das Unternehmen zu dem Zeitpunkt besaß, zu dem die angeblich missbräuchliche Handlung begangen wurde.³⁹ Das Grundkonzept von § 28a KartG widerspricht diesem Grundsatz schon im Ansatz.

- (52) Die Erläuterungen erkennen zwar das Grundproblem von § 28a KartG und halten fest, dass die Feststellung einer Marktbeherrschung "nur über die Marktverhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung absprechen" kann; allerdings sieht das Gesetz keine Lösung für dieses Grundproblem vor. Der Hinweis, dass es "dann am betroffenen Unternehmer liegen wird, aufzuzeigen, inwiefern eine wesentliche Änderung der Umstände eingetreten ist", ist völlig unzureichend. So wäre gesetzlich (und nicht in den Erläuterungen) insbesondere abzubilden, wie die einmal festgestellte marktbeherrschende Stellung beseitigt werden kann.⁴⁰

Schlussbemerkungen

- (53) Anders als in Deutschland mit dem "GWB Digitalisierungsgesetz" greift der österreichische Gesetzgeber nur punktuell digitale Themen im KaWeRÄG 2021 auf. Da die angedachten Änderungen in § 4 und § 4a KartG weitgehend nur dazu führen, dass es zu Klarstellungen kommt, ist zu überlegen, ob nicht der "digitale Teil" des Gesetzesentwurfs insgesamt auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird. Hinsichtlich § 28a KartG erscheint dies jedenfalls notwendig.

Zu Z 22 bis 24 - § 29 KartG: Geldbußentatbestände

- (54) Mit dem neu eingeführten § 29 Abs 2 KartG sollen die Vorgaben des Art 13 Abs 2 der Richtlinie umgesetzt und den "für den Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden" die Kompetenz eingeräumt werden, in Zukunft nicht nur bei Verstößen gegen Art 101, 102 AEUV, sondern auch wegen diverser sonstiger Verstöße (bspw. Nichtduldung einer Nachprüfung bei einer Hausdurchsuchung, Siegelbruch, etc.), Geldbußen zu verhängen.
- (55) Das österreichische Kartellrecht kannte Geldbußentatbestände für solche Zuwiderhandlungen in dieser Form bislang nicht. Bei Verstößen gegen einstweilige Verfügungen oder Abstellungsentscheidungen wurde der fortgesetzte materielle Verstoß als solcher sanktioniert, bei Nichtkooperation in Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen stand daneben die Durchsetzung durch Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt zur Verfügung.

Kommission geforderte erneute Definition des relevanten Marktes und die Analyse der zum Entscheidungszeitpunkt vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen nicht zwangsläufig auf denselben Erwägungen beruhen muss."

³⁹ EuGH 16.12.1975, Slg. 1975, 1663, Rn. 450 – *Suiker Unie u. a./Kommission*; in diesem Sinne auch: OGH 04.04.2005, 16 Ok 20/04 – *Multiplex I*.

⁴⁰ Vgl etwa hinsichtlich rechtskräftiger Beschlüsse im Zusammenhang mit Beschränkungen oder Auflagen freigegebenen Zusammenschlüssen die Regelung in § 12 Abs 3 zweiter Satz KartG.

- (56) Mit der Einführung dieser Geldbußentatbestände nach § 29 Abs 2 KartG wird ein scharfes Mittel gegen ein Verhalten geschaffen, welches unter Umständen nicht wettbewerbswidrig ist; dann nämlich, wenn die einstweilige Verfügung nicht durch Entscheidung im Hauptverfahren bestätigt werden sollte.
- (57) Der Tatbestandskatalog des Art 13 Abs 2 der Richtlinie wurde nicht zur Gänze in den neuen § 29 Abs 2 KartG übernommen, weil etwa für die Nicht-Beantwortung von Fragen bei Auskunftsverlangen bereits in § 11a Abs 3 iVm Abs 5 WettbG – allerdings der BWB – eine Sanktionsbefugnis eingeräumt wurde.

Unternehmen

- (58) In § 29 Abs 2 KartG wird nun explizit festgehalten, dass sich die Geldbuße auch gegen Muttergesellschaften sowie rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger von Unternehmen richten kann. Der Begriff soll wie bislang in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH angewendet werden. Dadurch soll verhindert werden, dass sich Unternehmen durch rechtliche oder organisatorische Änderungen ihrer Verpflichtung zur Zahlung einer Geldbuße für Zuwiderhandlungen gegen Art 101 und 102 AEUV entziehen. Diese Regelung aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht zu begrüßen.

Bemessung

- (59) Die Bemessung der Geldbußen für die Tatbestände des § 29 Abs 2 KartG steht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie. Anzumerken ist allerdings, dass in § 29 Abs 2 KartG lediglich von dem *"im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatz"* die Rede ist. Erst in Zusammenschau mit § 22 KartG kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich dabei um die weltweiten Umsätze handeln muss. In Anlehnung an Art 16 Abs 1 der Richtlinie wäre es empfehlenswert, auch in § 29 Abs 2 KartG eine Klarstellung aufzunehmen.

Anregung eines zusätzlichen Milderungsgrunds in § 30 KartG: Berücksichtigung von kartellrechtlichen Compliance-Programmen bei der Geldbußen-Bemessung („Compliance Defence“)

- (60) Kartellrechtliche Compliance-Programme helfen erwiesenermaßen bei der Vermeidung, Aufdeckung und Abstellung von Kartellverstößen. Die Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Geldbußenbemessung („Compliance Defence“) hat sich in den letzten Jahren gewandelt.⁴¹ Zahlreiche Wettbewerbsbehörden haben bereits Leitlinien erlassen, welche die erforderlichen Kriterien für ein effektives Compliance-Programm anführen, damit dieses gegebenenfalls zu einer Milderung einer

⁴¹ Vgl Dreher/Zimmerer, Effektive Compliance-Programme als Milderungsgrund bei der Geldbußenbemessung. Ein Rechtsvergleich, ÖZK 2017, 59 (62).

Geldbuße führen kann.⁴² In diesem Sinn haben sich auch *Thanner/Becka* für einen solchen Ansatz in Österreich ausgesprochen und Kriterien eines effektives Compliance-Programm aufgelistet.⁴³

- (61) Im Unionsrecht fand diese Entwicklung etwa im Schlussantrag der GA *Kokott* zu EuGH 18.7.2013, C-501/11, *Schindler Holding*, Rn 185, ihren Niederschlag, gemäß denen Compliance-Programme „dann Berücksichtigung verdienen können, wenn sie in der Lage sind, schwerwiegende und lang dauernde Kartellvergehen wirksam zu unterbinden sowie etwa begangene Gesetzesverstöße aufzudecken und sie umgehend abzustellen.“
- (62) Auch das österreichische Kartellgericht hat in den letzten Jahren in mehreren Verfahren ausdrücklich eine Reduktion der Geldbuße für die Einführung oder das Bestehen von Compliance Maßnahmen gewährt.⁴⁴
- (63) In Deutschland fand die *Compliance Defence* mit dem Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle am 19.01.2021 ihre gesetzliche Verankerung in § 81d Abs. 1 Satz 2 GWB. Demgemäß sind kartellrechtliche Compliance-Bemühungen für die Bemessung des Bußgeldes als relevante Umstände heranzuziehen und zwar sowohl Compliance-Bemühungen, die vor als auch nach einer Zuwiderhandlung erfolgten bzw eingerichtet wurden.
- (64) Das Argument, dass ein Compliance-Programm nur dann effektiv sein könnte, wenn es eben zu gar keinem Verstoß kommt, ist nicht mehr zeitgemäß. Im Mai 2021 wurde von dem auf Publikationen zum Kartellrecht spezialisierten Herausgeber *Concurrences Antitrust Publications & Events* erstmals sogar ein eigener *Antitrust Compliance Award* in sechs Kategorien vergeben.⁴⁵ Dies belegt die aktuelle Bedeutung und neuartige Würdigung von Compliance-Programmen. Dem internationalen Trend folgend sollte Österreich somit gesetzlich verankern, dass ein qualifiziertes Compliance-Programm einen Milderungsgrund im Falle eines Kartellverstoßes darstellt. Durch die Ergänzung der Milderungsgründe in einer zusätzlichen Ziffer des § 30 Abs 3 KartG 2005, etwa mit dem Wortlaut „Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen eingeführt hat“, könnte der

⁴² Vgl zB die Leitlinien der Wettbewerbsbehörden der USA (<https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>), von Hong Kong (https://www.compcomm.hk/en/media/reports_publications/files/CC_SME_Brochure_Eng_A5_112019_online.pdf), von Spanien (https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf), von Kanada ([https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-e.pdf)) und von Italien (https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf).

⁴³ Vgl *Thanner/Becka*, Anerkennung von Compliance & die digitale Herausforderung im Kartellrecht, *Compliance Praxis* 4/2018, 30ff.

⁴⁴ OLG Wien 07.10.2013, 26 Kt 105/13 – *Emmi*; OLG Wien 26.11.2014, 29 Kt 60/14 – *Nöm*; OLG Wien 02.07.2015, 26 Kt 9/15 – *Pfeiffer*; OLG Wien 09.09.2015, 24 Kt 35/15 – *Samsung*; OLG Wien 9.11.2017, 24 Kt 7/17k – *iRobot*. OLG Wien, 29.8.2018, 26 Kt 2/18s - *Devolvo Austria*. Soweit ersichtlich waren dies jeweils sog „Settlement-Fälle“ – daher hier hatte zunächst die BWB die Berücksichtigung vorgenommen.

⁴⁵ Vgl <https://compliance.concurrences.com/>.

Gesetzgeber einen entscheidenden Beitrag leisten, die Unternehmen zu mehr und vor allem zu einer effektiveren Prävention von Kartellverstößen zu bewegen.

Zu Z 25 und 26 - § 31 KartG: Unternehmervereinigungen

- (65) § 31 KartG wird mit dem geplanten Gesetz in Einklang mit der Richtlinie gebracht, die eine Ausnahme für Unternehmensvereinigungen, wie sie im KartG bisher vorgesehen war, nicht kennt. Darüber hinaus wird die finanzielle Haftung eines einzelnen Unternehmens für eine Geldbuße der Unternehmensvereinigung mit 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatz dieses Unternehmens gedeckelt, was im Sinne der Kohärenz zu begrüßen ist.

Zu Z 27 - § 33 KartG: Verjährung

- (66) Bereits mit dem KaWeRÄG 2017 erfuhr § 33 KartG eine umfassende Anpassung an europäische Standards. Mit dem KaWeRÄG 2021 wird lediglich noch eine Nachjustierung unternommen. So sieht § 33 Abs 2 KartG neu im Hinblick auf Art 29 der Richtlinie eine Hemmung der Verjährung durch Durchsetzungsverfahren anderer nationaler Wettbewerbsbehörden oder der Europäischen Kommission vor. Voraussetzung hierfür ist (naturgemäß), dass es sich tatsächlich um dieselbe Zuwiderhandlung handelt.
- (67) Im Unterschied zur jetzigen (als § 33 Abs 1 KartG bestehenbleibenden) Regelung, die vorsieht, dass Ermittlungshandlungen der BWB die Frist unterbrechen und dass mit jeder Unterbrechung die Frist von fünf Jahren neu zu laufen beginnt, wird in § 33 Abs 2 KartG neu lediglich eine Hemmung für die Dauer des Verfahrens vor den ausländischen Wettbewerbsbehörden oder der Europäischen Kommission angeordnet.
- (68) Welche Auswirkungen die unterschiedlichen Regelungen in Abs 1 (Unterbrechung durch Ermittlungen der BWB) und Abs 2 (Hemmung für die Dauer der Verfahren anderer Wettbewerbsbehörden) in der Praxis haben werden, ist schwer abschätzbar.

Zu Z 32 - § 35a bis § 35e KartG: Zustellung und Einbringung von Geldbußen und Zwangsgeldern innerhalb der EU und des EWR

§ 35b Abs 3:

- (69) Nach Art 27 Abs 3 lit d) RL 2019/1 EU soll der einheitliche Titel für Ersuchen gemäß Artikel 26 ua folgende Angaben enthalten:

... d) Informationen, die belegen, dass sich die ersuchende Behörde nach besten Kräften um die Vollstreckung der Entscheidung in ihrem Hoheitsgebiet bemüht hat.

- (70) Diese Vorgaben der Richtlinie wurde in § 35 b Abs. 3 nicht umgesetzt, sondern nur Art. 27 Abs. 3 lit a) bis lit c).

- (71) Art 27 Abs 3 lit d) RL 2019/1 EU verfolgt den offensichtlichen Zweck, dass die ersuchende Behörde primär selbst handeln soll und ausländische Amtshilfe erst und ausnahmsweise dann in Anspruch nehmen soll, wenn die Vollstreckung der Entscheidung im eigenen Hoheitsgebiet trotz Bemühungen *nach besten Kräften* nicht möglich ist.

- (72) Art 27 Abs 3 lit d) RL 2019/1 EU sollte in § 35 b Abs. 3 durch eine neue Z 3 mit folgendem Wortlaut umgesetzt werden:

„... 3. Informationen, die belegen, dass sich die ersuchende Behörde nach besten Kräften um die Vollstreckung der Entscheidung in ihrem Hoheitsgebiet bemüht hat.“

§ 35b Abs 6:

- (73) In § 35 b Abs 6 sollte klargestellt werden, dass das Kartellgericht das Gesuch von Amts wegen an die Bundeswettbewerbsbehörde weiterzuleiten hatte:

(6) Wird ein an die Bundeswettbewerbsbehörde zu richtendes Gesuch beim Kartellgericht eingebracht, so hat das Kartellgericht dieses von Amts wegen an die Bundeswettbewerbsbehörde weiter zu leiten. ...

§ 35d Abs 4:

- (74) Die Erläuterungen thematisieren auch den Fall, dass Widersprüche entweder innerhalb des Ersuchens oder zwischen Ersuchen und Titel bestehen. Es wäre sinnvoll, diesen Fall auch im Gesetzestext zu berücksichtigen:

(4) Sind einem Ersuchen nicht die erforderlichen Beilagen angeschlossen, ~~oder~~ enthält der einheitliche Titel nicht die erforderlichen Angaben oder bestehen Widersprüche, so hat das Kartellgericht die ersuchende Wettbewerbsbehörde aufzufordern, binnen einer angemessen festzusetzenden Frist das Fehlende zu ergänzen, ...

§ 35d Abs 7:

- (75) § 35d Abs 7 regelt unter anderem die Folgen von (erfolgreichen) Einwendungen des Zahlungspflichtigen gegen die Rechtmäßigkeit des einheitlichen Titels.
- (76) Hier sollte klargestellt werden, dass die Exekution bei Erfolg der Einwendungen des Zahlungspflichtigen bei der zuständigen Behörde des Staates der ersuchenden Behörde nur auf Antrag des Zahlungspflichtigen eingestellt wird, nachdem das Exekutionsgericht und/oder das Kartellgericht regelmäßig keine Kenntnis davon haben werden, dass Einwendungen Folge gegeben wurde.
- (77) Weiters ist im letzten Satz auch der Fall zu berücksichtigen, dass die *die Entscheidung über die Geldbuße oder das Zwangsgeld oder ihre Vollstreckbarkeit aufgehoben wurde oder die Einbringung aus anderen Gründen nicht mehr begehrt wird* und die ersuchende Behörde – aus welchen Gründen auch immer – die Mitteilung darüber an die ersuchte Behörde unterlässt. Ohne diese Mitteilung würde das Exekutionsverfahren weiter vollzogen werden. Deshalb sollte auch der Zahlungspflichtige die Möglichkeit haben, die Einstellung des Verfahrens zu erwirken. Wenn die ersuchende Behörde diese Mitteilung macht, sollte klargestellt werden, dass die Einstellung der Exekution von Amts wegen zu erfolgen hat.
- (78) Wir schlagen daher folgende Formulierung vor:

„(7) Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit des einheitlichen Titels und den Bestand oder die Vollstreckbarkeit der zu vollstreckenden Entscheidung sind bei der zuständigen Behörde des Staates der ersuchenden Behörde nach dessen Recht geltend zu machen. Hat der Zahlungspflichtige solche Einwendungen erhoben, so kann die Exekution auf Antrag aufgeschoben werden. Wurde den Einwendungen Folge gegeben, so ist die Exekution auf Antrag einzustellen. Die Exekution ist auf Antrag oder von Amts wegen auch einzustellen, wenn ~~die ersuchende Wettbewerbsbehörde mitteilt, dass~~ die Entscheidung über die Geldbuße oder das Zwangsgeld oder ihre Vollstreckbarkeit aufgehoben wurde oder die Einbringung aus anderen Gründen nicht mehr begehrt wird.“

§ 35d Abs 8:

- (79) § 35 d Abs. 8 lautet:
- (8) Die ersuchende Behörde ist über die Ergebnisse der zur Einbringung im Inland vorgenommenen Maßnahmen zu verständigen. Der Erlös aus der Einbringung fällt dem Bund zu.*
- (80) Der erste Satz ergibt sich aus dem Zweck der Amtshilfe, dass die ersuchende Behörde vom Ergebnis seines Ersuchens zu verständigen ist, nachdem das Verfahren in Ihrem Interesse geführt wird.

Dass der Erlös der Exekution bzw Einbringung dem Bund zufallen soll, widerspricht nach unserem Dafürhalten dem Kapitel VII, Amtshilfe, der RL 2019/1 EU.

- (81) In Art 24 RL 2019/1 EU ist ausdrücklich geregelt, dass die für Wettbewerb zuständige nationale Verwaltungsbehörden *im Namen und für Rechnung* anderer nationaler Wettbewerbsbehörden tätig wird. Das ist Sinn und Zweck der Amtshilfe.
- (82) Nach Art 26 RL 2019/1 EU regelt eine Unterstützung bei der Vollstreckung von Entscheidungen, aber nicht, dass der zu vollstreckende Anspruch auf den ersuchten Staat übergeht und der Erlös dem ersuchten Staat zufällt.
- (83) Der ersuchende Staat beantragt deshalb Amtshilfe, damit der ersuchte Staat ihm bei der Durchsetzung **seiner** Ansprüche unterstützt bzw hilft. Die (finanziellen) Ansprüche des ersuchenden Staates werden durch Amtshilfe nicht zu Ansprüchen des ersuchten Staates. Dementsprechend widerspräche es dem Rechtsinstitut der Amtshilfe, wenn die einbringlich gemachten Kapitals- und Zinsenbeträge nicht der ersuchten Behörde oder dem von ihr benannten Rechtsträger auszuhändigen wären, sondern dem Bund zufallen würden.
- (84) Die Kosten und Gebühren im Zusammenhang mit der Vollstreckung sollen dem Bund zufallen, nicht hingegen Kapital und Zinsen der vollstreckten Forderung.
- (85) Der Schlusssatz sollte daher lauten:

„... Das einbringlich gemachte Kapital und die Zinsen der vollstreckten Forderung sind der ersuchenden Behörde oder dem von ihr benannten Rechtsträger auszufolgen. Kosten und Gebühren im Zusammenhang mit der Vollstreckung fallen dem Bund zu.“

§ 35e:

- (86) Das eben dargestellte Problem stellt sich auch in § 35 e mit umgekehrten Rollen.
- (87) Hier würde sich anbieten, in Abs. 1 folgenden Schlusssatz anzufügen:

„... Im Ersuchen ist auch anzuführen, auf welches Konto Erlöse aus der Vollstreckung zu überweisen sind.“

Zu Z 38 - § 39 KartG: Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Akteneinsicht

- (88) Grundsätzlich wäre es sinnvoll, statt einer Ergänzung des Abs. 2 einen eigenen neuen Abs. 3 zu erstellen, nachdem hier zwei unterschiedliche Themenbereiche im selben Abs 2 geregelt werden würden.
- (89) Im ersten Satz des § 39 Abs 2 sollte das Wort *kann* durch *darf* ersetzt werden.

(90) Im zweiten Satz wäre es sinnvoll, den Wortlaut des Art. 31 Abs. 4 RL 2019/1 EU zu übernehmen, nachdem diese Formulierung weiter ist als die RV.

(91) Wir schlagen folgende Formulierung vor:

„In eine Kronzeugenerklärung (§ 37b Z 4) oder Vergleichsausführung (§ 37b Z 5) ~~darf kann~~ neben den Amtsparteien nur ein als Partei beteiligter Unternehmer oder eine solche Unternehmervereinigung ~~und auch dies~~ nur für Zwecke der Ausübung seiner bzw. ihrer Verteidigungsrechte in dem betroffenen Verfahren Einsicht nehmen. Die durch Einsicht in die Akten gewonnenen Informationen aus Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen darf diese Partei außerhalb des Verfahrens vor dem Kartellgericht oder dem Kartellobergericht nur verwenden, wenn dies erforderlich ist für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte in Verfahren vor nationalen Gerichten in Rechtssachen, die sich unmittelbar auf den Fall beziehen, in dem Akteneinsicht gewährt wurde, und diese Verfahren die Aufteilung einer den Kartellbeteiligten von einer nationalen Wettbewerbsbehörde gesamtschuldnerisch auferlegten Geldbuße auf die einzelnen Kartellbeteiligten oder die Überprüfung einer Entscheidung, mit der eine nationale Wettbewerbsbehörde eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV oder Bestimmungen des nationalen Wettbewerbsrechts festgestellt hat.“

Zu Z 39 - § 49 KartG: Rechtsmittelverfahren

(92) Zur Klarstellung der Rechtslage sollte in Abs 2 erster Satz die Wortfolge wie folgt ergänzt werden:

„... die Rekursfrist gegen einstweilige Verfügungen, Abweisungen und Zurückweisungen von Anträgen auf Erlassung von einstweiligen Verfügungen, Entscheidungen nach § 37 Abs. 2 oder Zwischenerledigungen vierzehn Tage.“

Zu Z 46 - § 83a KartG: Austausch von Kronzeugenerklärungen

(93) Mit § 83a KartG wird nahezu wortgleich die Bestimmung des Art 31 Abs 6 der Richtlinie umgesetzt.

(94) Damit soll die bestehende Möglichkeit des Informationsaustausches zwischen Wettbewerbsbehörden für den Austausch von Kronzeugenerklärungen zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden dahingehend konkretisiert werden, dass ein solcher nur möglich sein soll, wenn dem die betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zustimmen oder solche Erklärungen den beteiligten Wettbewerbsbehörden ohne Rückzugsmöglichkeit des Erklärenden ohnedies vorliegen. Dies ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht zu begrüßen.

Zu Artikel 2: Änderung des Wettbewerbsgesetzes

- (95) Die geplante Änderung des WettbG betrifft drei Themenbereiche. Zum ersten dient die Novelle der Umsetzung der ECN+ Richtlinie in Bezug auf die Aufgaben und Befugnisse der BWB (insb zur Kronzeugenregelung). Zum zweiten soll die Wettbewerbskommission aufgewertet werden. Drittens enthält der Entwurf einige Klarstellungen und Anpassungen, was die Beziehungen der BWB zum BMDW betrifft, sowie eine Stärkung des Grundrechtsschutzes im Kartellrechtvollzug.

Zu Z 3 - § 1 Abs 4 WettbG: Berichtspflicht der BWB gegenüber der BMDW

- (96) Die Studienvereinigung Kartellrecht bedauert, dass die geplante Verankerung einer Berichtspflicht der BWB gegenüber der BMDW im neuen § 1 Abs 4 WettbG zu einer medial geführten Auseinandersetzung geführt hat. Diese beruht offenbar teilweise auf Missverständnissen. Die Studienvereinigung Kartellrecht hofft, mit den folgenden Anmerkungen einige Hinweise und Anregungen geben zu können, um in dieser Frage zu einem Einvernehmen zwischen den betroffenen Institutionen zu finden:
- (97) Die BWB ist seit ihrer Einrichtung im Jahr 2002 weisungsfrei und unabhängig und verfügt damit als Organ der Bundesverwaltung über eine sehr starke Position. Bereits damals ging der Gesetzgeber davon aus, dass „[d]ie weisungsfreie Konstruktion ... notwendig und international üblich [ist]“ (GP XXI Erl RV 1005 S 20). Die seit jeher bestehende Weisungsfreiheit der BWB wird von der Studienvereinigung Kartellrecht im Kernbereich des Kartellvollzugs, der Verfolgung von gravierenden Wettbewerbsverstößen, nachdrücklich begrüßt. § 1 Abs 3 der Stammfassung des WettbG ordnete noch im Verfassungsrang an, dass der Generaldirektor für Wettbewerb und im Verhinderungsfall der Stellvertreter bei der Besorgung der in § 2 WettbG genannten Aufgaben weisungsfrei und unabhängig ist.
- (98) Mit BGBl I Nr 2/2008 hat der Gesetzgeber die Bundesverfassung um sog. „fugitive“ Verfassungsbestimmungen bereinigt. Damals wurde § 1 Abs 3 WettbG von einer Verfassungsbestimmung in eine einfachgesetzliche Bestimmung umgewandelt. Hintergrund dafür war, dass damals in Art 20 Abs 2 B-VG eine generelle Ermächtigung zur Weisungsfreistellung bestimmter Kategorien von Behörden durch einfaches Gesetz eingeführt wurde. Diese Bestimmung sieht vor, dass (ua) Organe zur Sicherung des Wettbewerbs durch Gesetz von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden können, eine ersichtlich auf die BWB zugeschnittene Regelung. Zugleich hat das österreichische Parlament damals verfügt, dass in dem betreffenden Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen ist. Dazu zählt zumindest das Recht des zuständigen Bundesministers, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien

Organe zu unterrichten, und das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzuberaufen. Damit wurde dem verfassungsrechtlichen Grundprinzip Rechnung getragen, dass sämtliche Aufgaben der Verwaltung letztlich unter der Verantwortung der obersten Organe des Bundes (im vorliegenden Fall also des BMDW) zu führen sind. Flankierend dazu wurde Art 52 Abs 1a B-VG geschaffen, wonach der Leiter eines gemäß Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfreien Organs jederzeit verpflichtet ist, den Ausschüssen des Nationalrats und des Bundesrats zu allen Gegenständen der Geschäftsführung Rede und Antwort zu stehen.

- (99) Die Formulierung von § 1 Abs 4 WettbG im Entwurf ist offenkundig an § 5 Abs 3 E-Control-Gesetz angelehnt. Das ursprünglich im E-Control-Gesetz normierte Unterrichtsrecht des BMDW wurde vor dem Hintergrund der Entscheidung des VwGH vom 23.11.2016 (Ro 2016/04/0013) geändert. Der VwGH hatte die korrekte Umsetzung der unionsrechtlich vorgegebenen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in Zweifel gezogen. Deshalb wurde 2017 vom Gesetzgeber die Wortfolge „soweit dies nicht der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde im Sinne von Art. 35 Abs. 4 Richtlinie 2009/72/EG und Art. 39 Abs. 4 Richtlinie 2009/73 widerspricht“ eingefügt (BGBl I Nr 108/2017). Der Entwurf greift für § 1 Abs 4 WettbG insoweit auf ein Konzept zurück, das bereits höchstgerichtlich im Hinblick auf adäquate Unabhängigkeitsgarantien überprüft wurde.
- (100) Rechtsvergleichend ist eine Gegenüberstellung mit der Situation in Deutschland interessant. Das deutsche Bundeskartellamt ist als selbständige Bundesoberbehörde eingerichtet und dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zugeordnet (vgl § 51 GWB). Damit geht nicht nur eine Berichtspflicht gegenüber dem Ministerium einher; das Wirtschaftsministerium verfügt in Deutschland sogar über das Recht zum Erlass von allgemeinen Weisungen. Das Beispiel Deutschland zeigt, dass Aufsichtsrechte der obersten Leitungsorgane des Bundes nicht automatisch mit einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit oder gar mit einer Schwächung der Behörde gleichgesetzt werden können, sondern im Idealfall die Basis für einen fruchtbringenden Dialog zwischen der unabhängigen Vollzugsbehörde und der politischen Ebene sind.
- (101) In der aktuellen Diskussion wird in manchen Medienberichten demgegenüber auf die Gefahr hingewiesen, dass sich das BMDW von der BWB über anhängige Ermittlungsverfahren informieren und das dadurch erlangte Wissen (etwa über geplante Hausdurchsuchungen) an die betroffenen Unternehmen weitergeben könnte (was wohl als Amtsmissbrauch zu qualifizieren wäre). Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt daher zur Klarstellung vor, den geplanten § 1 Abs 4 WettbG wie folgt zu modifizieren:

"(4) Die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort hat in Übereinstimmung mit Art 20 Abs 2 B-VG das Recht, sich jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung ~~und Aufgabenerfüllung~~ der Bundeswettbewerbsbehörde zu unterrichten. Die

Bundswettbewerbsbehörde hat der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unverzüglich ~~und~~ auf Verlangen ~~schriftlich~~ alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten. Sowohl das Verlangen als auch die Beantwortung haben schriftlich zu erfolgen. Über Ermittlungen in Einzelfällen hat die Bundeswettbewerbsbehörde erst dann zu berichten, wenn die entsprechenden Verfahren abgeschlossen sind. Auch nach Beendigung von Ermittlungen in Einzelfällen besteht keine diesbezügliche Berichtspflicht, soweit dies ~~nicht~~ der Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV (und sinngemäß der § 1 und § 5 KartG) im Sinne von Art. 4 Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. Nr. L 11 vom 14.1.2019 S.3, ~~widerspricht~~ widersprechen würde."

- (102) Für die Zukunft erlaubt sich die Studienvereinigung Kartellrecht die Anregung, die Rahmenbedingungen für die Tätigkeiten der BWB beim Vollzug des ersten und zweiten Abschnitts des KartG (Kartelle und Marktmachtmissbräuche) stärker an den Rechtsrahmen für die Staatsanwaltschaften anzunähern. Berichtspflichten (sei es gegenüber einem Minister oder gegenüber dem Parlament) können und sollten kein Ersatz für effiziente Rechtsschutzverfahren sein.
- (103) Derzeit (und auch nach dem nunmehr vorliegenden Entwurf) sind sowohl die Verteidigungsrechte der Unternehmen, gegen die ermittelt wird, als auch der Opferschutz in wettbewerbsbehördlichen Verfahren unterentwickelt. So hat nach § 106 StPO jede Person, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein, die Möglichkeit, Einspruch an das Gericht zu erheben. Eine vergleichbare Bestimmung für den Tätigkeitsbereich der BWB fehlt. Dies führt – worauf die Studienvereinigung Kartellrecht schon anlässlich ihrer Stellungnahme zum geplanten KaWeRÄG 2017 hingewiesen hat – zu Rechtsschutzlücken, wenn Ermittlungshandlungen der BWB (wie zB – als rein hypothetische Beispiele – unverhältnismäßig weitreichende Auskunftsverlangen, die Verweigerung der Teilnahme von Vertrauensanwälten bei der Befragung von Auskunftspersonen oder rechtswidrige Anordnungen im Rahmen von Hausdurchsuchungen) zwar einfachgesetzlich unzulässig, aber nicht exzessiv iSd Rsp des VfGH sind. Diese gesetzlichen Rechtsschutzdefizite sind geeignet, Interventionen der Betroffenen beim BMDW auszulösen und sollten bei einer zukünftigen Reform beseitigt werden. Zudem wäre wünschenswert, die Position von (potenziellen) Opfern von Wettbewerbsverstößen an deren Rechte nach der StPO anzunähern.

Zu Z 5 bis 7 - § 2 WettbG: Neustrukturierung des Aufgabenkatalogs der BWB

- (104) Die geplante Neustrukturierung des Aufgabenkatalogs der BWB in § 2 WettbG ist zu begrüßen. In der Tat ist die BWB nicht nur mit Aufgaben betraut, die zur Kerntätigkeit einer nationalen Wettbewerbsbehörde iSd ECN+ Richtlinie zählen, sondern auch mit zahlreichen darüber hinausgehenden Agenden. Die Anforderungen, die sich für die Tätigkeit der BWB etwa im Hinblick auf die Achtung von Grundrechten ergibt, sind aber von Materie zu Materie unterschiedlich. Schon allein deswegen ist es hilfreich, wenn der Aufgabenkatalog der Behörde klar strukturiert ist.
- (105) Zu erwägen wäre, den Aufgaben der BWB im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle in § 2 WettbG einen eigenen Absatz zu widmen. Bei der Zusammenschlusskontrolle handelt es sich im Prinzip um eine typische Verwaltungstätigkeit, die ein völlig anderes Gepräge hat als die quasi-staatsanwaltschaftlichen Funktionen der BWB bei der Verfolgung von Kartellen und schweren Fällen des Marktmissbrauchs. Schon aufgrund der thematischen Nähe zur Investitionskontrolle, die im Entwurf zurecht betont wird, könnte es zukünftig sinnvoll sein, für diesen Bereich noch mehr als bisher eigenständige Verfahrenswege zu schaffen.
- (106) Die einzige inhaltliche Veränderung im Aufgabenkatalog der BWB (abgesehen von der Geschäftsführung für die Wettbewerbskommission) ist, dass die BWB zukünftig nicht mehr die Aufgabe haben soll, von sich aus Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik abzugeben. § 2 Abs 1 Z 5, wo dies derzeit verankert ist, soll nach dem Entwurf gestrichen werden (laut Erläuterungen geschieht dies „[i]m Sinne der Stärkung der Kernaufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde im Bereich der Verfolgung von Wettbewerbsrechtsverstößen“). Selbst zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik soll die Behörde künftig nur noch dann förmlich Stellung nehmen, wenn sie von der BMDW darum ersucht wird (vgl § 10 Abs 2 des Entwurfs).
- (107) Die Studienvereinigung Kartellrecht meint, dass es durchaus zu den typischen Aufgaben einer Wettbewerbsbehörde zählt, nicht nur Einzelfälle zu bearbeiten, sondern auch gewisse wettbewerbspolitische Aussagen aufgrund ihrer in der „Fallarbeit“ erworbenen Sachkompetenz in öffentlichen Stellungnahmen zu machen, die auch für die Rechtsanwender nützlich sind, um die Haltung der Wettbewerbsbehörde zu bestimmten aktuellen wettbewerbspolitischen Themen besser einschätzen zu können. Freilich ist einzuräumen, dass der bisherige Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 5 („Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik“) über die typische Rolle einer Wettbewerbsbehörde hinausgeht. Allerdings ließe sich dies dadurch beheben, dass der Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 5 WettbG angepasst wird („Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik“), die Bestimmung aber an dieser Stelle belassen wird (nach der Neustrukturierung des Entwurfs allenfalls nun als Z 6). Der im Entwurf vorgesehene § 10 Abs 2 (mit dem Recht der

Bundesministerin, die BWB um solche Stellungnahmen zu ersuchen), könnte dennoch hinzukommen, um diese Möglichkeit zu schaffen.

Zu Z 11 - § 3 Abs 2 WettbG: Beratender Ausschuss der Mitgliedstaaten bei Zusammenschlüssen

(108) § 3 Abs 2 des Entwurfs sieht vor, dass Österreich im Beratenden Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach der FKVO zukünftig sowohl durch die BWB als auch das BMDW vertreten sein soll. Das trägt offenbar dem zunehmend politischen Charakter von Fusionskontrollverfahren Rechnung. Eine ähnliche Bestimmung enthält § 50 Abs 4 2. Satz des GWB idF der 10. GWB-Novelle (wobei die Position der BWB im Vergleich zum Bundeskartellamt sogar stärker ausgeprägt ist).

Zu Z 21 und 22 - § 10 Abs 5 und 6 WettbG: Zusammenschlusskontrolle – Verfahren

Verpflichtung der BWB zur Einladung der WBK zur Stellungnahme (§ 10 Abs 5 WettbG)

(109) Von der geplanten Änderung des § 10 Abs 5 WettbG bittet die Studienvereinigung Kartellrecht Abstand zu nehmen: Eine Verpflichtung der BWB zur Einladung der WBK zur Stellungnahme bei Modifikationen des ursprünglichen Zusammenschlussvorhabens, die dessen nunmehrige Vereinbarkeit mit dem KartG sicherstellen (also künftig auch dann, wenn die WBK zum Zusammenschluss gar keine Empfehlung nach §17 WettbG abgegeben hat), wäre insb in „Phase I-Verfahren“ (also noch vor einem kartellgerichtlichen Verfahren) nicht vereinbar mit der kurzen Frist, innerhalb der solche Verfahren durch BWB und BKANw abzuwickeln sind (was aus Sicht der Anwälte und der Unternehmen ein hohes Gut ist). Die praktische Folge wäre wohl, dass Verpflichtungszusagen in Phase I so gut wie nicht mehr vorkommen und viel mehr Prüfungen von Zusammenschlüssen in Verfahren vor dem Kartellgericht erfolgen müssten, was für alle Beteiligten mit einem eminenten Aufwand verbunden wäre. Hier sollte am bisherigen Gesetzestext festgehalten werden.

Verpflichtung der BWB zur Weiterleitung von Anmeldungen an das BMDW (§ 10 Abs 6 WettbG)

(110) Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist die durch die Änderung von § 10 Abs 6 WettbG geplante Weiterleitung sämtlicher bei der BWB eingereichter Zusammenschlussanmeldungen an das BMDW zur Wahrnehmung der Aufgaben nach dem InvKG überschießend. Wie in den Materialien zum Entwurf richtig festgestellt wird, kann ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss auch eine Direktinvestition iSd InvKG darstellen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jeder nach § 9 KartG anmeldepflichtige Zusammenschluss zwangsläufig einer Genehmigungspflicht nach § 2 InvKG unterliegt. Vielmehr handelt es sich bei vielen der bei der BWB angemeldeten Zusammenschlüsse um

Transaktionen, bei denen (a) die Erwerber keine ausländische Personen iSv § 1 Z 2 InvKG sind oder (b) kein (österreichisches) Zielunternehmen iSv § 1 Z 5 InvKG beteiligt ist. Überdies betrifft auch nur ein Teil der bei der BWB eingereichten Zusammenschlussanmeldungen überhaupt Investitionen in Unternehmen, die in einem der in der Anlage zum InvKG angeführten Bereiche tätig sind. In sämtlichen dieser Konstellationen gelangt das InvKG nicht zur Anwendung. Eine automatische Weiterleitung aller bei der BWB eingelangter Zusammenschlussanmeldungen hätte damit zur Folge, dass eine große Zahl von Zusammenschlussanmeldungen und deren Beilagen (mit vertraulichen Unternehmensinformationen und personenbezogenen Daten) an das BMDW übermittelt werden, obwohl viele davon keinen Bezug zum InvKG aufweisen. Wir befürchten, dass für die Durchsicht von Zusammenschlussanmeldungen wertvolle Ressourcen der Abteilung für Investitionskontrolle beim BMDW ohne hinreichenden Erkenntnisgewinn aufgewendet werden müssten.

- (111) Die Information, dass eine bestimmte Transaktion als Zusammenschluss bei der BWB angemeldet wurde, wird infolge der Veröffentlichungspflicht nach § 10 Abs 3 Z 2 KartG iVm § 10b WettbG ohnehin auf der Webseite der BWB bekanntgemacht. Anzudenken wäre, die diesbezüglichen Informationen zukünftig dadurch aussagekräftiger zu machen, dass im Veröffentlichungstext auch anzuführen ist, ob der Zusammenschluss (auch) ein Zielunternehmen iSv § 1 Z 5 InvKG betrifft. Sollte das BMDW zur Wahrnehmung der Aufgaben nach dem InvKG im Einzelfall (zum Beispiel infolge eines begründeten Verdachts der Verletzung des Durchführungsverbots) Informationen aus einer bestimmten Zusammenschlussanmeldung benötigen, könnten diese nach der geplanten Neufassung von § 2 Abs 1 Z 4 WettbG im Wege der Amtshilfe von der BWB angefordert werden, was die Studienvereinigung Kartellrecht als sinnvoll begrüßt.

<p>Z 44 und Z 47 - § 16 Abs 2 und Abs 6 WettbG und Z 49 - § 17 Abs 3 WettbG: Aufwertung der Wettbewerbskommission</p>
--

- (112) Im September 2020 haben die vier Sozialpartner und die Industriellenvereinigung ein gemeinsames Positionspapier veröffentlicht („Aktuelle Herausforderungen für ein modernes Wettbewerbsrecht - Handlungsempfehlungen für den europäischen und nationalen Gesetzgeber“). Darin wurde ua eine Aufwertung der Wettbewerbskommission (**WBK**) empfohlen.
- (113) Der gesetzliche Aufgabenkatalog der WBK, die sich konzeptionell zum einen am früheren Paritätischen Ausschuss für Kartellangelegenheiten und zum anderen an der deutschen Monopolkommission orientiert, ist seit ihrer Einrichtung im Jahr 2002 unverändert. Im Positionspapier der Sozialpartner wird zurecht darauf hingewiesen, dass bisherige Vorschläge des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen, wonach der WBK sowohl inhaltlich als auch finanziell ein größerer Handlungsspielraum eingeräumt

werden sollte, bislang nicht aufgegriffen wurden. Im Positionspapier wird folgende Empfehlung abgegeben. *„Wenngleich die WBK in regelmäßigen Sitzungen mit der BWB und dem BMDW ihre Expertise zu unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Fragestellungen beratend einbringt, so könnte das Potential der WBK noch stärker genutzt werden. Dies wäre beispielsweise bei der Einbindung der WBK bei von der Europäischen Kommission (EK) geprüften Zusammenschlüssen der Fall, die in eine zweite Prüfphase gehen und direkt oder indirekt auch Österreich betreffen. Die WBK sollte auch in diesen Fällen frühzeitig informiert werden und die Möglichkeit erhalten, gegenüber der BWB Empfehlungen auszusprechen, welche diese wiederum bei ihrer Positionierung im Beratenden Ausschuss gemäß EU-Fusionskontrollverordnung berücksichtigen sollte. Angeregt wird darüber hinaus, dass die WBK gemeinsam mit dem BMDW (unter Einbindung der BWB) mögliche zusätzliche Aufgabenstellungen prüft und allenfalls notwendige gesetzliche Anpassungen vorgenommen werden.“*

(114) Im Entwurf werden diese Empfehlungen teilweise aufgegriffen, eine echte Aufwertung der WBK ist damit aber nur partiell verbunden: Neben einem Stellungnahmerecht der WBK bei europäischen Fusionsfällen mit überragender wirtschaftspolitischer Bedeutung für Österreich (§ 3 Abs 2 WettbG neu) wird etwa folgendes vorgesehen:

- Um die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der WBK gegenüber dem BMDW und auch gegenüber der BWB zu verdeutlichen, wird nunmehr ermöglicht, dass die WBK auch ohne Beisein eines Vertreters der BWB Sitzungen abhalten kann (§ 16 Abs 6 WettbG neu); ausdrücklich vorgesehen ist zudem die Wahl eines Schriftführers (§ 16 Abs 2 WettbG neu).
- Ferner werden die Informationsrechte gegenüber der BWB verbessert (§ 2 Abs 1 Z 4 und § 17 Abs 3 WettbG neu).

(115) Nach den Erfahrungen der Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht hat die WBK seit ihrer Einrichtung in der österreichischen Kartellrechtspraxis ein Schattendasein geführt. Die jährlichen Empfehlungen der WBK sind interessant, hatten aber nur selten einen ersichtlichen Einfluss auf die Prioritäten, welche die BWB in ihrer Vollzugstätigkeit setzt. Von der Möglichkeit, Empfehlungen in Zusammenschlussverfahren abzugeben, hat die WBK, soweit ersichtlich, nur in der Anfangsphase des WettbG und insgesamt höchst selten Gebrauch gemacht.

(116) Das österreichische Kartellrecht wurde über viele Jahrzehnte (von 1952 bis 2002) von den Sozialpartnern geprägt. Nach den Erfahrungen unserer Mitglieder, deren Praxis in die 1990er Jahre zurückreicht, hat sich der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten zumindest bis zum österreichischen EU-Beitritt bewährt. Seine Gutachten waren, getragen von den Erfahrungen und Beobachtungen der Sozialpartner, von einem pragmatischen Wirtschaftsverständnis und einem Bestreben nach einem angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz des Wettbewerbs einerseits und der Förderung von darüber hinausgehenden volkswirtschaftlichen Interessen andererseits geprägt. In

mancher Hinsicht ist es bedauerlich, wenn diese Expertise heute im Kartellrechtvollzug kaum noch genutzt wird. Auf der anderen Seite fragt sich, inwieweit sozialpartnerschaftliche Strukturen bei der Regulierung einer Wirtschaft, die von der Einbettung in die Europäische Union und von der Schnelllebigkeit des digitalen Umfelds getrieben ist, noch eine tragende Rolle spielen können und sollen. Ob die WBK aufgewertet oder (was wohl die konsequente Alternative wäre) abgeschafft wird, ist somit in erster Linie eine politische Frage, die im Dialog des Gesetzgebers mit den Sozialpartnern zu beantworten ist, und der die Studienvereinigung Kartellrecht als unpolitische Vereinigung naturgemäß neutral gegenübersteht.

- (117) Eine Möglichkeit, der WBK eine ihrer Zusammensetzung und Fachkunde entsprechende Rolle zu geben, bestünde etwa in Verfahren vor dem Kartellgericht in Anlehnung an das bereits bestehende Stellungnahmerecht von Regulatoren. § 46 KartG könnte wie folgt erweitert werden:

Stellungnahmen der Regulatoren und der Wettbewerbskommission

„Das Kartellgericht kann durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichtete Behörden (Regulatoren) sowie die Wettbewerbskommission auffordern, Stellungnahmen zu den den jeweiligen Wirtschaftszweig betreffenden Fragen ~~auch in den Verfahren abzugeben, in denen sie nicht Antragsteller sind~~. Die Regulatoren und die Wettbewerbskommission sind berechtigt, solche Stellungnahmen auch ohne Aufforderung durch das Kartellgericht abzugeben.“

Zu Z 31 - § 11b Abs 1 Z 1 bis 4: Kronzeugen – Materielle Voraussetzungen

- (118) Die Anpassung der Voraussetzungen für die Gewährung des Kronzeugenstatus im § 11b Abs 1 Z 1 bis 4 im Sinne ihrer Anpassung an die ECN+ Richtlinie ist uE, sowohl was die Reihenfolge als auch die Wortwahl anlangt, zweckmäßig vorgenommen worden.
- (119) Der Hinweis in den Erläuterungen, laut dem "jedoch kein gesonderter Anspruch eines Unternehmers oder einer Unternehmervereinigung auf Kronzeugenbehandlung besteht" ist uE aber überschießend:
- (120) Der Wortlaut von § 11b Abs 1 WettbG lässt der Behörde zwar unverändert einen gewissen Ermessensspielraum bei Anwendung der Kronzeugenregelung (Arg "kann davon Abstand nehmen"). Das von der BWB herausgegebene Handbuch zur Kronzeugenregelung hält aktuell aber klar fest, dass die Kronzeugenregelung die Voraussetzungen festlegt, unter welchen ein Absehen von der Beantragung einer Geldbuße bzw die Beantragung einer reduzierten Geldbuße zu erfolgen *hat*.⁴⁶ Mit der oben zitierten Formulierung in den Erläuterungen zum Entwurf würde der Status Quo für potenzielle Kronzeugen verschlechtert und das Kronzeugenprogramm damit unattraktiver gemacht werden. Auch

⁴⁶ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2018), Rn 3.

erscheint es aus Sicht der Behörde zweckmäßig, keine Unsicherheit einzuführen, die bis dato nicht bestand. Wir regen daher an, diesbezüglich die bisherige Rechtslage fortzuschreiben. Im Sinne ausreichender Rechtssicherheit für Kronzeugen ist es wünschenswert, wenn auch die in § 11b Abs 4 vorgesehene Verordnung der Ministerin der BWB den bisherigen Ermessensspielraum im Hinblick auf den Erlass der Geldbuße bei Vorliegen aller Voraussetzungen bestehen lässt.

- (121) Das Verbot nach § 11b Abs 1 Z 2 letzter Satz, weder die Tatsache noch den Inhalt des Ersuchens um Vorgehen nach § 11b offenzulegen, bis die BWB die an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmer oder Unternehmensvereinigungen nach § 13 Abs 2 informiert, soll nach den Erläuterungen der Integrität der Ermittlungshandlungen dienen. Noch aufzunehmen wäre eine Bestimmung, die es der Behörde offenlässt, mit Kronzeugen eine davon abweichende Vereinbarung zu treffen, wie dies auch in Art 19 lit b (v) ECN+ Richtlinie abgebildet ist. Dies kann im Einzelfall den Handlungsspielraum der Behörde und des Kronzeugen erweitern, ohne die Integrität der Ermittlungshandlungen zu gefährden. Auch die Offenlegung gegenüber anderen Wettbewerbsbehörden sollte vom Verbot nach § 11b Abs 1 Z 2 letzter Satz WettbG ausgenommen sein (vgl Art 19 lit c (ii) ECN+ Richtlinie).

Zu Z 34 - § 11b Abs 3 und 4: Kronzeugen – BWB-Verfahren und Verordnung des BMDW

- (122) Die ausdrückliche Normierung der schon bisherigen Praxis, dass ein Kronzeugenantrag, der nicht alle Voraussetzungen des Abs 1 erfüllt, ohne weiteren Antrag (wie ihn die ECN+ Richtlinie vorsehen würde) als Ersuchen auf Ermäßigung der Geldbuße nach Abs 2 zu betrachten ist, ist zu begrüßen.
- (123) Eine Verordnungsermächtigung betreffend die Anwendung des § 11b Abs 1 bis 3 WettbG sehen wir grundsätzlich als ins System des Stufenbaus der österreichischen Rechtsordnung passend. Inhaltlich hat sich das von der BWB geschaffene Handbuch zur Kronzeugenregelung jedoch bewährt, weshalb sich die Bestimmungen einer solchen Verordnung an den bisher gelebten Regelungen des Handbuchs anlehnen sollten (sofern die ECN+ Richtlinie nicht in einzelnen Punkten explizit abweichende Vorgaben enthält).
- (124) Die im Entwurf vorgesehene Anhörung der BWB vor Erlass dieser Verordnung ist jedenfalls notwendig. Statt einer Anhörung der Wettbewerbskommission (die im Übrigen in der Textgegenüberstellung fehlt) ist jedoch eine Anhörung des Bundeskartellanwalts vorzusehen, zumal ihm ja eine wesentliche Rolle bei der Anwendung der „kartellstrafrechtlichen“ Regelung für Mitarbeiter von Kronzeugenunternehmen § 209b StPO zukommt.
- (125) Wünschenswert wäre überdies eine über eine schlichte Anhörung hinausgehende, möglichst enge Abstimmung und Einbindung der BWB und des Bundeskartellanwaltes in die Konzeption und Textierung der Verordnung, um größtmöglichen Praxisbezug sicherzustellen.

- (126) Alternativ sind jene Bestimmungen, die die ECN+ Richtlinie vorschreibt, direkt im Gesetz aufzunehmen und die Praxis dazu wieder in einem Kronzeugenhandbuch aufzunehmen. Auch diese Vorgehensweise hat sich nämlich sehr bewährt und bei der Erstellung des Handbuches ist etwa auch eine Einbindung anderer Experten zB des Kartellgerichts und der Anwaltschaft durch die BWB erfolgt.
- (127) Im Übrigen verweisen wir auf das – für eine optimales Funktionieren notwendige – bestmögliche Zusammenwirken der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung mit der „kartellstrafrechtlichen“ Regelung für kooperierende Mitarbeiter von Kronzeugenunternehmen gemäß § 209b StPO – siehe dazu sogleich unten (im letzten Abschnitt unserer Stellungnahme).

Umsetzung von Art 31 Abs 1 der Richtlinie 1/2019

- (128) Nach Art 31 Abs 1 ECN+ Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Informationen, die nationalen Wettbewerbsbehörden im Zuge von Hausdurchsuchung, Auskunftsverlangens oder einer Befragung erlangt haben, nicht als Beweismittel für die Verhängung von Sanktionen gegen die betreffende natürliche Person oder enge Angehörige dieser Person verwendet werden dürfen. Der Entwurf zum KaWeRÄG 2021 sieht hier explizit keinen Umsetzungsbedarf.
- (129) Ein solcher besteht aber aus Sicht der Praxis, da nach § 78 StPO grundsätzlich jede Behörde oder öffentliche Dienststelle bei Verdacht einer Straftat zur Anzeige an Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft verpflichtet ist und die Bundeswettbewerbsbehörde daher im Falle eines Verdachts nach §§ 168b oder 146 StGB unter der erwähnten Anzeigepflicht steht (zur Frage, inwiefern hier eine in der strafrechtlichen Literatur vertretene Auffassung zum Tragen kommt, wonach eine Interessensabwägung zwischen Amtsverschwiegenheit und Anzeigepflicht besteht, besteht für Kartellfälle keine gesicherte Praxis).
- (130) Jedenfalls aber wäre im Sinne der Richtlinie vorzusehen, dass Informationen, die der Behörde aufgrund von Kronzeugenanträgen übermittelt werden (insbesondere Eidesstättige Erklärungen), nicht als Grundlage für Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden und insbesondere auch nicht zu der oben erwähnten Anzeigepflicht führen. Parallele Ermittlungen von Wettbewerbs- und Strafbehörden sind trotz der Aussicht auf eine Einstellung nach § 209b StPO für die beteiligten natürlichen Personen sowie das kooperierende Unternehmen in der Praxis eine derartige Belastung, dass eben jener Effekt eintritt, der durch die ECN+ Richtlinie verhindert werden soll – nämlich dass das drohende Strafverfahren bzw die Ermittlungen geeignet sind, Unternehmen davon abzuhalten, einen Kronzeugenantrag zu stellen.

(131) Dies könnte durch Einführung folgender Bestimmung erfolgen (allenfalls einzufügen als zusätzlicher Absatz in § 11a WettbG):

„Wenn die Bundeswettbewerbsbehörde in Wahrnehmung ihrer Befugnisse nach § 11a WettbG bei der Befragung einer natürlichen Person oder im Rahmen eines an eine natürliche Person gerichteten Auskunftsverlangens Informationen verlangt, dürfen diese Informationen nicht als Beweismittel für die Verhängung von strafgerichtlichen Sanktionen gegen die betreffende natürliche Person oder gegen Angehörige dieser Person (iSd § 72 StGB) verwendet werden und für die Bundeswettbewerbsbehörde besteht hinsichtlich dieser Informationen keine Pflicht zur Anzeige nach § 78 Abs 1 StPO. Dem gleichzuhalten ist, wenn der Bundeswettbewerbsbehörde solche Beweismittel im Rahmen einer Kooperation nach § 11b WettbG von natürlichen Personen für das Verfahren zur Verfügung gestellt werden.“

Zu Z 35 und 37 - § 13: Wahrung der Grundrechte

(132) Zu begrüßen ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht der neu eingeführte § 13 Abs 1. Er enthält die Verpflichtung der BWB, bei der Ausübung ihrer Befugnisse nach dem WettbG die in Österreich geltenden Grundrechte einschließlich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu wahren (die allerdings schon aufgrund ihrer Direktwirkung gilt). Der Gesetzgeber trägt damit dem Erfordernis von Art 3 der Richtlinie Rechnung. Eine Stärkung der Verteidigungsrechte (ebenso wie der Opferrechte) schon im behördlichen Ermittlungsstadium ist aus Sicht der Anwaltschaft naturgemäß wünschenswert. Hinzuweisen ist darauf, dass im Kartellrechtvollzug im Ermittlungsstadium aber kein Rechtsschutzsystem nach dem Vorbild von § 106 StPO existiert und die Einführung eines solchen mit Rechtszug ans Kartellgericht angeregt wird.

(133) Jedenfalls ist aus dem neuen § 13 Abs 1 wohl abzuleiten, dass das Anwaltsprivileg, wie es – gestützt auf die EU-Grundrechtecharta – vom EuGH ausgeformt wurde, zukünftig auch in Österreich uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann. Seitens der BWB wurde das bislang nicht explizit anerkannt (wenn auch im Einzelfall, etwa bei Hausdurchsuchungen, in der Regel berücksichtigt). Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt, dass in diesem Punkt ihrer langjährigen Forderung Rechnung getragen wird, und regt an, diese Konsequenz in den finalen Erl zum KaWeRÄG 2021 deutlich zum Ausdruck zu bringen. Eine sinnvolle Beratung von Mandanten (gerade im Sinne der Abstellung möglicher Verstöße) ohne die Gewähr, dass diese Beratung in Ermittlungsverfahren gegenüber den Behörden vertraulich bleibt, ist undenkbar.

Zu Art 23 der Richtlinie 2019/1 – § 209b StPO: Schutz für kooperierende Mitarbeiter von Kronzeugenunternehmen vor strafrechtlicher Verfolgung

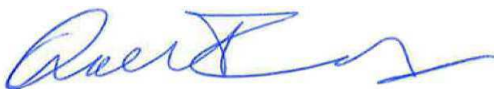
- (134) In den Erläuterungen zum Entwurf wird auf Seite 5 zur Umsetzung des Art 23 der Richtlinie 2019/1 („Zusammenwirken von Kronzeugenprogrammen und Sanktionen gegen natürliche Personen“) folgendes ausgeführt: *„Art. 23 über das Zusammenwirken von Kronzeugenprogrammen und Sanktionen gegen natürliche Personen ist für die durch Abs. 2 gebotene Freistellung bestimmter Unternehmensmitarbeiter von strafrechtlichen Sanktionen durch § 209b StPO, dessen Verlängerung in die Wege geleitet wird, umgesetzt.“*
- (135) Die Studienvereinigung Kartellrecht möchte die Gelegenheit nützen, schon jetzt (also vor der in Aussicht gestellten Verlängerung) dazu Stellung zu nehmen: Aus unserer Sicht sollten aufgrund der praktischen Erfahrungen der letzten Jahre bei der Verlängerung dieser Regelung einige Anpassungen erfolgen. Die parallel geführten Ermittlungsverfahren dauern nämlich jeweils sehr lange, was bei den betroffenen Mitarbeitern, die den kartellrechtlichen Kronzeugenantrag ja in den allermeisten Fällen erst durch ihre Aussagen und Hinweise an die Unternehmensleitung ermöglicht haben, zu Unsicherheit führt und die Attraktivität des kartellrechtlichen Kronzeugensystems erheblich einschränken kann.
- (136) Die Bestimmung des § 209b StPO ist sehr komplex und führt in der bisherigen Praxis dazu, dass zuerst die Wettbewerbsbehörden ermitteln, dann eine Stellungnahme des Bundeskartellanwalts über die Anwendung der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung an die Staatsanwaltschaft abgegeben wird, *„wenn es im Hinblick auf das Gewicht des Beitrags zur Aufklärung einer Zuwiderhandlung im Sinne von § 11b Abs. 1 Z 1 Wettbewerbsgesetz unverhältnismäßig wäre, die Mitarbeiter eines Unternehmens, die für das Unternehmen an einer solchen Zuwiderhandlung beteiligt waren, wegen einer durch eine solche Zuwiderhandlung begangenen Straftat zu verfolgen“* (Wortlaut des § 209b), und dann noch die Staatsanwaltschaft das Verfahren solange (oft jahrelang) weiterführt, bis geklärt werden kann, ob das Verfahren vollständig oder nur teilweise gemäß § 209b StPO unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung gegen Mitarbeiter eines Kronzeugenunternehmens eingestellt werden kann.
- (137) In Ermangelung eines klaren Rechtsanspruchs ist § 209b StPO für kooperierende Mitarbeiter daher mit einem Risiko verbunden. Art 23 Abs 2 der Richtlinie 2019/1 verpflichtet hingegen die Mitgliedstaaten, einen solchen Rechtsanspruch für die betreffenden Personen zu schaffen: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass derzeitige und frühere Unternehmensleiter und Mitglieder der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstige Mitarbeiter von Unternehmen, die bei einer Wettbewerbsbehörde Antrag auf Geldbußenerlass gestellt haben, bei Verstößen gegen nationale Gesetze, mit denen vorrangig dieselben Ziele wie mit Artikel 101 AEUV verfolgt werden, vor in strafrechtlichen Verfahren verhängten Sanktionen im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an dem geheimen Kartell, das Gegenstand des Antrags auf Geldbußenerlass ist, geschützt sind, wenn sie die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllen und mit der für die Verfolgung zuständigen Behörde aktiv zusammenarbeiten.“* Die derzeitige Praxis bei

der Anwendung von § 209b StPO bleibt hinter dieser klaren Vorgabe zurück – es besteht hier also durchaus Umsetzungsbedarf in Österreich.

- (138) Eine weniger komplexe und damit raschere Erledigung solcher Verfahren läge hier – bei allem Verständnis für die notwendige Wahrung der strafrechtlichen Grundsätze – im Interesse nicht nur der kooperierenden Mitarbeiter, sondern letztlich einer effektiven Aufdeckung von Kartellverstößen. Die Möglichkeit, dass auch Mitarbeiter eines Kronzeugenunternehmens straffrei ausgehen können, ist nämlich ein wesentlicher Faktor für deren umfassende Kooperationsbereitschaft bei der Vorbereitung eines Kronzeugenantrags durch Unternehmen an die BWB und/oder die Europäische Kommission.
- (139) Besonders das Fehlen eines eindeutigen Rechtsanspruchs sowie die derzeit vorgesehenen Verfahrensabläufe machen eine Einstellung gemäß § 209b StPO nach der aktuellen Rechtslage für die Staatsanwaltschaft offenbar sehr aufwendig. Die Gewährung des Kronzeugenstatus an die Mitarbeiter dauert damit zu lange und ist mit zahlreichen Ungewissheiten belastet. Die kartellrechtliche und strafrechtliche Kronzeugenregelung erreicht dadurch nicht ihr volles Potenzial.

Wir hoffen, mit unseren Anmerkungen und Änderungsvorschlägen einen sinnvollen Beitrag zur weiteren Vorbereitung des KaWeRÄG 2021 leisten zu können. Wie einleitend erwähnt, stehen wir für eine weitere Erörterung jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Axel Reidlinger
Rechtsanwalt

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Mitglied des Vorstands
Vorsitz Landesgruppe Österreich

Tuchlauben 17
A-1010 Wien
Tel: 01 235 11 00 – 11
reidlinger@rs-ra.eu
www.studienvereinigung-kartellrecht.de