

 Bundeswettbewerbsbehörde

Dr. Theodor Thanner.
Generaldirektor für Wettbewerb

PER E-MAIL

BMDW – III/5 (Wettbewerbspolitik- und Recht)
wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

theodor.thanner@bwb.gv.at
+43 1 245 08-815 302
Fax +43 1 587 42 00
Radetzkystraße 2, 1030 Wien

BMJ – I/4 (Urheber-, Kartell- und Grundbuchs-
recht)team.z@bmj.gv.at

CC: Präsidium des Nationalrats
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Geschäftszahl: BWB/L-879

GZ: 2021-0.267.022 (BMJ), 2021-0.207.307 (BMDW); RL (EU) 2019/1 (RL ECN+); Umsetzung im KartG 2005 und WettbG (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021); Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)

Wien, 17. Mai 2021

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bedankt sich für die Möglichkeit sich zum Entwurf eines KaWeRÄG 2021 zu äußern und erstattet binnen offener Frist die in **Beilage ./A** angefügte Stellungnahme. Eine Kopie ergeht direkt an das Präsidium des Nationalrats.

Die Bundeswettbewerbsbehörde ersucht um Berücksichtigung der Anmerkungen und Vorschläge und steht für weitere Erläuterungen und Gespräche zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,



Dr. Theodor Thanner
Generaldirektor für Wettbewerb

Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zum Entwurf des Kartell- und Wettbewerbsrechts- Änderungsgesetzes 2021

(BWB Stellungnahme zum KaWeRÄG 2021)

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundeswettbewerbsbehörde

Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Stand: 18. Mai 2021

Copyright und Haftung:

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig. Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Bundeswettbewerbsbehörde und der Autorin/des Autors ausgeschlossen ist.

Nicht barrierefrei - Barrierefreie Version in Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

1	Zum allgemeinen Teil.....	5
1.1	Einleitung	5
1.2	Vorbemerkung	8
1.3	Unabhängigkeit und Ressourcenausstattung der BWB.....	9
2	Zum besonderen Teil	14
2.1	WettbG	14
2.1.1	Art 2 Z 2 (§ 1 Abs 1 lit a WettbG) und Z 5 bis 7 (§ 2 Abs 1 und 2 WettbG) sowie Z 19 (§ 10 Abs 2 WettbG) – Umformulierung der Ziele sowie Neugliederung des Aufgabenkatalogs der BWB und Streichung der Advocacyfunktion.....	14
2.1.2	Art 2 Z 3 (§ 1 Abs 4 WettbG) – Verankerung eines weitreichenden Aufsichtsrechts über die BWB.....	16
2.1.3	Art 2 Z 4 (§ 2 Abs 1 Z 4 WettbG) – Erweiterung der Amtshilfebestimmung	21
2.1.4	Art 2 Z 11 (§ 3 Abs 2 WettbG) – Vertretung im Beratenden Ausschuss nach FKVO/Befassung der Wettbewerbskommission.....	22
2.1.5	Art 2 Z 21 (§ 10 Abs 5 WettbG) – Stellungnahme der Wettbewerbskommission bei Modifikation der Zusammenschlussanmeldung ...	24
2.1.6	Art 2 Z 22 (§ 10 Abs 6 WettbG) – Übermittlung von Zusammenschlussanmeldungen an BMDW für Zwecke der Investitionskontrolle	25
2.1.7	Art 2 Z 26 (§ 11 Abs 4 WettbG) – Anpassung eines Verweises	28
2.1.8	Art 2 Z 29 (§ 11a Abs 5 WettbG) - Verhängung von Geldstrafen durch die BWB	28
2.1.9	Art 2 Z 31 bis 34 (§ 11b WettbG) – Regelungen betreffend das Kronzeugenprogramm	29
2.1.10	Z 42 (§ 14 a WettbG) - Zustellung und Vollstreckung im ECN	34
2.1.11	Art 2 Z 49 (§ 17 Abs 3 WettbG) – Verpflichtung, der Wettbewerbskommission Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.....	36
2.2	KartG.....	37
2.2.1	Art 1 Z 7 (§ 2 Abs 1 KartG) – Berücksichtigung eines Beitrags zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft.....	37

2.2.2 Art 1 Z 9 und 11 (§§ 4 und 4a KartG) – Neugestaltung der Definition der Marktbeherrschung	39
2.2.3 Art 1 Z 15 (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG) – Einführung des SIEC-Tests als alternatives Prüfkriterium.....	46
2.2.4 Art 1 Z 16 (§ 12 Abs 2 KartG) – Neustrukturierung der fusionskontrollrechtlichen Rechtfertigungsgründe	49
2.2.5 Auswirkungen auf Medienvielfalt in § 13 KartG.....	53
2.2.6 Art 1 Z 20 (§ 28a KartG) – Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf mehrseitigen digitalen Märkten	54
2.2.7 Art 1 Z 35, 39 (§ 49 Abs 2a KartG) – Entscheidungsveröffentlichung, Ausnahme von Textpassagen aus der Veröffentlichung	58
2.3 Weitere, im Entwurf nicht berücksichtigte Punkte	59
2.3.1 Abschließende Klärung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Strafrecht	59
2.3.2 Unionsrechtskonforme Verankerung der Immunität natürlicher Personen (§ 209b StPO)	61
2.3.3 Änderungen in der Fusionskontrolle - Schaffung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle	62
2.3.4 Verankerung eines Rechtsweges zur Durchsetzung der P2B Verordnung ...	65

1 Zum allgemeinen Teil

1.1 Einleitung

- (1) Die Bedeutung funktionierenden Wettbewerbs ist allgemein bekannt und bedarf keiner näheren Erläuterung. Es sei daher nur cursorisch auf dessen positive Auswirkungen im Hinblick auf Innovationen, ein breites und qualitativ hochwertiges Angebot an Waren und Dienstleistungen und das Preisniveau hingewiesen. Dazu tragen sowohl die Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken als auch die Fusionskontrolle bei, führt doch eine hohe Marktkonzentration zu einer Verringerung der Wertschöpfung, der Gesamtbeschäftigung und der Lohnquote. Gerade auch in Krisenzeiten ist **Wettbewerb nachweislich ein Grundpfeiler der wirtschaftlichen Erholung**, weshalb Wettbewerbsbehörden vor diesem Hintergrund eine wichtige Rolle spielen (vgl OECD, *The Role of Competition Policy in Economic Recovery*).
- (2) Zieht man Bilanz über die Aktivitäten der BWB in den vergangenen Jahren, zeigt sich, dass sie trotz schwieriger Rahmenbedingungen die an sie gerichteten Herausforderungen in allen Teilbereichen des Wettbewerbsrechts erfolgreich angenommen und entscheidend zur **Schaffung von Rahmenbedingungen für fairen Wettbewerb in Österreich** beigetragen hat. Beispielhaft genannt seien hier nur die umfangreichen Ermittlungen und ersten Geldbußenanträge in der Baubranche, die jüngst durchgeführten Hausdurchsuchungen bei über 20 Unternehmen der Abfallwirtschaft und ein Missbrauchsverfahren gegen ein Pharmaunternehmen, dessen Praktiken darauf gerichtet waren, den Marktzutritt für Generika zu erschweren. Die von der BWB aufgegriffenen Zuwiderhandlungen betreffen den einzelnen KonsumentInnen, Unternehmen und die öffentliche Hand gleichermaßen.
- (3) Weiters hat die BWB im Jahr 2020 425 Unternehmenszusammenschlüsse geprüft und in Reaktion auf die aktuelle Situation einen Standpunkt zu den „Gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Kontext der COVID-19 Krise“ veröffentlicht. Im Bereich der Branchenuntersuchungen sind die mittlerweile abgeschlossene Untersuchung des Taxi- und Mietwagenmarktes sowie jene des Gesundheitsmarktes (Start des Teilberichts Medikamentenversorgung) als Schwerpunkte zu nennen. Einen umfassenden Überblick über die Aktivitäten der BWB bieten ihre jährlich dem Nationalrat vorzulegenden Tätigkeitsberichte.

Beilage ./A

- (4) Um diese erfolgreiche Tätigkeit fortsetzen zu können, bedarf es eines regulatorischen Umfeldes, das sich hinsichtlich des materiellen Kartellrechts, der verfahrensrechtlichen Bestimmungen sowie der ressourcenmäßigen Ausstattung und Unabhängigkeit der BWB an europäischen und internationalen *Best Practices* orientiert.
- (5) Das Ziel der Richtlinie (EU) 2019/1 (im Folgenden „RL“) ist es, zu gewährleisten, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über die Garantien im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit, über die Ressourcen und die Befugnisse im Bereich der Durchsetzung und der Verhängung von Geldbußen verfügen, die sie benötigen, um die Art 101 und 102 AEUV und parallel dazu die entsprechenden nationalen Bestimmungen wirksam anzuwenden und um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts und des Europäischen Wettbewerbsnetzes zu gewährleisten. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, wird der vorliegende Entwurf dieser Zielsetzung leider nicht gerecht. Ganz im Gegenteil enthält er Bestimmungen, die darauf abzielen, die Unabhängigkeit der BWB einzuschränken und die somit auch geeignet sind, ihre Ermittlungstätigkeit zu gefährden. Andere wichtige Vorgaben der RL wiederum, werden überhaupt nicht berücksichtigt. Einige besonders problematische Aspekte des vorliegenden Entwurfs sowie eine Anregung von Bestimmungen, die in diesen aufgenommen werden sollten, sollen bereits vorab zusammenfassend dargestellt werden:

Unvollständige RL-Umsetzung im Hinblick auf die Unabhängigkeit der BWB

- (6) Damit die BWB ihre eigenen Prioritäten setzen und ohne äußere Einflussnahme agieren kann, ist - wie sich aus der Zusammenschau der Art 4 und 5 der RL ergibt - ihre vollständige Unabhängigkeit bei der Nutzung der personellen, finanziellen und technologischen Ressourcen erforderlich. Diese Vorgaben erfüllt der Entwurf nicht. Im Hinblick auf eine vollständige Umsetzung wäre es erforderlich, **die BWB als haushaltsleitende Stelle und Dienstbehörde einzurichten**.

Unvollständige RL-Umsetzung im Hinblick auf die Ressourcenausstattung der BWB

- (7) Wettbewerbsbehörden müssen gem Art 5 der RL über eine ausreichende Zahl qualifizierter Mitarbeiter und ausreichende finanzielle, technische und technologische Ressourcen zur wirksamen Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen. Die **BWB ist jedoch im europäischen Vergleich personell und budgetär unzureichend ausgestattet** (*Global Competition Review* Ländervergleich). Auch der **Rechnungshof** konstatiert eine im Hinblick auf die Bedeutung der BWB und die für den Bund generierten Einnahmen eine **ressourcenmäßig unterdurchschnittliche Ausstattung**. Das Regelbudget reicht nicht zur Finanzierung von Personalkosten, Miete und allgemeiner IT-Infrastruktur für ein Kalenderjahr aus. Eine deutliche

Erhöhung ist erforderlich, damit die BWB ihrem gesetzlichen Auftrag vollumfänglich nachkommen kann.

Eingriff in die Unabhängigkeit der BWB (§ 1 Z 4 WettbG)

- (8) Der Entwurf sieht eine jederzeitige Unterrichtung der BMDW über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung der BWB vor. Es handelt sich um ein umfassendes Aufsichtsrecht, das den operativen Kern (Ermittlungstätigkeiten) umfasst und die politische Einflussnahme auf diesen ermöglicht. Rechenschaftspflichten müssen verhältnismäßig sein (zB Tätigkeitsbericht an Regierung oder Parlament).

Unterbindung von *Competition Advocacy* (§ 1 Abs 1 lit a, § 2 Abs 1 Z 5 WettbG)

- (9) Neben den Ermittlungsaktivitäten sind **Bewusstseinsförderung und Prävention** bedeutende Elemente, um funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen. Die BWB setzt auf diesem Gebiet zahlreiche Initiativen wie etwa die Veröffentlichung diverser Leitfäden (zB Fairnesskatalog, vertikale Preisbindung), Diskussionsveranstaltungen, Beratungstätigkeiten, Veranstaltung eines *Moot Courts* oder das Verfassen von Stellungnahmen. Der Entwurf sieht die Aufgabe der Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs nur mehr iZm Einzelfällen vor, sodass ***Competition Advocacy* kein eigenständiges Ziel mehr** ist. Auch die **Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik wird als Aufgabe der BWB gestrichen**. Das bedeutet, dass die BWB ihre vielfältigen Aktivitäten auf dem Gebiet der *Competition Advocacy* künftig nicht mehr durchführen und auch nicht mehr als neutraler Vermittler fungieren kann.

Neufassung der Rechtfertigungsgründe in der Fusionskontrolle (§ 12 Abs 2 Z 2 und 3 KartG)

- (10) An sich untersagungswürdige Zusammenschlüsse sollen künftig freigegeben werden, wenn dies zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen erforderlich ist und die zu erwartenden Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen. Hier ist zu bedenken, dass Rechtfertigungsgründe, von denen überwiegend inländische Unternehmen profitieren **mit dem Unionsrecht unvereinbar** sind. Überdies ist die Berücksichtigung von Ausgleichsfaktoren (zB Sanierungsfusion, Effizienzeinrede) bereits derzeit möglich.
- (11) Weiters sollen untersagungswürdige Zusammenschlüsse künftig freigegeben werden, wenn dies volkswirtschaftlich erforderlich ist und die zu erwartenden Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen. Dazu ist anzumerken, dass wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse zu einem Rückgang von

Innovationen führen. Außerdem muss gewährleistet sein, dass für staatliche und private Unternehmen gleiche Bedingungen gelten.

Schaffung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in der Fusionskontrolle

- (12) Unter der hohen Anzahl der bei der BWB anmeldebedürftigen Zusammenschlüsse (2019: 495, 2020: 425 Q1/2021: 159) befinden sich viele Transaktionen, die den österreichischen Markt – wenn überhaupt – nur am Rande betreffen und schon abstrakt nicht geeignet sind, ernsthafte wettbewerbliche Bedenken auszulösen. Daher hat die BWB die Schaffung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle empfohlen, was vom Entwurf aber leider nicht aufgegriffen wurde. Bereits eine niedrig angesetzte zweite Inlandsschwelle (zB Inlandsumsätze iHv € 1 Mio bei mindesten zwei beteiligten Unternehmen) würde aber zu einer Reduktion der Zahl anmeldebedürftiger Zusammenschlüsse um mehr als 40% führen. Dabei würde es sich durchwegs um wettbewerblich unproblematische Transaktionen handeln.

1.2 Vorbemerkung

- (13) Der vorliegende Entwurf, welcher Änderungen am KartG 2005 sowie am WettbG vorsieht, erfolgt nach den Angaben in den Erläuterungen, primär in Umsetzung der *Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts*, enthält aber auch weitere davon unabhängige Neuregelungen.
- (14) Wie bereits aus dem Titel der umzusetzenden RL („zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten“) unzweifelhaft ersichtlich ist, geht es zentral um Fragestellungen, welche die Rechtsstellung, die Aufgaben sowie die Befugnisse der BWB, als iSd Art 35 der VO 1/2003 benannte nationale Wettbewerbsbehörde (vgl auch Art 2 Abs 1 Z 1 und 2 der RL) betreffen. Auch die sonstigen Änderungsvorschläge des Entwurfs betreffen Kernbereiche der behördlichen Tätigkeit der BWB. Umso bedauerlicher ist es, dass die BWB in die bisherigen Beratungen zum nunmehr vorliegenden Entwurf kaum bzw lediglich punktuell und am Rande eingebunden war, und somit in dieser fortgeschrittenen Phase **erstmalig die Gelegenheit erhält, von den beabsichtigten Änderungen umfassend Kenntnis** zu erlangen und sich dazu zu äußern sowie ihre Erfahrungen aus dem bisherigen Vollzug österreichischen und europäischen Kartellrechts einzubringen.
- (15) In diesem Zusammenhang ist auch auf die gegenüber dem **Regelfall von mindestens 6 Wochen** (vgl dazu das Rundschreiben des BKA/VD, GZ BKA-

600.614/0002-V/2/2008 sowie § 9 Abs 3 WFA-GV) deutlich verkürzte Frist zur Begutachtung hinzuweisen, welche eine fundierte Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Änderungen erschwert.

1.3 Unabhängigkeit und Ressourcenausstattung der BWB

- (16) Was die von der RL in den Art 4 und 5 geforderten grundlegenden Garantien hinsichtlich der Unabhängigkeit und Ressourcenausstattung der nationalen Wettbewerbsbehörden und spezifisch der für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden anlangt, ist es nicht nachvollziehbar, dass der Entwurf des WettbG in diesem Kontext keinerlei Maßnahmen zur Stärkung der diesbezüglichen Stellung der BWB vorsieht, sondern umgekehrt sogar mehrere Regelungen vorschlägt (insbesondere § 1 Abs 4 WettbG, s.u.), die auf die **Einschränkung der Unabhängigkeit** und Weisungsfreiheit der BWB gerichtet sind.
- (17) Damit missachtet der Entwurf nicht nur die klaren Mindestanforderungen der genannten Artikel, sondern steht vielmehr **im diametralen Gegensatz zu den Zielen und dem Geist der RL**, welche in ihrem Erwägungsgrund 10 die Mitgliedstaaten aufruft, weiterreichende Garantien für die Unabhängigkeit der für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden einzuführen und ihnen mehr Ressourcen zu gewähren, als durch die RL geboten.
- (18) In diesem Sinne ist auch der Vorschlag in der Stellungnahme der GÖD den **Schutz von Bediensteten** der BWB zu stärken, indem ihnen ein gesetzlicher Anspruch auf Übernahme in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis eingeräumt wird, ausdrücklich zu begrüßen.
- (19) Dabei ist insbesondere der **auf Seite 3 der Erläuterungen vertretenen Ansicht**, die Bestimmungen des Art 4 der RL, welche die Garantien für die für Wettbewerb zuständigen Verwaltungsbehörden betreffen, seien zum ganz überwiegenden Teil für Österreich nicht anwendbar, weil sie sich nur auf Personen bezögen, die unmittelbar Entscheidungen gem Art 10 bis 13 und 16 der RL treffen oder Mitglieder des Entscheidungsgremiums bezögen, **entschieden entgegenzutreten**.
- (20) Die RL legt nämlich in ihrer Gesamtheit Vorschriften fest, mit denen gewährleistet werden soll, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über die Garantien im Hinblick auf die Unabhängigkeit, über die Ressourcen und die Befugnisse im Bereich der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und der Verhängung von Geldbußen verfügen, die für die wirksame Anwendung der Art 101 und 102 AEUV erforderlich sind (Art 1 Abs 1 der RL).

- (21) In diesem Zusammenhang verwendet die RL in Art 2 Abs 1 Z 9 auch den Begriff des Durchsetzungsverfahrens, in welchem die Art 101 oder 102 AEUV zur Anwendung gelangen und welches auf die Erlassung einer Entscheidung nach den Art 10, 12 oder 13 der RL gerichtet ist. Im Zuge eines derartigen Verfahrens verfügen die Wettbewerbsbehörden über die von der RL vorgesehenen Ermittlungs-, Entscheidungs- und Durchsetzungsbefugnisse, welche jeweils von den Grundsätzen der Unabhängigkeit (Art 4 der RL) und der Ausstattung mit ausreichenden Ressourcen (Art 5 der RL) getragen sind.
- (22) Dabei erlaubt die RL ausdrücklich die Verteilung von Aufgaben im Rahmen der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV auf mehrere Wettbewerbsbehörden, insbesondere auch eine Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsbehörden und Justizorganen (Art 2 Abs 1 Z 1 bis 3 der RL), wobei die Verwaltungsbehörde in erster Linie für die Durchführung der Untersuchung zuständig ist, während dem Justizorgan üblicherweise die Befugnis zur Erlassung von Entscheidungen, insbesondere über die Verhängung von Geldbußen, übertragen wird.
- (23) Das österreichische System der Kartellrechtsvollziehung orientiert sich an diesem Modell, wobei **das Kartellgericht ausschließlich auf Antrag** entscheidet (§ 36 KartG). In Verfahren zur Anwendung der Art 101 und 102 AEUV werden derartige Anträge typischerweise von der BWB gestellt, welche dazu mit den entsprechenden - auch von der RL vorgesehenen - Ermittlungsbefugnissen ausgestattet ist.
- (24) In dieser Konstellation kann aber **überhaupt kein Zweifel bestehen, dass sich die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Ressourcenausstattung**, einschließlich der Unabhängigkeit bei der Verwendung dieser Ressourcen, **auch auf die BWB beziehen müssen**, weil sonst der wirksamen Anwendung der Art 101 und Art 102 AEUV bereits im Stadium der Untersuchung möglicher Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften die Grundlage entzogen werden könnte.
- (25) Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich daher hinsichtlich des vorliegenden Entwurfs folgender Befund:

Unvollständige RL-Umsetzung betreffend die Unabhängigkeit

- (26) Die RL sieht in den Art 4 und 5 die vollständige Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden vor. Dies betrifft einerseits unmittelbar die Freiheit von Weisungen und anderen Formen politischer oder sonstiger externer Einflussnahme, erfordert aber ebenso die (operative) Unabhängigkeit bei der Verwendung der ihnen für die Wahrnehmung der in der RL genannten Aufgaben zugewiesenen Haushaltsmittel, somit der **personellen, finanziellen und technologischen Ressourcen** vor. Diese Autonomie bei der Verwendung ihrer Ressourcen ist auch im Zusammenhang mit dem Postulat der RL zu sehen, wonach

die nationalen Wettbewerbsbehörden befugt sein müssen, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Sinne dieser RL **eigene Prioritäten** zu setzen (Art 4 Abs 5 der RL). Spätestens mit der innerstaatlichen Umsetzung der RL sind die unionsrechtlichen Vorgaben betreffend die Unabhängigkeit der BWB zu realisieren. Das WettbG in der geltenden Fassung erfüllt diese Vorgaben nicht. Diese Situation wäre dadurch zu bereinigen, dass **die BWB als haushaltsleitende Stelle und Dienstbehörde** definiert wird. Nur als haushaltsleitende Stelle kann die BWB autonom ihre Prioritäten (Ressourcen-, Ziel- und Leistungspläne) im Zuge der **budgetären Wirkungsorientierung** setzen (§ 45 BHG). Angemerkt wird, dass die BWB **derzeit nicht einmal als haushaltsführende Stelle** eingerichtet ist, dh gesetzlich auch nicht über die eingeschränkten Mitwirkungsrechte einer haushaltsführenden Stelle gem BHG verfügt.

- (27) In diesem Zusammenhang wird daran erinnert, dass sich dieser nun aufgrund der RL herzustellende Zustand auch mit einer bereits **2010 (!)** von den Sozialpartnern erhobenen und bis jetzt nicht erfüllten Forderung deckt:

*„Die BWB verfügt seit ihrer Gründung 2002 über eigene Unabhängigkeitsbestimmungen; allerdings ist eine verfassungsrechtlich explizit zu garantierende Unabhängigkeit einer Verwaltungsbehörde dann **unvollkommen, wenn sie nicht über eine weiterreichende Personal- und Budgethoheit verfügt**. Dies gilt umso mehr als die BWB eben keine Entscheidungsbehörde ist und nicht nur Anträge stellt, sondern mit ressourcenintensiven Ermittlungsaufgaben befasst ist.“¹*

- (28) Es wird daher folgende Neufassung des § 8 Abs 5 WettbG vorgeschlagen:

„Soweit das BDG 1979 und das Ausschreibungsgesetz 1989 dem Vorgesetzten, dem Leiter der Zentralstelle oder der obersten Dienstbehörde Aufgaben zuweisen, sind diese vom Generaldirektor wahrzunehmen. Das Ausschreibungsgesetz 1989 ist unbeschadet § 6 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Bestimmungen für Zentralstellen für die Bundeswettbewerbsbehörde gelten. Der Generaldirektor ist haushaltsleitendes Organ im Sinne des § 6 Abs. 1 Bundeshaushaltsgesetz 2013.“

- (29) In der **WFA** wären hierfür die notwendigen Ressourcen vorzusehen. Nach einer internen Schätzung seitens der BWB wären für die interne Servicierung im Bereich Personal und Budget 2 x v 1/3 und 1 x v 2/3 Planstellen vorzusehen.

¹ Beirat für Wirtschaft- und Sozialfragen, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, Nr. 84/2010, S 26. (https://www.sozialpartner.at/wp-content/uploads/2015/08/Beirat_Nr.84_2010_WEB.pdf).

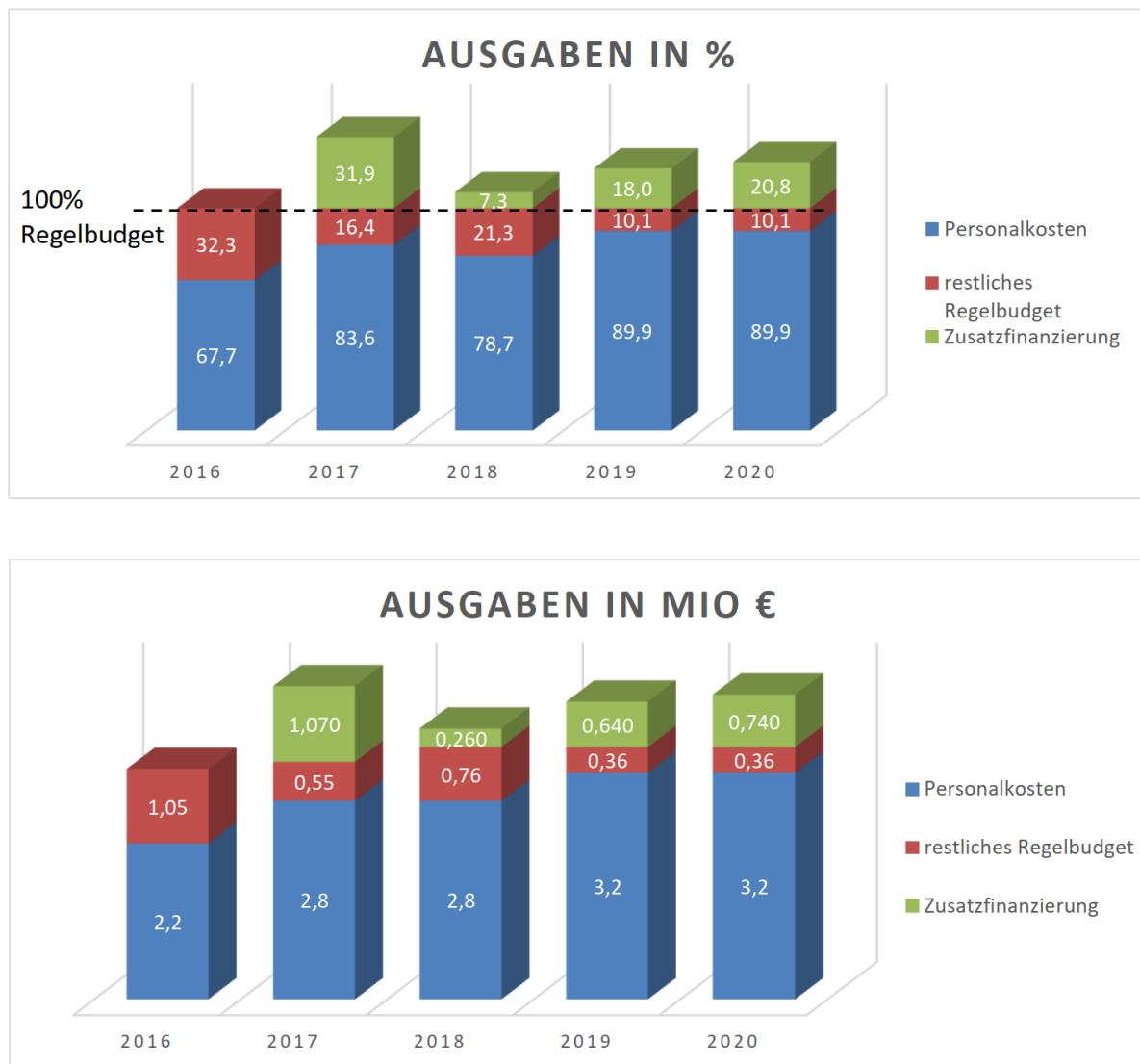
- (30) Der angesprochene Art 4 Abs 5 der RL betreffend die freie **Prioritätenumsetzung** wäre durch eine **Präzisierung in § 2 Abs 3 WettbG** umzusetzen:

„Die Bundeswettbewerbsbehörde nimmt ihre Befugnisse von Amts wegen wahr. Sie ist dabei befugt, zur effizienten Nutzung ihrer Ressourcen Schwerpunkte und Prioritäten zu setzen.“

Unvollständige RL-Umsetzung betreffend die notwendige Ressourcenausstattung

- (31) Die RL sieht in Art 5 Abs 1 vor, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über eine ausreichende Zahl qualifizierter Mitarbeiter und ausreichende finanzielle, technische und technologische Ressourcen verfügen müssen, die sie für die wirksame Erfüllung ihrer Aufgaben und für die wirksame Ausübung ihrer Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Art 101 und 102 AEUV benötigen.
- (32) Das Regelbudget der BWB reicht derzeit nicht einmal aus, um alle Personalkosten, Miete und die allgemeine, durch das BMDW organisierte IT-Infrastruktur über das ganze Kalenderjahr zu finanzieren. Dazu beispielhaft eine Aufstellung zu dem Budget 2020:

Regelbudget 2020	3,56 Mio	
davon Personalkosten	3,2 Mio	89,9 %
davon Miete	0,344 Mio	9,6 %
davon allg IT-Infrastruktur durch BMDW	0,227 Mio	6,4 %
Fehlbetrag	Minus 0,211 Mio	

Abbildung 1 - Ausgaben der BWB in % und Mio €

- (33) Personal, Miete und IT sowie der notwendige Mindestbetrieb (IT-Forensik, Zugänge zu Datenbanken, Dienstreisen, Wettbewerbskommission etc) konnte somit auch 2020 nur durch eine Zusatzfinanzierung durch Geldbußen (§ 32 KartG) und Umschichtungen iHv € 740.000, das sind Zusatzmittel in Höhe von 20,8% vom Regelbudget, sichergestellt werden.
- (34) Um den notwendigen Mindestbetrieb der BWB kontinuierlich sicherzustellen und eine Planbarkeit des Einsatzes der Budgetmittel iSd RL zu gewährleisten, ist somit eine deutliche Erhöhung des Regelbudgets entsprechend dem tatsächlichen Bedarf der BWB unabdingbar.

Ländervergleich: BWB ist auch im europäischen Vergleich personell und budgetär unzureichend ausgestattet

- (35) Der untenstehende Ländervergleich ist schon bereinigt um Kompetenzen, die nicht mit dem Wettbewerbsrechtsvollzug im engeren Sinn zusammenhängen, dh die Anzahl der Mitarbeiter reflektiert die Anzahl der tatsächlich im Wettbewerbsvollzug im engeren Sinn tätigen Mitarbeiter der jeweiligen Behörden.

Land	Budget 2020 (in Mio €)	Mitarbeiter im Wettbewerbsrechtsvollzug 2020
Österreich	3,56 (Regelbudget)	43 (2020 wurden es um 4 Planstellen weniger als 2019)
Belgien	8,3	47
Griechenland	5,3	71
Israel	19,1	111
Niederlande	18,5	176
Norwegen	10,8	116
Schweden	14,4	113
Schweiz	10,86	72
Portugal	8,7	76

Quelle: Global Competition Review, https://globalcompetitionreview.com/survey/rating-enforcement/2020?utm_source=jumbotron&utm_medium=website&utm_campaign=ratingenforcement

2 Zum besonderen Teil

2.1 WettbG

2.1.1 Art 2 Z 2 (§ 1 Abs 1 lit a WettbG) und Z 5 bis 7 (§ 2 Abs 1 und 2 WettbG) sowie Z 19 (§ 10 Abs 2 WettbG) – Umformulierung der Ziele sowie Neugliederung des Aufgabenkatalogs der BWB und Streichung der Advocacyfunktion

- (36) In der bisherigen Formulierung des § 1 Abs 1 lit a WettbG **stehen die Ziele**, 1.) funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen und 2.) Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen im Einzelfall entgegenzutreten **gleichrangig nebeneinander**.

- (37) Durch die im Entwurf vorgeschlagene modale Satzverbindung („*Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs, indem Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen im Einzelfall entgegengetreten wird*“) kommt es aber nicht bloß - wie in den Erläuterungen behauptet - zu einer redaktionellen Anpassung, sondern zu einer deutlichen Verengung des Bedeutungsinhaltes.
- (38) So wäre es hinkünftig kein eigenständiges Ziel der BWB mehr, funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, sofern nicht ein Bezug zu einem konkreten Einzelfall gegeben ist. Damit wird insbesondere die Möglichkeit der BWB **Competition Advocacy**, also die proaktive Sicherstellung des Wettbewerbs durch Beratung von Institutionen und Schärfung des Bewusstseins der Öffentlichkeit für Belange des Wettbewerbsrechts (zB durch Herausgabe von **Leitfäden** und **Standpunkten** oder Veranstaltungen wie zB des **BWB Moot Court**), zu betreiben, verhindert.
- (39) Es wird daher **vorgeschlagen**:
- zur ursprünglichen Formulierung zurückzukehren oder
 - zumindest dem Wort „*indem*“ das Wort „*insbesondere*“ voranzustellen.
- (40) Diese Änderung ist aber auch im engen Kontext mit der Neugliederung des Aufgabenkatalogs der BWB (bisher § 2 Abs 1 WettbG) zu sehen. Durch den **Entfall der bisherigen Z 5 (Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik)**, welche explizit den Bereich der *Competition Advocacy* betrifft², fehlt der BWB künftig auch die Möglichkeit aus eigenem Stellungnahmen zu derartigen den Wettbewerb berührenden Fragestellungen abzugeben. Anders als in den Erläuterungen dargestellt, handelt es sich **nicht** bloß um eine Verschiebung dieser Aufgabe in den § 10 Abs 2 WettbG. Vielmehr geht diese Änderung mit der **Einschränkung** einher, dass derartige Stellungnahmen künftig nur auf Ersuchen BMDW abzugeben sind.
- (41) Auch hier hätte die BWB somit keine gesetzliche Grundlage mehr, ihre *Competition Advocacy* Funktion wirksam wahrzunehmen. In der Vergangenheit hat die BWB aber gerade durch die Abgabe derartiger Stellungnahmen (vgl etwa das Positionspapier zu nationalen und europäischen Champions in der Fusionskontrolle oder den Standpunkt zu gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Kontext der COVID-19 Krise) zu einem wettbewerbspolitischen Diskurs und guten Rahmenbedingungen für fairen Wettbewerb beigetragen.

² Vgl dazu RV 1005 BlgNR 21. GP S 20: „Z 5 betrifft den Bereich der sogenannten *competition advocacy*, also gewissermaßen ein *Lobbying* für den Wettbewerb. Dies umfasst Stellungnahmen zu und Evaluierung von legislativen Maßnahmen sowie Politiken anderer Bereiche aus Sicht des Wettbewerbsrechts, wie auch Maßnahmen zur Bildung und Förderung eines „Wettbewerbsbewusstseins“ in der Öffentlichkeit etwa durch Herausgabe von Publikationen.“

- (42) Im Zusammenhang mit der genannten Änderung des § 1 Abs 1 lit a WettbG wird dadurch die Möglichkeit der BWB, sich zu allgemeinen Belangen des Wettbewerbs proaktiv zu äußern, umfassend beschnitten, weil im Ergebnis für diese auch in Art 5 Abs 2 der RL angesprochene wichtige Aufgabe der nationalen Wettbewerbsbehörden keine rechtliche Deckung mehr existiert.
- (43) Es sollte daher auch in diesem Punkt die **geltende Rechtslage beibehalten** und die Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik in § 2 WettbG weiterhin als von der BWB autonom wahrzunehmende Aufgabe definiert werden. Allenfalls könnte dabei die Klarstellung aufgenommen werden, dass derartige Stellungnahmen unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts zu erfolgen haben.

2.1.2 Art 2 Z 3 (§ 1 Abs 4 WettbG) – Verankerung eines weitreichenden Aufsichtsrechts über die BWB

- (44) In § 1 Z 4 WettbG soll ein **umfassendes Aufsichtsrecht** der BMDW gegenüber der BWB verankert werden. Danach hat *„die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort [...] das Recht, sich jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung der Bundeswettbewerbsbehörde zu unterrichten. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort unverzüglich und auf Verlangen schriftlich alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten, soweit dies nicht der Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV 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.“*
- (45) Zunächst ist unklar, ob die in Satz 2 vorgesehene Pflicht zur Beantwortung zu der in Satz 1 normierten Befugnis der BMDW hinzutritt, oder diese Befugnis – wenn auch als Verpflichtung formuliert – näher konkretisiert.
- (46) Vorab ist weiters festzuhalten, dass die Unabhängigkeit der BWB (vermittelt durch die Stellung des Generaldirektors für Wettbewerb) für das aktive, durchsetzungskräftige Handeln der BWB ua als Ermittlungsbehörde im Zusammenhang mit Wettbewerbsverstößen unabdingbar ist. Der Schutz vor äußerer Einflussnahme und politischem Druck ist Grundvoraussetzung für eine objektive Wahrnehmung der Aufgaben der BWB.

- (47) Der Generaldirektor ist durch § 1 Abs 3 WettbG bei der Besorgung der in § 2 genannten Aufgaben weisungsfrei und unabhängig gestellt.³ **Art 20 Abs 2 Z 4 B-VG** bereitet hierfür die verfassungsgesetzliche Grundlage, da demnach Organe „zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht“ von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden können. Durch die Bestimmung des Art 20 Abs 2 B-VG (BGBl I Nr 2/2008) wurde das Prinzip der strengen Weisungsbindung in der Verwaltung durchbrochen⁴ und der demokratische Legitimationszusammenhang eingeschränkt. Um dem daraus entstehenden demokratischen Defizit entgegenzusteuern, hat der Verfassungsgesetzgeber Ausgleichsinstrumente in Form von neuen Aufsichtsrechten festgelegt.⁵
- (48) Art 20 Abs 2 B-VG regelt dementsprechend, dass durch Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs **angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe** vorzusehen ist, zumindest das Recht, sich über alle **Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten** und das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abuberufen. Nach der Rechtsprechung des VfGH soll das Informationsrecht des Art 20 Abs 2 B-VG es dem jeweiligen obersten Organ ermöglichen, sich über die **Tätigkeit des jeweiligen weisungsfreien Verwaltungsorgans zu informieren und insbesondere diesbezügliche parlamentarische Anfragen beantworten** zu können (vgl VfSlg 18.973/2009).
- (49) Damit sieht Art 20 Abs 2 B-VG verpflichtend ein Aufsichtsrecht über das weisungsfreie Organ vor und zwar in der **Mindestform** durch das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung zu unterrichten und das Recht, das weisungsfreie Organ aus wichtigem Grund abuberufen. Das B-VG sieht hier ein „*angemessenes*“ Aufsichtsrecht vor. Laut den Materialien zu Art 20 B-VG soll es durch die Angemessenheit des Aufsichtsrechts ermöglicht werden, eine – nach der **Tätigkeit und Bedeutung des weisungsfrei gestellten Organs – abgestufte Ingerenz** vorzunehmen.⁶
- (50) So es sich um ein Organ zur Kontrolle der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung handle oder die **Weisungsfreistellung auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben geboten** sei, könne es **erforderlich** sein, sich

³ Ursprünglich (WettbG idF BGBl I Nr. 62/2002) handelte es sich dabei sowie bei § 9 Abs 3 WettbG um Verfassungsbestimmungen, welche durch die Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes und Erlassung eines Ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetzes (BGBl I Nr 2/2008) in einfache bundesgesetzliche Bestimmungen übergeführt wurden.

⁴ Wimmer, Demokratische Legitimation und parlamentarische Kontrolle einfachgesetzlich weisungsfrei gestellter Verwaltungsorgane, in Holoubek ua (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? FS Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 5 (11).

⁵ Wimmer, in FS Korinek 12.

⁶ Vgl RV 314 BlgNR 23. GP S 8.

auf das genannte Informationsrecht (Anm: das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten) zu beschränken.⁷ Bei gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen weisungsfreien Organen kann von einer Abberufungsmöglichkeit für das oberste Organ abgesehen werden.⁸

- (51) Der Generaldirektor ist – wie ausdrücklich in den Materialien als eigene Kategorie gelistet – ein unter anderem auf Grund gemeinschaftsrechtlicher (nunmehr unionsrechtlicher) Vorgaben **weisungsfrei gestelltes Organ**. Aus diesem Grund ist für ihn und die BWB ausschließlich der **Mindeststandard** an Informationsrechten gesetzlich vorzusehen: Das Recht des obersten Organs, über **alle Gegenstände der Geschäftsführung** des weisungsfreien Organs unterrichtet zu werden. Das B-VG gibt keine Auskunft darüber, wie dieses Informationsrecht genau auszugestalten ist oder wie genau zu unterrichten ist.
- (52) Bisher ist in § 2 Abs 4 WettbG vorgesehen, dass die BWB in regelmäßigen Zeitabständen, zumindest aber jedes Jahr, einen **Bericht über ihre Tätigkeit** zu veröffentlichen hat. Dieser Bericht ist nach Anhörung der Wettbewerbskommission vom Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (nunmehr BMDW) unverzüglich dem Nationalrat vorzulegen. Damit unterliegt die BWB einer (zumindest) **jährlichen Berichtspflicht an die BMDW und im Ergebnis an den Nationalrat**, um den demokratischen Legitimationszusammenhang zu gewährleisten. In Form eines weiteren Informationsrechts sind gem **Art 52 Abs 1a B-VG** die zuständigen Ausschüsse des Nationalrats und des Bundesrats befugt, die Anwesenheit des Leiters eines gem Art 20 Abs 2 B-VG weisungsfreien Organs in den Sitzungen der Ausschüsse zu verlangen und diesen zu allen Gegenständen der Geschäftsführung zu befragen (**parlamentarisches Fragerecht**). Dies betrifft auch den Generaldirektor für Wettbewerb.
- (53) Die Verfassung gibt im Hinblick auf den **Inhalt**, worüber im Rahmen des Mindeststandards zu berichten ist, eine **klare Vorgabe**. Das Informationsrecht hat sich **ausschließlich auf die Gegenstände der Geschäftsführung** zu beziehen. Der Entwurf sieht hingegen vor, dass, zusätzlich zu den bestehenden jährlichen Berichtspflichten an das BMDW und den Nationalrate (siehe oben), nicht nur im Hinblick auf die Gegenstände der Geschäftsführung ein Informationsrecht der BMDW besteht, sondern auch im Hinblick auf die **Aufgabenerfüllung** der BWB.
- (54) Die **Aufgaben der BWB sind in § 2 WettbG** angeführt. Mit einem Informationsrecht über die Aufgabenerfüllung würde ein **umfassendes Aufsichtsrecht im Hinblick auf sämtliche im Zusammenhang mit § 2 WettbG**

⁷ Vgl RV 314 BlgNR 23. GP S 8.

⁸ Vgl RV 314 BlgNR 23. GP S 8.

stehenden Aufgaben der BWB normiert werden. Dies würde auch Folgendes umfassen:

- **sämtliche Ermittlungstätigkeiten der BWB** in Bezug auf Kartelle und Marktmachtmisbrauch (va Beginn von Ermittlungen in einer bestimmten Branche, aktueller Stand der Ermittlungen, geplante Hausdurchsuchungen, durchgeführte Hausdurchsuchungen, während Hausdurchsuchungen gesicherte Beweismittel, von anderen nationalen Behörden im Wege der Amtshilfe beigeschaffte Beweismittel)
 - Zusammenschlussanmeldungen, die entsprechend §§ 7 ff KartG bei der BWB anzumelden sind, und welche **sensible Daten, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** enthalten.
- (55) Damit reicht die Informationspflicht über die Aufgabenerfüllung viel weiter als eine über die Gegenstände der Geschäftsführung. Denn die Geschäftsführung betrifft üblicherweise die „Leitung“ der Geschäfte und ein strategisches Gesamtkonzept. Daraus folgt, dass die geplante Regelung des § 1 Abs 4 WettbG sogar über den Wortlaut des in Art 20 Abs 2 B-VG festgelegten Mindeststandards hinausgeht.
- (56) Wenn der VfGH davon ausgeht, dass das darin normierte Informationsrecht dem obersten Organ lediglich ermöglichen soll, sich über die **Tätigkeit des jeweiligen weisungsfreien Verwaltungsorgans informieren zu können** und ggf parlamentarische Anfragen beantworten zu können (vgl VfSlg 18.973/2009), ist eine **Information über die Aufgabenerfüllung der BWB – zumal über alle Gegenstände – hier klar überschießend**. Dies wird noch verschärft dadurch, dass die BWB derartigen Anfragen „unverzüglich“ zu entsprechen hat und dieses Recht „jederzeit“ ausgeübt werden kann. Es unterliegt dabei anscheinend auch keiner Formvorschrift, dh es könnte sogar mündlich ausgeübt werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf **§ 5 Abs 3 DSG** hinzuweisen, welcher ebenfalls nur ein Unterrichtsrecht über die Gegenstände der Geschäftsführung beim Datenschutzbeauftragten im öffentlichen Bereich durch das oberste Organ vorsieht, jedoch kein Informationsrecht über die gesamte Aufgabenerfüllung.
- (57) Auch ist im Hinblick darauf, wie sich ein derartiges Unterrichtsrecht auf die Unabhängigkeit einer Behörde auswirkt, eine Gesamtschau in den Dimensionen der institutionellen, budgetären, personellen und funktionellen Unabhängigkeit vorzunehmen.⁹ Dabei ist insbesondere auf die enge personelle und budgetäre Eingliederung der BWB in das **BMDW als ihre Dienstbehörde und haushaltsführende Stelle** hinzuweisen (derzeit beides BMDW), die im Entwurf derzeit nicht aufgelöst wird. Im Entwurf sind auch Regelungen wie die ausdrückliche Leistung von Amtshilfe an das BMDW (§ 2 Abs 1 Z 4 WettbG) und die Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik auf

⁹ Vgl ZÖR 2017, 317, EuGH 16.10.2012 Rs C-614/10 - Kommission/AT, VwGH 23.11.2016 Ro 2016/04/0013-7.

Ersuchen des BMDW (§ 10 Abs 2 WettbG) vorgesehen. Auch solche Regelungen können zu einer (**extern "steuerbaren") Bindung der personellen und zeitlichen Ressourcen der BWB** führen. Das Unterrichtsrecht stünde somit im Fall der BWB nicht für sich allein, sondern ermöglichte über die weiteren Zugriffsmöglichkeiten Eingriffe in die Unabhängigkeit. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass jedes Tätigwerden der BWB letztlich in ein gerichtliches Verfahren mündet und sohin unter der Aufsicht unabhängiger Gerichte steht. Anders als etwa Regulatoren verfügt die BWB über keine Entscheidungsbefugnisse.

- (58) Im Hinblick auf das **Abberufungsrecht** des Art 20 Abs 2 B-VG sieht § 7 Abs 5 WettbG die Möglichkeit vor, dass der Bundespräsident den Generaldirektor auf Vorschlag der Bundesregierung seines Amtes enthebt, wenn dieser sich Verfehlungen von solcher Art oder Schwere zu Schulden kommen lässt, dass die weitere Ausübung seines Amtes den Interessen des Amtes abträglich wäre. Diese Voraussetzungen sind derart unbestimmt, dass sie die unionsrechtlich gebotene Unabhängigkeit¹⁰ unterlaufen. Denn der Generaldirektor ist ein gemeinschaftsrechtlich (nunmehr unionsrechtlich) vorgegebenes weisungsfreies Organ, weshalb eine solche Abberufungsmöglichkeit nicht nur rechtlich nicht geboten ist, sondern sie unionsrechtlichen Bedenken begegnet; **von ihr ist daher abzusehen.**
- (59) Der in den Erläuterungen hergestellte Vergleich mit der Regelung im E-Control-G stellt keine ausreichende Begründung dar. Erstens weichen die Bestimmungen über die Aufgaben voneinander ab. Zweitens ist der Verweis auf die Unabhängigkeit nach Art 4 der RL zu eng. Im Übrigen führt die geplante Vorschrift zu einer untragbaren Rechtsunklarheit, weil nach der in den Erläuterungen zitierten Entscheidung des VWGH im Einzelfall zu entscheiden ist, ob die Pflicht zur Unterrichtung greift oder ob sie wegen des Vorranges entgegenstehenden Unionsrechtes unangewendet zu bleiben hat. So wäre etwa auch die Vorgabe des Art 5 der RL einzubeziehen, wonach die Mitgliedstaaten ausreichende **Ressourcen** sicherzustellen haben. Daraus folgt, dass eine Voraussetzung für die Wahrnehmung der Unterrichtungspflichten die entsprechende Ausstattung darstellt. Da die Frist für die Umsetzung der RL bereits abgelaufen ist, wäre zuerst die ausreichende Ausstattung sicherzustellen und dann laufend an die zusätzlichen Aufgaben anzupassen.

¹⁰ S dazu die Erläuterungen: Art. 4 der Richtlinie normiert die Unabhängigkeit der für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden bei der Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV auf der Grundlage verhältnismäßiger Rechenschaftspflichten. Gemäß EG 22 der Richtlinie tragen verhältnismäßige Rechenschaftspflichten dazu bei, die Glaubwürdigkeit und Legitimität der Maßnahmen der für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden zu gewährleisten. Die Vorgaben für die Unabhängigkeit beim Vollzug des Kartellrechts gelten gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie unbeschadet von Kontroll- und Rechenschaftspflichten.

- (60) In diesem Zusammenhang ist ferner an Erwägungsgrund 17 der RL zu erinnern, wonach „*die für Wettbewerb zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden bei der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV durch ausdrückliche Bestimmungen im nationalen Recht vor äußerer Einflussnahme und politischem Druck geschützt werden, die sie an der unabhängigen Bewertung der von ihnen bearbeiteten Fälle hindern könnten.*“ Wenn also der Unionsgesetzgeber sogar ausdrückliche Schutzvorschriften verlangt, sind Regelungen, die dem entgegenwirken, erst recht als unionsrechtswidrig zu qualifizieren.
- (61) Die in den Materialien zum Entwurf des § 1 Abs 4 WettbG gegebene Begründung ist verfehlt. Dort wird Folgendes ausgeführt: „*Auch im Bereich der Justiz sind Aufsichtsrechte der Justizverwaltung über die Tätigkeit der Gerichtsbarkeit vorgesehen (z.B. § 80 GOG), ohne dass hierbei in die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der RichterInnen eingegriffen oder diese gar eingeschränkt wird.*“
- (62) Bei **§ 80 GOG** handelt es sich wohl um ein **Fehlzitat**. § 80 GOG regelt die Register und sonstigen Geschäftsbehelfe. Einschlägig dürfte vielmehr **§ 82 GOG** sein, welcher regelt, dass die Landesgerichte den Oberlandesgerichten und diese dem Bundesministerium für Justiz ihre Wahrnehmungen über Zustand und Gang der Rechtspflege sowie über Mängel der Gesetzgebung und des Geschäftsganges zu berichten und gegebenenfalls geeignete Änderungsvorschläge zu unterbreiten haben. Diese Vorschrift sieht also gerade keine Informationspflicht über die Aufgabenerfüllung vor, sondern nur über näher determinierte Wahrnehmungen und Mängel. Wenn man sich schon an der Justiz(verwaltung) orientiert, wäre die Informationspflicht sogar weiter einzuschränken, weil diese sogar eine **weitaus geringere Intensität** aufweist als die derzeit im WettbG vorgesehene Informationspflicht bzw das korrespondierende Recht auf Unterrichtung.
- (63) **Es wird daher vorgeschlagen, vom im Entwurf in § 1 Abs 4 WettbG vorgesehene Aufsichtsrechts (welches zu den bereits bestehenden jährlichen Berichtspflichten hinzutritt) des BMDW abzusehen.**

2.1.3 Art 2 Z 4 (§ 2 Abs 1 Z 4 WettbG) – Erweiterung der Amtshilfebestimmung

- (64) Durch die vorgeschlagene Änderung wird die deklarative Amtshilfebestimmung weiter aufgebläht. Eine tatsächliche Notwendigkeit dazu besteht indes nicht, weil sich die Verpflichtung zur allgemeinen Amtshilfe innerstaatlich bereits aus Art 22 B-VG ergibt. Besondere Amtshilferegeln in Bezug auf andere nationale Wettbewerbsbehörden innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes ergeben sich aus den Bestimmungen der VO (EU) 1/2003 (insbesondere Art 12 und 22) sowie den im Rahmen dieses Entwurfs ohnedies umzusetzenden Art 24 ff der RL. Spezifische Verpflichtungen und Befugnisse zur Kooperation mit nationalen wie

europäischen Organen sind zudem in einzelnen Bestimmungen des WettbG (zB § 10) detailliert festgelegt. **Die geplante Änderung sollte daher entfallen.**

- (65) Umgekehrt findet die in den Erläuterungen angesprochene zukünftig noch größere Bedeutung der Zusammenarbeit mit den **Regulatoren**, insbesondere im Digitalbereich keinen Niederschlag im Gesetzestext. Um das bei den Regulatoren vorhandene Fachwissen noch besser nutzbar zu machen, regt die BWB folgende Ergänzung im 2. Satz des § 10 Abs 1 WettbG an:

„[...] Sie ist weiters berechtigt, den Bundeskartellanwalt, die Wettbewerbskommission, die Europäische Kommission, die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die Regulatoren um Auskünfte sowie Stellungnahmen zu ersuchen sowie letztere auch als Sachverständige (§ 11 Abs 2) heranzuziehen. [...]“

- (66) In Bezug auf die **Wettbewerbskommission** sollte die Sicherstellung der engen Zusammenarbeit über die bisher existierenden bewährten Instrumente aufrechterhalten werden. In diesem Sinne sollte

- von der im Entwurf vorgesehenen Streichung der Geschäftsführung der Wettbewerbskommission durch die BWB (ersatzlose Streichung des bisherigen § 2 Abs 2 WettbG)
- sowie dem Entfall des Teilnahmerechts des Generaldirektors (oder eines Vertreters) an Sitzungen der Wettbewerbskommission (§ 16 Abs 6 WettbG)

abgesehen werden.

2.1.4 Art 2 Z 11 (§ 3 Abs 2 WettbG) – Vertretung im Beratenden Ausschuss nach FKVO/Befassung der Wettbewerbskommission

- (67) Der Entwurf zu § 3 Abs 2 WettbG sieht die künftige Vertretung Österreichs im Beratenden Ausschuss nach Art 19 FKVO durch je einen Vertreter der BWB und des BMDW vor. Außerdem ist eine Stellungnahme der Wettbewerbskommission bei Fusionen mit herausragender wirtschaftspolitischer Bedeutung für Österreich vorgesehen.

- (68) Die **Erläuterungen** zu dieser Bestimmung, welche als **Ziel** relativ offen die Möglichkeit frühzeitiger Einflussnahme zur Verhinderung österreichische Unternehmen oder Standorte betreffender Auflagen ansprechen, zeigen, dass es dabei **nicht um eine effektivere Prüfung von Zusammenschlüssen** auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, **sondern vielmehr darum geht, nationale wirtschafts- und standortpolitische sowie über die Einbindung der**

Wettbewerbskommission sozialpartnerschaftliche Interessen in das Verfahren der Europäischen Kommission einzuspeisen.

- (69) Dies **entspricht aber in keiner Weise der Zielsetzung von Verfahren nach der FKVO**, deren Zweck gem VO einzig die Prüfung von Zusammenschlüssen auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt ist (Art 2 Abs 1 FKVO). Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären (Art 2 Abs 3 FKVO).
- (70) Bei ihrer Prüfung berücksichtigt die Europäische Kommission die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen; die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und EndverbraucherInnen sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem VerbraucherInnen dient und den Wettbewerb nicht behindert.
- (71) **Eine Rechtfertigung als wettbewerbschädlich erkannter Zusammenschlüsse durch Berücksichtigung wettbewerbsfremder Ausgleichsfaktoren ist in der FKVO (anders als im KartG) unionsrechtlich schlichtweg nicht vorgesehen.**
- (72) Damit ist aber auch der Gegenstand der Anhörung des Beratenden Ausschusses klar abgesteckt. Dieser bezieht sich auf die zutreffende Beurteilung eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens anhand des Beurteilungsmaßstabes der FKVO, nicht aber auf wettbewerbsfremde wirtschaftspolitische Interessen einzelner Mitgliedstaaten.
- (73) Insbesondere was das in den Erläuterungen angesprochene Thema von Bedingungen und Auflagen (Art 8 Abs 2 FKVO), anlangt, welche sich möglicherweise auf österreichische Unternehmen oder Standorte auswirken können, erscheint eine Richtigstellung erforderlich: Das Anbieten derartiger Änderungen, welche die Vereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem gemeinsamen Markt herstellen sollen, muss zunächst von den beteiligten Unternehmen selbst ausgehen. Sie, und nicht die Europäische Kommission bestimmen daher letztlich über Ausgleichsmaßnahmen wie etwa die Veräußerung von Standorten. Werden durch derartige Vorschläge die Wettbewerbsbedenken

beseitigt, kann die Europäische Kommission eine Freigabeentscheidung mit geeigneten Bedingungen und Auflagen verbinden, die dabei lediglich der Absicherung der Einhaltung dieser Änderungsvorschläge dienen. Es ist daher auch nicht ersichtlich, wie sich eine frühzeitige Einbringung einer österreichischen Position bei der Europäischen Kommission auf die autonome unternehmerische Entscheidung auswirken soll, bestimmte Änderungen des Zusammenschlusses anzubieten.

- (74) Hinzuweisen ist in diesem Kontext auch auf Art 17 FKVO, demgemäß die bei Anwendung dieser Verordnung erlangten Kenntnisse nur zu dem mit der Auskunft, Ermittlung oder Anhörung verfolgten Zweck verwertet werden dürfen. Außerdem dürfen keine Kenntnisse, die bei Anwendung der FKVO erlangt wurden, preisgegeben werden, soweit sie ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen. Zweck der Angaben, die Unternehmen, Unternehmensvereinigungen, natürliche Personen und Mitgliedstaaten in Verfahren nach der FKVO machen, ist die Durchführung dieser Verfahren. Die genannten Vorschriften richten sich ua an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten, alle sonstigen, unter Aufsicht dieser Behörden handelnden Personen und die Beamten und Bediensteten anderer Behörden der Mitgliedstaaten.
- (75) Die vorgeschlagene Änderung (und der mit ihr verfolgte Zweck) steht somit **nicht nur in einem Spannungsfeld zum Erfordernis der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit** von Entscheidungen für Unternehmen, **sondern läuft auch den inhaltlichen Zielsetzungen der europäischen Fusionskontrolle zuwider**. Soweit angedacht ist, im Wege der Beteiligung der Mitgliedstaaten an fusionskontrollrechtlichen Verfahren der Europäischen Kommission erlangte Informationen unmittelbar für andere Politikbereiche oder wirtschaftspolitische Zwecke nutzbar zu machen steht dies im Widerspruch zu den Regelungen über das **Verwertungsverbot** sowie das **Berufsgeheimnis** (Art 17 FKVO).

2.1.5 Art 2 Z 21 (§ 10 Abs 5 WettbG) – Stellungnahme der Wettbewerbskommission bei Modifikation der Zusammenschlussanmeldung

- (76) Bislang war der Wettbewerbskommission gem § 10 Abs 5 WettbG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, falls die BWB beabsichtigte, in einem Zusammenschlussfall, zu dem die Wettbewerbskommission eine Empfehlung gem § 17 WettbG abgegeben hatte, im Hinblick auf Modifikationen des ursprünglichen Zusammenschlussvorhabens von der Stellung eines Prüfungsantrages abzusehen oder einen gestellten Prüfungsantrag wieder zurückzuziehen. Diese Regelung sollte der Wettbewerbskommission also in Fällen, in denen sie bereits Bedenken gegen das ursprünglich angemeldete Vorhaben geäußert hatte, sinnvollerweise

die Möglichkeit geben, sich zur Berücksichtigung dieser Bedenken durch die vorgenommenen Modifikationen zu äußern.

- (77) Demgegenüber ergibt die Erweiterung dieses Stellungnahmerechts auf **sämtliche Fälle**, also auch jene, in denen die Wettbewerbskommission bereits gegen das ursprünglich angemeldete Vorhaben keine Bedenken hatte und dementsprechend auch keine Empfehlung nach § 17 WettbG abgegeben hatte, keinen Sinn. Vielmehr wird nur ein zusätzlicher überflüssiger Verfahrensschritt eingeführt, der eine rasche Verfahrensabwicklung erschwert. **Die geplante Änderung sollte daher entfallen.**
- (78) Eine enge Zusammenarbeit kann vielmehr durch eine Beibehaltung der bisher existierenden bewährten Instrumente, nämlich Geschäftsführung der WBK durch die BWB und das Teilnahmerecht des Generaldirektors, erreicht werden. Die Zusammenarbeit könnte darüber hinaus auch durch das Aufsetzen eines Evaluierungsprozesses und die Erarbeitung gemeinsamer Prozesse für die Zusammenarbeit weiter verbessert werden, für die es keiner gesetzlichen Änderung bedarf.

2.1.6 Art 2 Z 22 (§ 10 Abs 6 WettbG) – Übermittlung von Zusammenschlussanmeldungen an BMDW für Zwecke der Investitionskontrolle

- (79) Mit der vorgeschlagenen Änderung des § 10 Abs 6 WettbG soll die BWB verpflichtet werden, dem BMDW zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach dem InvKG Zusammenschlussanmeldungen samt ihren Beilagen weiterzuleiten.
- (80) Diese Regelung, die offenbar **unterschiedslos alle bei der BWB angemeldeten Zusammenschlüsse erfassen soll**, erscheint somit allerdings deutlich überschießend und nicht effizient. Zunächst ist davon auszugehen, dass zahlreiche bei der BWB angemeldete Zusammenschlüsse von vorneherein gar nicht als Direktinvestition im Sinne des InvKG zu qualifizieren sein werden, wie etwa die Vielzahl der aufgrund der weiten Aufgriffsschwellen des § 9 KartG anmeldebedürftigen Auslandszusammenschlüsse mit vernachlässigbaren Auswirkungen auf den inländischen Markt (siehe dazu unter „Schaffung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle“), Zusammenschlüsse ohne „Auslandsbezug“ iSd InvKG sowie Zusammenschlüsse, welche nicht in den Anlagen zum InvKG genannte Sektoren betreffen.
- (81) Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach den Bestimmungen des InvKG sollen ausländische Direktinvestitionen ja vielmehr dahingehend überprüft werden, ob sie zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung

einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im Sinne von Art 52 und Art 65 AEUV führen können.

- (82) Gemäß der Judikatur des EuGH kann eine Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung im Sinne von Art 52 und Art 65 AEUV nur dann Beschränkungen rechtfertigen, wenn es sich um eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung handelt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Nach der EuGH-Judikatur können rein wirtschaftliche Gründe, die mit der Förderung der nationalen Wirtschaft oder deren gutem Funktionieren verbunden sind, keine Beeinträchtigungen der in den Verträgen verbürgten Grundfreiheiten rechtfertigen (RV 270 BlgNR 27. GP S 3f.).
- (83) Demgegenüber ist es Ziel der Fusionskontrolle, die wirtschaftlichen Auswirkungen bestimmter Transaktionen im Hinblick auf das Funktionieren wirksamen Wettbewerbs einer Kontrolle zu unterwerfen. Aspekte der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung sind in diesem Zusammenhang nicht relevant. Auch insofern erscheint fraglich, inwiefern **spezifisch für die Zwecke der Fusionskontrolle erstellte Informationen** (in ihrer unbeschränkten Gesamtheit) für die Zwecke der Investitionskontrolle erforderlich sind. Zudem ist idZ auch auf das für die BWB geltende strenge **Verwertungsverbot** nach § 11 WettbG hinzuweisen.
- (84) Zudem enthält § 6 InvKG ein eigenständiges Verfahren zur Stellung eines Genehmigungsantrages. Es ist daher zunächst davon auszugehen, dass die davon erfassten Unternehmen grundsätzlich ihren diesbezüglichen Verpflichtungen nachkommen werden. Wie auch in den Erläuterungen ausgeführt, soll die Übermittlung somit primär der Verpflichtung der BMDW zur amtswegigen Einleitung von Genehmigungsverfahren nach § 8 InvKG für den Fall, dass kein entsprechender Antrag gestellt wird, dienen und ihr diesbezüglich Kenntnis von derartigen Investitionsvorhaben verschaffen.
- (85) **Gerade dafür scheint aber die ohnedies gegebene Publizität** von Zusammenschlussverfahren, die durch die nach § 10 Abs 3 Z 2 KartG iVm § 10b Abs 1 WettbG gebotene Veröffentlichung der wesentlichen Angaben angemeldeter Zusammenschlüsse, einschließlich der Beteiligten, der Art des Zusammenschlusses sowie der betroffenen Geschäftszweige, auf der Website der BWB sichergestellt wird, **als gelinderes Mittel völlig ausreichend**.
- (86) Auch der Verweis auf die in § 12 Abs 1 Z 3 InvKG niedergelegten Verpflichtungen aus dem EU-weiten Kooperationsmechanismus gemäß der FDI-Screening-Verordnung (Verordnung (EU) 2019/452) überzeugt nicht. Zur dort geforderten Angabe, ob ein einem Genehmigungsverfahren nach InvKG unterworfenes Vorhaben der EU-Fusionskontrollverordnung unterliegt, bedarf es gerade nicht der Kenntnis der gesamten nationalen Zusammenschlussanmeldung. Bereits aus dem ohnedies öffentlich bekanntgemachten Umstand (s.o.) des Vorliegens einer

nationalen Zusammenschlussanmeldung ergibt sich aufgrund der Ausschließlichkeit gem Art 21 FKVO, dass ein Vorhaben eben nicht der FKVO unterliegt.

- (87) Neben dem durch diese Übermittlungsverpflichtung geschaffenen **zusätzlichen bürokratischen Aufwand** berücksichtigt der Entwurf somit aber auch nicht die **berechtigten Interessen der Unternehmen**, insbesondere nach einem besonderen Schutz von und sensiblen und zurückhaltenden Umgang mit den im Zuge einer Zusammenschlussanmeldung offengelegten Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, wenn derartige Informationen ohne konkreten Anlass **quasi „auf Verdacht“** systematisch zu anderen Zwecken an andere Institutionen weitergeleitet werden. **Die geplante Änderung sollte daher entfallen.**
- (88) Sollte im Ergebnis ein über die bereits gegebene Publizität hinaus ein Mechanismus tatsächlich als notwendig erachtet werden, der das Zusammenspiel von Fusionskontrolle und InvK sicherstellt, so könnte dies über eine Anpassung der Anmeldevorgaben erreicht werden. Dazu könnten anmeldende Unternehmen verpflichtet werden, in der Anmeldung eines Zusammenschlusses auch Angaben zum Bestehen einer allfälligen Genehmigungspflicht nach InvKG zu machen (§ 10 Abs 1 KartG), welche in der Veröffentlichung § 10 Abs 3 Z 2 KartG ihre Berücksichtigung finden könnte:

„§ 10. (1) Zur Anmeldung ist jeder am Zusammenschluss beteiligte Unternehmer berechtigt. Die Anmeldung ist mit den Beilagen in vier Gleichschriften einzubringen; sie hat zu enthalten:

1....

2....

3. Angaben zu den Umständen, durch die eine Genehmigungspflicht nach § 2 InvKG begründet wird.

(3) Unverzüglich nach dem Einlangen der Anmeldung hat die Bundeswettbewerbsbehörde

1....

*2. die Anmeldung öffentlich bekanntzumachen. Die Bekanntmachung hat den Namen der Beteiligten und in kurzer Form die Art des Zusammenschlusses, die betroffenen Geschäftszweige sowie alle sonstigen für die rechtmäßige Durchführung des Zusammenschlusses maßgeblichen Umstände anzugeben. **Außerdem sind Angaben zu den Umständen, durch die eine Genehmigungspflicht nach § 2 InvKG begründet wird,***

bekanntzumachen. Ebenso ist jede Änderung der Anmeldung, die bekannt zu machende Tatsachen betrifft, bekannt zu machen.“

- (89) **Die derzeit vorgesehene Ergänzung in § 10 Abs 6 KartG kann ersatzlos gestrichen werden**, weil die allgemeine Bestimmung zur Amtshilfe greift.

2.1.7 Art 2 Z 26 (§ 11 Abs 4 WettbG) – Anpassung eines Verweises

- (90) In § 11 Abs 4 WettbG wird der Verweis auf § 2 Abs 1 WettbG aufgrund der Änderungen in § 2 WettbG (Aufteilung der Aufgaben der BWB, die bisher nur in Abs 1 aufgezählt waren, auf die Abs 1 und 2) auf Abs 2 erstreckt.
- (91) § 11 Abs 3 und 5 WettbG enthalten in der bisherigen Fassung jeweils denselben Verweis auf die Aufgaben gemäß § 2 Abs 1 WettbG. Auch in diesen beiden Absätzen wäre daher die gleiche Anpassung an die Änderungen in § 2 WettbG vorzunehmen und der Verweis jeweils auch auf dessen Abs 2 zu erstrecken.

2.1.8 Art 2 Z 29 (§ 11a Abs 5 WettbG) - Verhängung von Geldstrafen durch die BWB

- (92) Mit der in § 11a Abs 5 WettbG vorgesehenen Ergänzung des Tatbestandes der Nichtbefolgung eines Ladungsbescheides sowie bezüglich des Geldbußenhöchstbetrages unter Bezugnahme auf den weltweiten Gesamtumsatz soll Art 13 Abs 2 lit d und e der RL umgesetzt werden. Allerdings wird die vorgeschlagene Bestimmung den Vorgaben der RL in mehrerlei Hinsicht nicht gerecht:
- (93) Zunächst fordert Art 13 der RL, dass sich die diesbezüglichen Geldbußen gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen richten. Demgegenüber richtet sich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung des § 11a WettbG weiterhin an die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Daran ändert auch die in den Erläuterungen angesprochene Solidarhaftung gem § 9 Abs 7 VStG nichts; diese Haftung ist nicht einer originären Verantwortlichkeit des Unternehmens gleichzuhalten, wie sie etwa in § 35 FM-GwG vorgesehen ist. Dies hat zur Folge, dass gem § 19 Abs 2 VStG bei der Bemessung von Geldstrafen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten (also der natürlichen Person und nicht des Unternehmens) zu berücksichtigen sind.
- (94) Der Entwurf sieht zwar einen Höchstbetrag der Geldstrafe von 1% des Gesamtumsatzes vor, dieser wird durch die vorgesehene Deckelung bei € 75.000 aber wieder völlig entwertet und entspricht somit nicht dem Erfordernis der RL

nach Festsetzung von Geldbußen im Verhältnis zum weltweiten Gesamtumsatz. Der Deckel wird bereits von relativ kleinen Unternehmen mit einem Umsatz von € 7,5 Mio erreicht, darüber, also insbesondere gegenüber internationalen Großkonzernen, deren Verhalten regelmäßig von Art 101 und 102 AEUV erfasst wird, ist eine Verhältniswahrung somit nicht möglich und erlaubt nicht die geforderte Verhängung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Geldbußen.

2.1.9 Art 2 Z 31 bis 34 (§ 11b WettbG) – Regelungen betreffend das Kronzeugenprogramm

- (95) Die RL enthält in den Art 17 bis 22 detaillierte Regelungen zu den von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Kronzeugenprogrammen. Dabei ist davon auszugehen, dass bereits der § 11b WettbG in der bisherigen Fassung in Verbindung mit der im Handbuch der BWB gem Abs 3 leg cit dargelegten Praxis (diese entspricht insbesondere den nunmehr in den Art 20 bis 22 der RL enthaltenen Vorschriften zur Form der Kronzeugenanträge sowie zu Markern und Kurzanträgen) materiell, wenngleich zT mit abweichenden Formulierungen, weitestgehend diesen Vorgaben entsprach. Allerdings erfordert die Umsetzung der RL nunmehr auch die Verrechtlichung gewisser, bisher nur im Handbuch geregelter Bereiche.
- (96) Festzuhalten ist auch, dass das nationale Kronzeugenprogramm nach § 11b WettbG sämtliche Verstöße gegen § 1 KartG und Art 101 AEUV umfasst und damit weitergeht als die RL, welche sich nur auf geheime Kartelle bezieht. Gemäß Art 17 Abs 1 und Art 18 Abs 1 der RL ist eine solche Erweiterung des Anwendungsbereiches auch weiterhin zulässig.
- (97) Bei den nach dem vorliegenden Vorschlag im § 11b WettbG umgesetzten Teilen (das sind insbesondere Art 17 sowie tlw Art 18 und Art 19 der RL) fällt auf, dass durch das Abweichen von der Gliederungssystematik der RL und einer teilweise nur unvollständigen oder veränderten Übernahme von Regelungsbestandteilen und/oder Terminologie der RL nicht immer klar ersichtlich ist, ob den Vorgaben der RL vollinhaltlich entsprochen wird.
- (98) Auf Basis der im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Regelungen werden jedenfalls folgende **technische Anpassungen** angeregt:
- In **§ 11b Abs 1 Z 1** wird in Zusammenhang mit der Einschränkung der Verpflichtung zur Einstellung der Zuwiderhandlung der Begriff „*Kartellaktivitäten*“ aus Art 19 lit a der RL übernommen. Um Unklarheiten im Hinblick auf den unterschiedlichen Bedeutungsgehalt des Begriffs „*Kartell*“ in der RL und im WettbG/KartG zu

vermeiden und eine einheitliche Terminologie zu wahren, sollte auf den Begriff der „Zu widerhandlung“ Bezug genommen werden, sodass die Bestimmung lauten sollte:

„[...] ihre Mitwirkung an der Zu widerhandlung eingestellt haben, es sei denn, darunterfallende Aktivitäten sind nach Auffassung der Bundeswettbewerbsbehörde nach vernünftigen Ermessen weiterhin erforderlich, um die Integrität ihrer Untersuchung zu wahren, [...]“

- **§ 11b Abs 1 Z 2** sieht eine Bindung des Antragstellers an die Geheimhaltungspflicht ausschließlich bis zur Mitteilung der Beschwerdepunkte gem § 13 Abs 2 vor. Art 19 lit b Z v der RL bestimmt hingegen, dass der Antragsteller *„weder die Tatsache seiner Antragstellung noch den Inhalt seines Antrags auf Kronzeugenbehandlung offenlegt, bis die nationale Wettbewerbsbehörde ihre Beschwerdepunkte in dem Durchsetzungsverfahren mitgeteilt hat, sofern nichts anderes vereinbart wurde.“* Im Sinne größerer Flexibilität sollte diese Bestimmung zur Gänze aus der RL übernommen werden und nicht ausschließlich auf den Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte abgestellt werden. Das Kronzeugenhandbuch sieht derzeit eine Geheimhaltungsverpflichtung bis zur Entbindung durch die BWB vor. In diesem Sinne sollte die Bestimmung folgendermaßen lauten:
„[...] und jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Bundeswettbewerbsbehörde die an der Zu widerhandlung beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen nach § 13 Abs. 2 über die Ermittlungsergebnisse in Kenntnis gesetzt hat, weder die Tatsache noch den Inhalt des Ersuchens um Vorgehen nach dieser Bestimmung offenlegen, sofern nichts anderes vereinbart wurde.“
- Um klarzustellen, dass es sich bei der im Anschlusssatz an **§ 11b Abs 1 Z 4** vorgesehenen Verpflichtung der BWB zur Stellung eines Feststellungsantrags um ein Mindestanfordernis handelt und der BWB die Stellung eines Feststellungsantrags auch in anderen Fallkonstellationen freisteht, wird vorgeschlagen diese Bestimmung zu ändern wie folgt:
„Insbesondere in jenen Fällen, in denen die Bundeswettbewerbsbehörde gegen wenigstens einen Teilnehmer an einer Zu widerhandlung gegen § 1 KartG 2005 oder Art. 101 AEUV eine Geldbuße beantragt, stellt sie gegen das Unternehmen, gegen das sie aufgrund der Anwendung von Abs. 1 Z 3 lit. a oder b keinen Antrag auf Geldbuße stellt, einen Feststellungsantrag nach § 28 Abs. 1a KartG 2005.“

- (99) Nicht nachvollziehbar ist aus Sicht der BWB der Sinn und insbesondere der Mehrwert der in § 11b Abs 4 WettbG vorgesehenen VO-Ermächtigung, welche „nähere Bestimmungen über die Anwendung von Abs. 1 bis 3, insbesondere Bestimmungen über Marker und Kurzanträge“ umfasst.

- (100) Damit soll offenbar einerseits ein Ersatz für das im bisherigen § 11b Abs 3 WettbG enthaltene und nach dem Entwurf entfallende Handbuch der BWB über die Praxis der Durchführung der Kronzeugenregelung geschaffen werden (wodurch in die Unabhängigkeit der BWB bei der Gestaltung dieser Anwendungspraxis eingegriffen wird), andererseits soll eine Umsetzung jener Bestimmungen der RL erfolgen, welche nach dem Entwurf nicht unmittelbar Eingang in das WettbG gefunden haben.

Verordnungsermächtigung

- (101) Die bisherige Verankerung der Vorgehensweise bei der Anwendung des Kronzeugenprogramms in einem Handbuch der BWB hat sich in der Praxis bestens bewährt. Das liegt auch daran, dass ein solches Handbuch der BWB erlaubt, auf Unklarheiten oder Anregungen aus der Praxis (etwa durch Rechtsanwälte) möglichst rasch zu reagieren und nach Konsultation der betroffenen Kreise ggf auch Änderungen des Handbuchs vorzunehmen. Verfahren mit Kronzeugen sind oft besonders komplex und ihre praktische Handhabung bedarf einer besonderen Expertise, über welche die BWB verfügt.
- (102) Das Instrument des Handbuchs als bewährtes und flexibles Instrument zur näheren Ausgestaltung von in der Praxis auftauchenden, rechtlich nicht zwingend geregelten Fragestellungen sollte daher in der bisherigen Form beibehalten werden.
- (103) Sollte es angesichts der durch die RL vorgenommenen weitgehenden Verrechtlichung des Verfahrens als erforderlich angesehen werden, auch diese praktischen Aspekte in Form einer Verordnung zu regeln, wäre dennoch zu gewährleisten, dass Verfahren iZm Anträgen nach § 11b auch künftig praxisnah gestaltet werden und – insbesondere im Hinblick auf nicht von der RL umfasste Aspekte – die bisherige Flexibilität im Kronzeugenprogramm erhalten bleibt. Dazu sollte jedenfalls die Expertenrolle, welche die BWB als vollziehende Behörde durch langjährige Praxis erworben hat, auch weiterhin genutzt werden.
- (104) Es wird daher vorgeschlagen, **die Verordnungsermächtigung auf den Generaldirektor für Wettbewerb zu übertragen**, wodurch auch der Unabhängigkeit der BWB Rechnung getragen würde. In diesem Zusammenhang verweisen die Erläuterungen zwar auf die in Art 4 Abs 2 lit b der RL vorgesehene Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Regierungen, Vorschriften allgemeiner Art herauszugeben, durch welche die Stoßrichtung der geplanten Verordnung gedeckt sei. Mit Blick auf den entsprechenden Erwägungsgrund 23 der RL, der hier von allgemeinen Vorschriften oder Prioritätsleitlinien im Kontext mit der grundsätzlich autonomen Schwerpunktsetzung durch die Wettbewerbsbehörden spricht, erscheint allerdings höchst fraglich, ob davon – wie hier vorgesehen – auch

Bestimmungen erfasst sein sollen, die das praktische Vorgehen der Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung der Kronzeugenregelung in Einzelfällen determinieren sollen.

- (105) Hinzuweisen ist überdies noch auf folgende Unklarheit im vorliegenden Entwurf: Dieser spricht davon, dass die Verordnung nach „*Anhörung*“ der BWB zu erlassen sei. Die Verwendung des Begriffs „*Anhörung*“ lässt auf eine gesonderte Befassung der BWB durch den BMDW schließen, welche klar von der Möglichkeit zur Stellungnahme in einem Begutachtungsverfahren zu unterscheiden ist. Die Erläuterungen zum Entwurf legen jedoch genau das nahe, wenn sie ausführen, dass der BWB im Rahmen des Begutachtungsverfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zum Verordnungsentwurf zu geben sei. Diese Auslegung der Bestimmung brächte keinen ersichtlichen Mehrwert, steht es doch jedermann offen, sich an einem Begutachtungsverfahren zu beteiligen und damit auch der BWB. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass Begutachtungsverfahren häufig unter hohem Zeitdruck stattfinden und die Verkürzung von Begutachtungsfristen leider keine Ausnahme darstellt. Eine adäquate Berücksichtigung der Ergebnisse solcher Begutachtungsverfahren ist daher vielfach kaum möglich.
- (106) Sofern nicht eine der zu bevorzugenden Alternativen – Beibehaltung des Handbuchs oder Verordnungsermächtigung für den Generaldirektor für Wettbewerb – gewählt wird, müsste also der BWB in einem gesonderten – vom Begutachtungsverfahren zu trennenden – Anhörungsverfahren die **Möglichkeit zur Mitwirkung am legislatischen Prozess** beispielsweise in einer **Einvernehmensregelung** gegeben werden, sodass ihre Expertise in angemessener Weise einfließen kann. Von einer derartigen Mitwirkung müsste jedenfalls auch das Einbringen von Textvorschlägen umfasst sein.
- (107) Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, weshalb vor Erlassung einer derartigen Verordnung zwar die Wettbewerbskommission, welcher in Bezug auf die Anwendung der Kronzeugenregelung keine Rolle zukommt, nicht aber der über § 11b Abs 4 sowie seine spezifische Rolle nach § 209b StPO eingebundene Bundeskartellanwalt anzuhören ist.

Umsetzung der RL-Bestimmungen über Kronzeugenprogramme

- (108) Der Entwurf sieht vor, dass nur die grundlegendsten Bestimmungen der RL zu den Kronzeugenprogrammen unmittelbar im WettbG geregelt werden, während alle detaillierteren Regelungen, die sich zum Großteil bereits bisher im Handbuch der BWB gefunden haben, Eingang in die genannte Verordnung finden sollen.
- (109) Angesichts der klaren Vorgaben und des geringen Gestaltungsspielraums, den die RL hinsichtlich der zu regelnden Bereiche eröffnet, erscheint dies allerdings nicht

als das geeignetste Instrument zur Umsetzung der Vorgaben und würde nur zu einer weiteren Zersplitterung und Unübersichtlichkeit der Regelungen führen.

- (110) Es kann derzeit auf Grundlage des Gesetzestextes allein nicht abschließend beurteilt werden, ob die Bestimmungen der RL vollständig umgesetzt werden.
- (111) Die BWB regt daher an, die Umsetzung der Regelungen der RL über das Kronzeugenprogramm einer nochmaligen Überarbeitung zu überziehen und auch die bisher nicht berücksichtigten Vorgaben der RL mit stärkerer Orientierung an deren Systematik **vollständig im WettbG zu verankern**. Dies betrifft folgende Bestimmungen (bzw. Abschnitte dieser Bestimmungen) der RL:

***Art 18 (3)** Übermittelt der Antragsteller stichhaltige Beweise, die die nationale Wettbewerbsbehörde zur Feststellung zusätzlicher Tatsachen heranzieht, die zu Geldbußen führen, die höher sind als die Geldbußen, die sonst gegen die an dem geheimen Kartell Beteiligten verhängt worden wären, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationale Wettbewerbsbehörde diese zusätzlichen Tatsachen bei der Festsetzung der Geldbuße für den Antragsteller, der diese Beweise vorgelegt hat, nicht berücksichtigt.*

***Art 19 b)** [...]; diese Zusammenarbeit beinhaltet, dass er*

i) der nationalen Wettbewerbsbehörde unverzüglich alle relevanten Informationen über und Beweise für das mutmaßliche geheime Kartell übermittelt, die in seinen Besitz gelangen oder zu denen er Zugang hat, insbesondere

— den Namen und die Anschrift des Antragstellers,

— die Namen aller anderen Unternehmen, die an dem mutmaßlichen geheimen Kartell beteiligt sind oder waren,

— eine ausführliche Beschreibung des mutmaßlichen geheimen Kartells, einschließlich der betroffenen Produkte, der betroffenen Gebiete, der Dauer und der Art des mutmaßlichen geheimen Kartells,

— Informationen über bisherige oder etwaige künftige Anträge auf Kronzeugenbehandlung im Zusammenhang mit dem mutmaßlichen geheimen Kartell bei anderen Wettbewerbsbehörden oder der Wettbewerbsbehörde eines Drittlands;

ii) sich der nationalen Wettbewerbsbehörde zur Verfügung hält, um jede Anfrage zu beantworten, die zur Feststellung des Sachverhalts beitragen kann;

iii) dafür sorgt, dass Unternehmensleiter und Mitglieder der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstige Mitarbeiter für Befragungen durch die nationale Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehen, und sich nach besten Kräften bemüht, dass frühere Unternehmensleiter und Mitglieder der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstige Mitarbeiter für Befragungen durch die nationale Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehen;

iv) relevante Informationen über und Beweise für das mutmaßliche Kartell nicht vernichtet, verfälscht oder unterdrückt

[...]

c) Während er die Stellung eines Antrags auf Kronzeugenbehandlung bei der nationalen Wettbewerbsbehörde erwägt, darf er Folgendes nicht getan haben:

i) Er darf Beweise für das mutmaßliche geheime Kartell nicht vernichtet, verfälscht oder unterdrückt haben oder

ii) die Tatsache, dass er eine Antragstellung erwägt, oder den Inhalt des von ihm erwogenen Antrags auf Kronzeugenbehandlung offengelegt haben; dies gilt mit Ausnahme der Offenlegung gegenüber anderen Wettbewerbsbehörden oder Wettbewerbsbehörden von Drittländern.

Artikel 20 Form der Kronzeugenerklärungen

Artikel 21 Marker für Anträge auf Geldbußenerlass

Artikel 22 Kurzanträge

2.1.10 Z 42 (§ 14 a WettbG) - Zustellung und Vollstreckung im ECN

(112) Wie auch bezüglich der Bestimmungen zum Kronzeugenprogramm werden im WettbG lediglich einige grundsätzliche Regelungen der RL umgesetzt (insbesondere die Art 25 und 26 der RL), während die weiteren Regelungen (insbesondere Art 27 und 28 der RL) einer Verordnung vorbehalten werden. Die BWB spricht sich auch hier dafür aus, **diese Regelungen konsolidiert ins WettbG zu übernehmen.**

(113) Insbesondere ist auf die gemäß Art 27 Abs 7 der RL vorzusehende Kostenersatzregelung hinzuweisen. Der genannte Art sieht die Möglichkeit („auf Antrag“) vor, dass eine ersuchte Behörde der ersuchenden Behörde „alle“ aus der Amtshilfe gem Art 24 und 25 der RL entstandenen *„vertretbaren zusätzlichen Kosten einschließlich Übersetzungs-, Personal und Verwaltungskosten“* in Rechnung stellen kann. Dies erscheint insbesondere auch deshalb relevant, weil genannter Artikel mittelbar über Art 24 der RL auch auf Amtshilfemaßnahmen gem Art 22 VO 1/2003 verweist und sich somit wohl auch in diesem praktisch bedeutsamen Bereich auswirken wird. In Art 22 VO 1/2003 ist zwar auch bereits jetzt die Rede davon, dass Ermittlungen im Namen und auf Rechnung der ersuchenden Behörde gepflogen werden können. Bislang wurden, soweit der BWB bekannt, in diesem Bereich aber keine Kosten verrechnet. Soweit ersichtlich, werden die meisten nationalen Umsetzungen dieser Bestimmungen ihren jeweiligen Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit (aber nicht die Verpflichtung) zur Geltendmachung von Kosten einräumen. Daher ist für den Fall, dass der BWB durch eine ersuchte Behörde Kosten in Rechnung gestellt werden, Vorsorge zu treffen. Umgekehrt ist auch für die BWB die Möglichkeit, unter Bedachtnahme auf die Umstände des Einzelfalls, einer ersuchenden Behörde entstandene Kosten in Rechnung zu stellen, vorzusehen.

(114) § 14a Abs 1 und 2 setzen Art 25 der RL korrekt um und definiert die BWB als zuständige ersuchte sowie ersuchende Behörde. Lediglich § 14a Abs 1 Z 3 weicht insofern von der Textierung des **Art 25 lit c der RL** ab, als die dort genannten Unterlagen, *„die mit der Vollstreckung von Entscheidungen zur Verhängung von Geldbußen oder Zwangsgeldern zusammenhängen“* keine explizite Erwähnung finden. Es ist zwar nicht ganz klar, was das im Einzelnen für Schriftstücke sein könnten; solange aber nur um eine Zustellung und keine Vollstreckungshandlung ersucht wird, ist mangels entsprechender Zuständigkeit des KG davon auszugehen, dass auch diese Kategorie von Unterlagen erfasst ist. Dies wäre noch ergänzend durch Aufnahme einer dem RL-Text entsprechenden Formulierung klarzustellen.

(115) Die in Art 26 Abs 2 der RL erwähnte Möglichkeit der *„freiwilligen Vollstreckung“* in anderen Fällen wird von § 14a Abs 3 derzeit nicht ausdrücklich erwähnt. Im Sinne einer RL-konformen Interpretation geht die BWB davon aus, dass mit der Wortfolge *„oder aussichtslos“* die Fälle des Art 26 Abs 2 erfasst werden. Zur **Klarstellung** sollte § 14a Abs 3 WettbG jedoch um die Wortfolge *„aus anderen Gründen“* ergänzt werden, sodass die Bestimmung lautet:

„(3) Wenn die Vollstreckung einer rechtskräftigen Entscheidung der Bundeswettbewerbsbehörde nach § 11a Abs. 4 und 5 mangels ausreichender Vermögenswerte des Unternehmers oder der Unternehmervereinigung im Inland ohne Erfolg geblieben oder aus anderen Gründen aussichtslos ist, kann die Bundeswettbewerbsbehörde andere

ationale Behörden eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des europäischen Wirtschaftsraums (ersuchte Behörde) um Vollstreckung dieser Entscheidungen ersuchen, wenn zu erwarten ist, dass die Geldstrafe oder das Zwangsgeld dort eingebracht werden kann.“

2.1.11 Art 2 Z 49 (§ 17 Abs 3 WettbG) – Verpflichtung, der Wettbewerbskommission Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen

- (116) In § 17 Abs 3 WettbG soll die Berechtigung der BWB, der Wettbewerbskommission Gelegenheit zur Abgabe einer Empfehlung gem Abs 1 (Anm: hinsichtlich der Stellung eines Prüfungsantrages zu einem angemeldeten Zusammenschluss) zu geben, durch eine Verpflichtung ersetzt werden. Der Sinn sowie die praktischen Auswirkungen dieser vorgeschlagenen Änderung erschließt sich weder aus dem Text noch den Erläuterungen. Unklar bleibt auch, worin der Mehrwert gegenüber der geltenden Rechtslage liegt.
- (117) Schon bisher ist die Wettbewerbskommission gem Abs 1 leg cit berechtigt, von sich aus entsprechende Empfehlungen gegenüber der BWB auszusprechen. Darüber hinaus kann auch die BWB die Wettbewerbskommission nach Abs 3 aktiv (in Fällen, in denen diese nicht von sich aus aktiv wird) um die Abgabe einer derartigen Empfehlung ersuchen. **Der vorgesehenen Verpflichtung bedarf es also gar nicht, um der Wettbewerbskommission die Ausübung ihrer Befugnisse zu ermöglichen, da sie die Möglichkeit dazu bisher schon hatte.**
- (118) Umgekehrt könnte die Formulierung dahingehend verstanden werden, dass die BWB die Wettbewerbskommission hinsichtlich jeder einzelnen Zusammenschlussanmeldung befassen muss. Dies kann aber angesichts der hohen Zahl an Zusammenschlussanmeldungen, des dadurch geschaffenen administrativen Aufwandes, der Ermöglichung eines effizienten Phase I Verfahrens, sowie letztlich der beschränkten Kapazitäten der Wettbewerbskommission wohl nicht Ziel sein.
- (119) Sinnvoller, als durch starre Regelungen zusätzliche und in den meisten Fällen wohl überflüssige, bürokratische Erfordernisse zu schaffen, erschiene es, die ohnedies bereits bestehenden Befugnisse zukünftig für eine vertiefte Zusammenarbeit auszunützen. **Die vorgeschlagene Änderung sollte daher unterbleiben.**
- (120) Sollte der Wettbewerbskommission eine über die bisherigen Aufgaben hinausgehende Rolle eingeräumt werden, so sollte sie stärker an die deutsche Monopolkommission angelehnt werden, die bei der seinerzeitigen Errichtung

auch als Vorbild diene.¹¹ Die Monopolkommission ist allerdings ein wissenschaftlich ausgerichtetes Beratungsgremium. Sie besteht aus fünf Mitgliedern, traditionell aus mindestens zwei Universitätsprofessoren und einigen Praktikern.¹²

2.2 KartG

2.2.1 Art 1 Z 7 (§ 2 Abs 1 KartG) – Berücksichtigung eines Beitrags zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft

- (121) Der Entwurf sieht in § 2 Abs 1 KartG eine Freistellung vom Kartellverbot auch dann vor, wenn eine *„Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen Fortschritts zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft beiträgt“*.
- (122) **Anwendungsvorrang des Unionsrechts.** Wie der Entwurf betont, gilt der Anwendungsvorrang von Art 101 AEUV auch weiterhin. Das Zwischenstaatlichkeitskriterium wird vom EuGH weit ausgelegt. Zwischenstaatlichkeit ist insbesondere auch bei Vereinbarungen gegeben, die wegen ihres Umfangs den Marktzutritt von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten erschweren sowie bei rein nationalen Vereinbarungen, die aus anderen Gründen zur Abschottung des nationalen Marktes führen.¹³
- (123) **Objektive Vorteile, die die Nachteile deutlich überwiegen.** Die vorgesehene Legalausnahme knüpft an den Vorteilen für die VerbraucherInnen an (wobei Kunden mitgemeint ist). Anders als bisher soll aber nicht nur auf die VerbraucherInnen am betroffenen Markt abgestellt werden. Vielmehr sollen auch Vorteile berücksichtigt werden, die allenfalls erst zukünftigen Generationen zugutekommen.

¹¹ ErläutRV 1005 BlgNr 21. GP 25; *Stockenhuber*, ÖZW 2002, 74 III, A. 2.

¹² Gem § 45 Abs 3 GWB dürfen die Mitglieder der Monopolkommission darüber hinaus weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

¹³ *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁶, Bd 1, Art 101 AEUV, Rz 193ff.

- (124) Der Entwurf stellt klar, dass eine angemessene Beteiligung der VerbraucherInnen das Vorliegen **tatsächlich spürbarer objektiver Vorteile** voraussetzt, die die einhergehenden **Nachteile deutlich überwiegen**.
- (125) Als objektive Vorteile werden „*die positiven Auswirkungen auf Nachhaltigkeit, Umwelt oder Klima für die Allgemeinheit*“ genannt, „*die im Verhältnis zum Nachteil der wettbewerblichen Absprache auf dem betreffenden Markt stehen.*“ Unter **ökologischer Nachhaltigkeit** sei insbesondere Klimaschutz, nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasserressourcen, Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, Schutz und Wiederherstellung von Biodiversität und der Ökosysteme zu verstehen. Klimaneutralität sei von der Definition ökologischer Nachhaltigkeit bereits umfasst, werde wegen ihrer besonderen Bedeutung jedoch gesondert genannt.
- (126) Auch wenn der Entwurf damit bereits eine ganze Reihe berücksichtigungswürdiger Ziele nennt, bleibt letztlich unbestimmt, wie diese Abwägung getroffen werden sollte. Konkretisierungen wären in der Rechtssicherheit notwendig.
- (127) **Unerlässlichkeit der Vereinbarungen.** Stärker betont werden sollte, dass die Vereinbarungen gem § 2 Abs 1 lit a KartG für die Erreichung objektiver Vorteile unerlässlich sein müssen, um freigabefähig zu sein. Um ein **Crowding-Out von Nachhaltigkeitsinvestitionen** zu vermeiden, sollte klargestellt werden, dass objektive Vorteile nur in dem Maße anerkannt werden können, in dem sie nicht ohnehin bereits durch gesetzliche Regelungen oder staatliche Subventionen hervorgerufen werden. Selbst Vereinbarungen, die derzeit die Schwelle der Unerlässlichkeit überschreiten, könnten die Freigabevoraussetzungen in wenigen Jahren wieder verlieren, wenn der Umweltschutz in Zukunft weiter forciert wird.
- (128) **Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.** Der § 2 Abs 1 lit b KartG bleibt unberührt. In diesem Sinne sollte klargestellt werden, dass **Kernverstöße** wie Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen von einer allfälligen Legalausnahme jedenfalls **nicht umfasst** wären.
- (129) **Abschließende Bemerkung.** Empirische Studien belegen, dass Wettbewerb regelmäßig ein Garant für mehr Innovationstätigkeit ist.¹⁴ Nachhaltigkeit ist für Unternehmen ein Wettbewerbsparameter und zunehmender Wettbewerb führt zu stärkeren Investitionen in *Corporate Social Responsibility* (CSR). In einem „*Nachhaltigkeitskartell*“ sind die Nachhaltigkeitsinvestitionen hingegen regelmäßig am geringsten.¹⁵ Besonders gewarnt wird davor, dass die

¹⁴ Haucap, J., Rasch, A., & Stiebale, J. (2019), How mergers affect innovation: theory and evidence; International Journal of Industrial Organization, 63, 283-325.

¹⁵ Flammer, C. (2015), Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization, Strategic Management Journal, 36(10), 1469-1485; Treuren, L., & Schinkel, M. P. (2018), Can collusion promote sustainable consumption and production? Not beneficially beyond duopoly, Amsterdam Law School Research Paper, (2018-02).

Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen im Kartellrecht als Vorwand dienen könnte, um umfassendere Umweltschutzmaßnahmen nicht umzusetzen.¹⁶

- (130) Insofern darf bezweifelt werden, dass Legalausnahmen zum Kartellverbot ein sinnvolles Instrument für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sind.¹⁷ Umgekehrt könnte überlegt werden, aufzunehmen, **dass die Verfolgung umweltschädigender Absprachen im Wege der Priorisierung in den Erwägungen empfohlen wird.** Die Europäische Kommission hat zuletzt beispielsweise Absprachen aufgegriffen, mit denen sich Wettbewerber darauf einigten, Autobatterien nicht zu recyceln¹⁸ und die Einführung von Abgasreinigungssystemen¹⁹ zu verzögern.

2.2.2 Art 1 Z 9 und 11 (§§ 4 und 4a KartG) – Neugestaltung der Definition der Marktbeherrschung

§ 4 Abs 1, 2 KartG – Einzelmarktbeherrschung

- (131) Der Entwurf sieht vor, die *„Bedeutung [von] Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten“*, den *„Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten“*, sowie den *„aus Netzwerkeffekten gezogene[n] Nutzen“* als neue Umstände zu berücksichtigen, die eine überragende Marktstellung gegenüber anderen Wettbewerbern begründen können.
- (132) Nach der *United Brands* Entscheidung des EuGH ist unter Marktbeherrschung *„die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens“* zu verstehen, dass dieses *„in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“* Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich dabei *„aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen.“*²⁰ Der OGH hat sich diese Rsp zu eigen gemacht.²¹

¹⁶ Schinkel, M. P., & Treuren, L. (2021), Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change. Forthcoming in: Holmes, S., D. Middelschulte and M. Snoep (eds.), Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, Concurrences, 2020-72.

¹⁷ Schinkel, M. P., & Treuren, L. (2021), Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change. Forthcoming in: Holmes, S., D. Middelschulte and M. Snoep (eds.), Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability, Concurrences, 2020-72.

¹⁸ EK, 08.02.2017, COMP/AT.40018, *Car battery recycling*.

¹⁹ EK, COMP/AT.40178, *Car Emission*.

²⁰ EuGH 14.02.1978, Rs 27/76, EU:C:1978:22, *United Brands*, Rz 63-66.

²¹ Vgl OGH, 30.06.1998, 4 Ob 165/98p (RS0110205, RS0110206).

Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs im Sinne der *United Brands* Formel stellt einen **ungeschriebenen Generaltatbestand** des § 4 KartG dar.²²

- (133) Die Prüfung der für das Bestehen von Einzelmarktherrschaft ausschlaggebenden Faktoren deckt alle Tatbestände des § 4 Abs 1 KartG ab und folgt einem **hierarchischen** System:²³ Ein Marktanteil von mehr als 70% wird in der Regel als ausreichend für den Nachweis einer marktherrschenden Stellung angesehen.²⁴ Bei Marktanteilen von weniger als 70% müssen weitere Faktoren hinzutreten. Je geringer der Marktanteil, desto größer ist die Bedeutung dieser zusätzlichen Faktoren. Entscheidend sind insbesondere der Marktanteilsabstand zu den nächstgrößten Wettbewerbern²⁵ und das Bestehen von Markteintrittsbarrieren.²⁶ Wettbewerbsvorteile²⁷ und das Verhalten des beherrschenden Unternehmens²⁸ werden eher zur Absicherung einer marktherrschenden Stellung verwendet. Gegensätzliche Nachfragemacht kann eine marktherrschende Stellung verhindern. Bei Marktanteilen von weniger als 25% wird Marktherrschaft unwahrscheinlich²⁹, bei weniger als 10% ist eine marktherrschende Stellung idR ausgeschlossen.³⁰
- (134) Ein hierarchisches Vorgehen bei der Prüfung von Marktherrschaft stellt klar, dass bestimmte Faktoren wichtiger sind als andere. Das entspricht dem Grundsatz der **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** (§ 20 KartG) und bietet Unternehmen **Rechtssicherheit**.

²² Vgl. Vartian/Schuhmacher in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG², § 4 Rz 35.

²³ Vgl. Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU⁶ (2019), Art 102 AEUV, Rz 90ff, O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, S 187ff;

²⁴ EuGH, 13.02.1979, Rs 85/76, EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Rz 41, 53, 56; OGH, 22.06.1999, 4 Ob 90/99k, Jahresbonus mVa EuGH, 03.07.1991, Rs C-62/86, EU:C:1991:286, AKZO.

²⁵ EuGH, 13.02.1979, Rs 85/76, EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche, Rz 60, 64, 66, 68; EuGH, 09.11.1983, C-322/81, EU:C:1983:313, Michelin I, Rz 52, 59.

²⁶ Rechtliche Markteintrittsbarrieren umfassen insb gesetzliche Monopole, Zulassungs- und Konzessionsbestimmungen, geistige Eigentumsrechte sowie Handelsbarrieren. Ökonomische Markteintrittsbarrieren umfassen insbesondere Skalen und Verbundvorteile, versunkene Kosten, direkte und indirekte Netzwerkeffekte, und Wechselkosten, vgl. O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, S 201ff, Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU⁶ (2019), Art 102 AEUV, Rz 98.

²⁷ ZB ein technologischer Vorsprung, ein gut ausgebautes Vertriebsnetz, Markentreue, hohe Werbeausgaben, ein bevorzugter Ressourcenzugang sowie Finanzkraft, vgl. O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, S 203ff, Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU⁶ (2019), Art 102 AEUV, Rz 102ff.

²⁸ ZB Setzung überhöhter Preise über einen längeren Zeitraum, Preisführerschaft, Möglichkeit zur Durchsetzung von Treuerabatte sowie die Möglichkeit, Expansionsversuche von Wettbewerbern erfolgreich abzuwehren, vgl. O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU⁶ (2019), Art 102 AEUV, Rz 108ff.

²⁹ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, (Diskussionspapier), 2005, Rz 31

³⁰ EuGH, 25.10.1977, C-26/76, EU:C:1977:167, Metro I (SABA I), Rz 17f, EuGH, 22.10.1986, Rs 75/84, EU:C:1986:399, Metro II (SABA II).

- (135) In der aktuellen Fassung des § 4 KartG fehlt ein Generaltatbestand im Sinne der *United Brands* Formel, an den in der Praxis die ökonomische Interpretation von Marktbeherrschung im Sinne **erheblicher Marktmacht** anknüpft.³¹ Der Marktanteil wird in § 4 Abs 1 Z 2 KartG – anders als in § 18 GWB – nicht als Faktor genannt, der für das Bestehen einer überragenden Marktstellung entscheidend sein kann. Wettbewerbsvorteile wie Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen und die Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten erhalten dasselbe Gewicht wie Markteintrittsbarrieren.
- (136) Die im Entwurf vorgesehene Einführung des „**aus Netzwerkeffekten gezogene Nutzen**“ entspricht dem in der Rsp geläufigen Konzept direkter und indirekter Netzwerkeffekte und stellt damit eine Markteintrittsbarriere dar.³² Die „**Bedeutung [von] Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten**“ und der „**Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten**“ sind wohl als Wettbewerbsvorteile zu verstehen, die eine marktbeherrschende Stellung absichern können, ohne für sich genommen Marktbeherrschung zu begründen.
- (137) Die Einführung neuer Tatbestände in § 4 Abs 1 KartG könnte zum Anlass genommen werden, **einen Generaltatbestand** im Sinne der *United Brands* Formel einzuführen,³³ und die **relative Bedeutung verschiedener Faktoren**, die für das Bestehen einer Marktbeherrschung ausschlaggebend sein können, **klarzustellen**.

§ 4a KartG – Relative Marktbeherrschung

- (138) Mit der Überführung des bisherigen § 4 Abs 3 KartG in einen eigenen § 4a KartG möchte der Entwurf klarstellen, dass es sich bei relativer Marktbeherrschung um einen eigenständigen Tatbestand handle. Der OGH hat allerdings in *Fachverband Reisebüros/Lufthansa* ausgesprochen, dass relative Marktbeherrschung (§ 4 Abs 3 KartG) bereits von Art 102 AEUV umfasst sei.³⁴ Die bisherige Rsp spricht insofern *gegen* die Existenz eines eigenständigen Tatbestandes.
- (139) Ein Blick auf die Rsp zeigt, dass es sich bei relativer Marktbeherrschung um einen **Auffangtatbestand** handelt, der insbesondere dann zur Anwendung kommt, wenn

³¹ O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU3, 2020, S 186; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, (*Horizontal-Zusammenschluss-LL*), Abl C 31, 2004, Rz 8;

³² Vgl etwa EK, 27.06.2017, COMP/AT.39740 *Google Search (Shopping)*, Rz 292; EK, 18.07.2018, COMP/AT.40099, *Google Android*, Rz 465-468.

³³ Die Definition der beträchtlichen Marktmacht in § 35 Abs 1 TKG ist bereits an den Wortlaut der *United Brands* Formel angelehnt.

³⁴ OGH, 12.07.2018, 16 Ok 1/18k und 16 Ok 2/18g, *Fachverband Reisebüros/Lufthansa*, Rz 17.10, insb mVa EuG, 17.12.2003, T-219/99, EU:T:2003:343, *British Airways*.

keine abschließende Marktabgrenzung vorgenommen wird.³⁵ So wurde in einer Reihe von Fällen, die den Filmverleih betrafen, Marktanteile von deutlich unter 30% im österreichischen Filmverleihgeschäft und andererseits Monopolstellungen im Verleih einzelner Filme attestiert.³⁶ Später wurde klargestellt, dass besonders erfolgversprechende Filme (*Blockbuster*) als „Hauptumsatzträger“ eigene Märkte bilden können.³⁷ In diesen Fällen war die Antragsgegnerin Monopolistin und bereits wegen § 4 Abs 1 KartG marktbeherrschend.³⁸ In *Sports Direct/Asics* wurde eine Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile verneint, da nur 10% der von der Antragstellerin verkauften Laufschuhe von der Antragsgegnerin stammten und das Argument einer Sortimentsabhängigkeit (also dass ein Fachhändler alle führenden Marken anbieten können müsse) nicht anerkannt wurde.³⁹ Im Fall *Büchl/Peugeot* wurde vom Erstgericht relative Marktbeherrschung der Antragsgegnerin gegenüber Vertragshändlern festgestellt, ohne eine Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes vorzunehmen. Vom OGH wurde erkannt, dass bei der sachlichen Abgrenzung immer die Sicht der Marktgegenseite, also konkret der Vertragshändler maßgebend sei: *„Wenn sie ihren Bedarf nur beim Marken-Importeur decken können, weil ein Markenwechsel für sie mit schwerwiegenden betriebswirtschaftlichen Nachteilen verbunden ist, bzw markenspezifische Werkzeuge und Kenntnisse nicht mehr oder nur noch beschränkt einsetzbar sind und der bis zu einem gewissen Grad an die Marke gebundene Kundenstock andernfalls neu aufgebaut werden muss, ist aus ihrer Sicht der relevante Markt auf die Fahrzeuge der betreffenden Marke eingeschränkt.“*⁴⁰

- (140) Bei korrekter Marktabgrenzung ergeben sich regelmäßig enge sachlich und geografisch relevante Märkte, auf denen die beherrschenden Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen: Ein hypothetischer Monopolist⁴¹ könnte die Preise gegenüber Nachfragern, die zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung angewiesen sind, gewinnbringend um 5-10% über das Wettbewerbsniveau anheben.⁴² In gleicher Weise könnte ein hypothetischer Monopsonist die Preise gegenüber Anbietern, die zur Vermeidung

³⁵ Zur unionalen Rsp vgl *Fuchs*, in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU⁶ (2019), Art 102 AEUV, Rz 85.

³⁶ OGH, 09.09.1997, 4 Ob 214/97t, *Filmverleihgeschäft I*; OGH, 01.07.2002, 16 Ok 5/02, *Chocolat*;

³⁷ OGH, 04.04.2005, 16 Ok 20/04 *Multiplex I (Constantin)*; OGH, 26.06.2006, 16 Ok 3/06, *Multiplex II* und OGH, 16.07.2008, 16 Ok 6/08; *Asterix bei den Olympischen Spielen*; kritisch *Vartian/Schuhmacher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG², § 4 Rz 45.

³⁸ OGH, 16.07.2008, 16 Ok 6/08; *Asterix bei den Olympischen Spielen*.

³⁹ OGH, 26.06.2014, 16 Ok 12/13, *Sports Direct/Asics*.

⁴⁰ OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d *Büchl/Peugeot*, Rz 154, mVa Okt 3/93.

⁴¹ Der OGH hat festgestellt, dass eine geeignete Methode zur Abgrenzung der relevanten Märkte der hypothetische Monopolistentest darstellt, vgl OGH, 25.03.2009, 16 Ok 14/08.

⁴² Bei der Marktabgrenzung ist zu berücksichtigen, dass das Preisniveau iSd der *Cellophane Fallacy* bereits überhöht sein kann.

schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung angewiesen sind gewinnbringend um 5-10% erhöhen. Bei korrekter Marktabgrenzung ergeben sich also enge sachlich und geografisch relevante Märkte, auf denen die beherrschenden Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen. Eine überragende Marktstellung eines Unternehmens gegenüber Anbietern oder Nachfragern ist also insbesondere dann zu erwarten, wenn das Unternehmen hohe Marktanteile aufweist und für die Marktgegenseite geringe Ausweichmöglichkeiten bestehen.⁴³ Das spricht dafür, dass die Konzepte der absoluten und der relativen Marktbeherrschung bei korrekter Marktabgrenzung in der Regel zusammenfallen.

- (141) Diese Überlegungen gelten auch in Bezug auf **mehrseitige Plattformen**, wo das Konzept der relativen Marktmacht zuletzt wieder mehr Prominenz erhalten hat.⁴⁴ Auch in diesem Bereich bestehen regelmäßig Schwierigkeiten mit der Marktabgrenzung. So hat die amerikanische Rsp in Fällen zu Kartenzahlungsnetzwerken häufig einen Markt abgegrenzt, der alle Seiten umfasst, während die europäische Rsp eher der Abgrenzung gesonderter Märkte für die verschiedenen Marktseiten zugeneigt war. In der Literatur wurde zuletzt die Bedeutung des *multi-homing/single-homing* für die Marktabgrenzung betont: Plattformen fungieren als Gatekeeper zu Nutzergruppen, die ausschließlich ihre Plattform nutzen (*single-homing*) und können Monopolpreise von Nutzergruppen verlangen, die verschiedene Plattformen nutzen.⁴⁵ Auch auf mehrseitigen Plattformmärkten ist relative Marktbeherrschung damit als Auffangtatbestand zu verstehen.
- (142) Im Entwurf ist vorgesehen, dass künftig relative Marktbeherrschung auch dann gegeben sein soll, wenn Unternehmen zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die **Begründung einer Geschäftsbeziehung** angewiesen sind. Diese Konstellation ist bereits von § 4 Abs 1 KartG umfasst, weil neu in den Markt eintretende Unternehmen keine Investments in bestehende Geschäftsbeziehungen aufweisen werden, die Wechselkosten verursachen würden. Auf die Begründung einer Geschäftsbeziehung angewiesen sind sie damit genau dann, wenn es am relevanten Markt keine Ausweichmöglichkeiten gibt, insb also wenn das beherrschende Unternehmen einen hohen Marktanteil aufweist.

⁴³ OGH, 17.02.2021, 16 Ok 4/20d Büchl/Peugeot, Rz 154.

⁴⁴ Vgl etwa Budzinski, O., Gaenssle, S., & Stöhr, A. (2020, December), Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissez-faire?. In List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik (Vol. 46, No. 2, pp. 157-184). Springer Berlin Heidelberg; Haucap, J. (2020), Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln—Renaissance der Missbrauchsaufsicht. Wirtschaftsdienst, 100(1), 20-29.

⁴⁵ O'Donoghue/Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, S 178ff mwN; Franck, J. U., & Peitz, M. (2019), Market definition and market power in the platform economy. Centre on Regulation in Europe asbl (CERRE);

- (143) Der Entwurf hat die Differenzierung in „absolute“ und „relative“ Marktbeherrschung bislang nicht in § 5 KartG nachgezogen. Die §§ 12 Abs 1 Z 2 lit a und 28a KartG nehmen – offenbar bewusst – nur auf § 4 KartG Bezug. Insgesamt würde der Entwurf also sogar dazu führen, dass **der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung zukünftig erschwert wird.**
- (144) Es wird daher angeregt, keinen eigenständigen Tatbestand der „relativen Marktbeherrschung“ zu etablieren und relative Marktmacht als Auffangtatbestand des allgemeinen Marktbeherrschungstatbestandes zu erhalten.

§ 4 Abs 1a KartG – Kollektive Marktbeherrschung

- (145) In Zusammenhang mit **kollektiver Marktbeherrschung** (§ 4 Abs 1a KartG) sollte klargestellt werden, dass sich das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zwischen zwei oder mehr Unternehmen insbesondere aus **strukturellen Verbindungen**⁴⁶, **Vereinbarungen**⁴⁷ und aus **stillschweigender Koordination** im Sinne der *Airtours* Kriterien⁴⁸ ergeben kann.

§ 4 Abs 2 Marktbeherrschungsvermutung

- (146) Von Seiten der Studienvereinigung wurde vorgeschlagen, die **Vermutungstatbestände** des § 4 Abs 2 Z 2 und Z 3 KartG zu streichen.⁴⁹ Selbst bei oligopolistischen Marktstrukturen erscheint eine Einzelmarktbeherrschungsvermutung ab einem Marktanteil von 5% überschießend. Eine Streichung erscheint daher sinnvoll. Allerdings sollte klargestellt werden, dass Einzelmarktbeherrschung auch weiterhin mehreren Unternehmen auf einem Markt zukommen kann.⁵⁰

Vorschlag für eine Neufassung des § 4 KartG

- (147) Es wird angeregt, § 4 KartG wie folgt zu formulieren:

„§ 4 Begriffsbestimmung

⁴⁶ EuGH, 27.04.1994, C-393/92, EU:C:1994:171, *Gemeente Almelo ua/NV Energiebedrijf Ijsselmij (Almelo)*, Rz 41-43.

⁴⁷ EK, 14.12.1993, IV/M.308 *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, Rz 51-62; EuGH, 31.3.1998, Rs C-68/94 und C-30/95, EU:C:1998:148, *Französische Republik, Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) und Entreprise minière et chimique (EMC)*, Rz 221-232;

⁴⁸ EuG, 06.06.2002, Rs T-342/99, EU:T:2002:146, *Airtours*, Rz 62; EuGH, 10.07.2008, C-413/06 P, EU:C:2008:392, *Bertelsmann ua/Impala*, Rz 119-131.

⁴⁹ Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht, KaWeRÄG 2021, 03.07.2020, https://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/bc424dc1684d841caf97b86a81670570/kaweraeg_2021_stellungnahme_studienvereinigung_kartellrecht_200703.pdf, Rz 6.

⁵⁰ IdS OGH, 09.10.2000, 16 Ok 6/00, *Abonnementpreise*; OGH, 05.12.2007, 16 Ok 5/07, *NEUE*; RS0114136.

(1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager über erhebliche Marktmacht verfügt, die es ihm erlaubt, sich den Wettbewerbern, Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten.

Erhebliche Marktmacht ergibt sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Faktoren, die für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen. Von Bedeutung sind dabei insbesondere

1. der Marktanteil und der Marktanteilsabstand zu den nächstgrößten Wettbewerbern, sowie

2. rechtliche Markteintrittsbarrieren wie insbesondere gesetzliche Monopole, Zulassungs- und Konzessionsbestimmungen, geistige Eigentumsrechte sowie Handelsbarrieren und ökonomische Markteintrittsbarrieren wie insbesondere Skalen- und Verbundvorteile, versunkene Kosten, direkte und indirekte Netzwerkeffekte, und Wechselkosten.

3. Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmers kann durch Wettbewerbsvorteile abgesichert werden, die sich insbesondere aus einem technologischen Vorsprung, einem gut ausgebauten Vertriebsnetz, Markentreue, hohen Werbeausgaben, einem bevorzugten Ressourcenzugang sowie der Finanzkraft des Unternehmers im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ergeben können.

4. Bestimmte Verhaltensweisen können ebenfalls auf eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmers hindeuten. Das betrifft insbesondere die Setzung überhöhter Preise über einen längeren Zeitraum, Preisführerschaft, die Möglichkeit zur Durchsetzung von Treuerabatten sowie die Möglichkeit, Expansionsversuche von Wettbewerbern erfolgreich abzuwehren.

5. Marktbeherrschung kann sich auch durch relative Marktmacht gegenüber Lieferanten oder Kunden ergeben. Das ist insbesondere dann zu erwarten, wenn ein Wechsel zu anderen Abnehmern oder Anbietern mit hohen Wechselkosten verbunden wäre.

6. Gegensätzliche Nachfragemacht kann einer marktbeherrschenden Stellung entgegenwirken.

(2) Zwei oder mehr Unternehmer sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen. Das Fehlen wesentlichen

Wettbewerbs zwischen den Unternehmern kann sich insbesondere aus strukturellen Verbindungen, Vereinbarungen und aus stillschweigender Koordinierung ergeben.

(3) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt einen Anteil von mindestens 30% hat, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht vorliegen. Wenn zwischen zwei oder mehr Unternehmern kein wesentlicher Wettbewerb besteht und sie am relevanten Markt gemeinsam einen Anteil von mindestens 30% haben, dann trifft sie die Beweislast, dass die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vorliegen.“

- (148) Weiters wird angeregt, die folgende Klarstellung in die Erläuterungen aufzunehmen:

„Aus § 4 Abs 3 S 1 KartG ergibt sich insbesondere, dass auf einem relevanten Markt mehr als ein Unternehmer einzelmarktbeherrschend sein kann.“

2.2.3 Art 1 Z 15 (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG) – Einführung des SIEC-Tests als alternatives Prüfkriterium

Einführung des SIEC-Tests

- (149) Die Einführung des *SIEC*-Tests in der Zusammenschlusskontrolle ist seit längerem ein Anliegen der BWB und stellt eine Annäherung an den von der Europäischen Kommission und den meisten Mitgliedstaaten verwendeten Prüfungsstandard dar.
- (150) Der Einführung des *SIEC*-Tests auf europäischer Ebene ist eine Diskussion über eine Vollziehungslücke bei nicht-koordinierten (unilateralen) Effekten vorangegangen. Zunächst wurde ein Wechsel zu dem im angelsächsischen Raum gebräuchlichen *Significant Lessening of Competition (SLC)* Test angeregt, dann eine parallele Anwendung des Marktbeherrschungstests und des *SLC*-Tests diskutiert. Schließlich kamen die Mitgliedsstaaten überein, dass die Formulierung des *SIEC*-Tests, bei dem die *„Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“* als *„Regelbeispiel“* einer *„erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs“* erhalten blieb, die größte Rechtssicherheit böte.⁵¹ Empirische Untersuchungen bestätigen, dass die Einführung des *SIEC*-Tests die Vorhersehbarkeit von Fusionskontrollentscheidungen erhöht hat. Die Zahl der Zusammenschlüsse, bei

⁵¹ Röllner/Strohm, Ökonomische Analyse des Begriffs Significant Impediment to Effective Competition, in MüKo, Bd 1, 2007.

denen es unerwartet zu wettbewerbswidrigen Wirkungen kam, hat hingegen abgenommen.⁵²

- (151) Eine parallele Anwendung von Marktbeherrschungstest und SIEC-Test wird wohl zu Unklarheiten in Zusammenhang mit der im SIEC-Test vorgesehenen Spürbarkeitsschwelle führen. So könnte Marktbeherrschung in einem Fall festgestellt werden, wo das Vorliegen einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs wegen fehlender Spürbarkeit verneint wurde.
- (152) Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit, und vor dem Hintergrund, dass die Einführung des SIEC-Tests insbesondere auch den Rückgriff auf die europäische Rsp und die Kohärenz multinationaler Zusammenschlussprüfungen erleichtern soll, erscheint die Variante eines **Regelbeispiels** sinnvoll. Die BWB schlägt daher vor, den SIEC-Test analog zur europäischen Rechtslage in § 12 KartG zu übernehmen:

„§ 12. (1) Wenn die Prüfung des Zusammenschlusses beantragt worden ist, hat das Kartellgericht

1. [...]

2. den Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird, insbesondere durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 4); oder, wenn dies nicht der Fall ist,

3. [...]“

- (153) Nochmal betont wird, dass der Entwurf in § 12 Abs Z 2 lit a KartG ausschließlich auf § 4 verweist. Relative Marktbeherrschung wäre nach dem aktuellen Entwurf in der Zusammenschlusskontrolle also nicht mehr zu berücksichtigen. Diese Schwächung des Marktbeherrschungsbegriffs ist nicht zielführend.

Behandlung nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen

- (154) Die Einführung eines neuen Untersagungstatbestandes könnte zum Anlass genommen werden, um die **wettbewerbliche Beurteilung von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen** klarzustellen. Nach § 7 Abs 1 Z 3 KartG ist ein Zusammenschlusstatbestand verwirklicht, wenn ein Unternehmen an einem anderen Unternehmen Anteile erwirbt und dadurch einen Beteiligungsgrad von 25% überschreitet.

⁵² Duso, T., Gugler, K., & Szücs, F. (2013), An empirical assessment of the 2004 EU merger policy reform. The Economic Journal, 123 (572), F596-F619.

- (155) Der OGH hat festgehalten, dass es für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss erforderlich sei, dass *„sich aus dem Zusammenschluss Einflussmöglichkeiten ergeben – denn ohne entsprechende Einflussmöglichkeiten ist es letztlich nicht denkbar, dass ein Zusammenschluss Auswirkungen auf die Marktstellung hat. Gleichgültig aber, wie man letztlich diese Frage löst, zeigt sich, dass in einem Prüfungsverfahren [...] eine konkrete Prüfung des beherrschenden Einflusses notwendig ist, um beurteilen zu können, ob der Zusammenschluss zu untersagen ist.“*⁵³
- (156) Die ökonomische Literatur legt nahe, dass wettbewerbswidrige Wirkungen bereits durch nicht-kontrollierende Minderheitsbeteiligungen ausgelöst werden können. Bei Überkreuzbeteiligungen zwischen Wettbewerbern (*Cross-Ownership*) kann es dazu kommen, dass Unternehmen die Preise einseitig (unilateral) erhöhen, weil sie auch von den Gewinnen ihrer Wettbewerber profitieren.⁵⁴ Bei marktübergreifenden Minderheitsbeteiligungen (*Common-Ownership*) ist es im Interesse der Minderheitseigner, den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern einzuschränken und den Industriegewinn zu maximieren.⁵⁵ Die empirische Literatur hat die wettbewerbswidrigen Wirkungen nicht-kontrollierender Minderheitsbeteiligungen ua für den Finanzsektor⁵⁶, Rasierklingen⁵⁷ und die Luftfahrtindustrie⁵⁸ bestätigt. In der deutschen Lehre sind

⁵³ OGH, 17.12.2001, 16 Ok 9/01, *Wolters Kluwer/Linde*

⁵⁴ *Bresnahan, Timothy F. und Steven Salop* (1986), „Quantifying the competitive effects of production joint ventures“. In: *International Journal of Industrial Organization* 4.2, 155–175; *Flath, David* (1992), „Horizontal shareholding interlocks“. In: *Managerial and Decision Economics* 13.1, 75–77; *Salop, Steven und Daniel O'Brien* (2000), „Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control“. In: *Antitrust Law Journal* 67, S 559–614; *Campos, Javier und Gilberto Vega* (2003), „Concentration measurement under cross-ownership: the case of the Spanish electricity sector“. In: *Journal of Industry, Competition and Trade* 3, S 313–335.

⁵⁵ vgl dazu die Diskussion um Beteiligungen durch institutionelle Investoren wie BlackRock, Vanguard und andere; *Schmalz, Martin* (2018). *Common Ownership Concentration and Corporate Conduct*, *Annual Review of Financial Economics* 10; *López, Ángel L., and Xavier Vives* (2019). „Overlapping Ownership, R&D Spillovers, and Antitrust Policy,“ *Journal of Political Economy* 127 (5), 2394–2437; *Backus, Matthew, Christopher Conlon, and Michael Sinkinson* (2019). *The common ownership hypothesis: Theory and evidence*, *Economic Studies at Brookings*; *Backus, Matthew, Christopher Conlon, and Michael Sinkinson* (2020). *Theory and Measurement of Common Ownership*, *AEA Papers and Proceedings* 110, 557–60; *Backus, Matthew, Christopher Conlon, and Michael Sinkinson* (2021). *Common Ownership and Competition in the Ready-To-Eat Cereal Industry*, *NBER Working Paper*; *Azar, José, and Xavier Vives* (2021). „General Equilibrium Oligopoly and Ownership Structure,“ *Econometrica*.

⁵⁶ *Dietzenbacher, Erik, Bert Smid und Bjørn Volkerink* (2000), „Horizontal integration in the Dutch financial sector“. In: *International Journal of Industrial Organization* 18.8, S 1223–1242; *Trivieri, Francesco* (2007). „Does cross-ownership affect competition? Evidence from the Italian banking industry“. In: *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money* 17(1), S 79–101.

⁵⁷ *Brito, Duarte, Ricardo Ribero und Helder Vasconcelos* (2014). *Measuring unilateral effects in partial horizontal acquisitions*. In: *International Journal of Industrial Organization* 33, S 22–36; *Brito, Duarte, António Osório, Ricardo Ribero und Helder Vasconcelos* (2018). *Unilateral effects for partial horizontal acquisitions: The generalized HHI und GUPPI*. In: *International Journal of Industrial Organization* 59, S 127–189.

⁵⁸ *Azar, José, Martin Schmalz und Isabel Tecu* (2018). „Anticompetitive Effects of Common Ownership“. In: *The Journal of Finance* 73(4), S 1513–1565.

die unilateralen Effekte von nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligungen anerkannt.⁵⁹ Es wird deshalb folgende ergänzende Formulierung für die Erläuterungen vorgeschlagen:

„Der Erwerb einer nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligung (anmeldepflichtiger Zusammenschluss nach §7 Abs 1 Z 3 KartG) kann auch dann in einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs resultieren, wenn die Erwerberin am Zielunternehmen keine oder nur geringe Einflussmöglichkeiten erwirbt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn von einer nicht-kontrollierenden Minderheitsbeteiligung spürbare wettbewerbswidrige Wirkungen durch unilaterale (nicht-koordinierte) Anreize zur Verminderung des gegenseitigen Wettbewerbsdrucks nach dem Zusammenschluss zu erwarten sind.“

2.2.4 Art 1 Z 16 (§ 12 Abs 2 KartG) – Neustrukturierung der fusionskontrollrechtlichen Rechtfertigungsgründe

(157) Der bisherige Rechtfertigungsgrund des § 12 Abs 2 Z 2 KartG sieht vor, dass ein Zusammenschluss trotz Vorliegen der Untersagungsgründe des Abs 1 freizugeben ist, wenn er zur *„Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist“*.

(158) Der Entwurf greift den Vorschlag der Sozialpartner auf, den Rechtfertigungsgrund des § 12 Abs 2 Z 2 KartG zu entkumulieren.⁶⁰

§ 12 Abs 2 Z 2 – Internationale Wettbewerbsfähigkeit

(159) Zukünftig soll ein untersagungswürdiger Zusammenschluss freigegeben werden, wenn dies *„zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig ist“*. Anders als bisher wird zudem gefordert, dass *„die zu erwartenden Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen.“*

(160) Wettbewerbsfähigkeit wird häufig mit Produktivität gleichgesetzt.⁶¹ In *Lenzing/Tencel* wurde erwogen, dass unter internationaler Wettbewerbsfähigkeit die Fähigkeit verstanden werden könnte, dauerhaft im Wettbewerb auf

⁵⁹ Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht⁶, Bd 2, GWB⁶ (2020), § 36 GWB, Rz 58.

⁶⁰ Sozialpartner (2020), Aktuelle Herausforderungen für ein modernes Wettbewerbsrecht – Handlungsempfehlungen für den europäischen und nationalen Gesetzgeber, https://www.sozialpartner.at/wp-content/uploads/2015/08/Positionspapier-Modernes-Wettbewerbsrecht-11092020_final.pdf

⁶¹ BWB (2019). Positionspapier zu nationalen und europäischen Champions in der Fusionskontrolle, mwN.

ausländischen Märkten teilzunehmen. Das sei insbesondere durch Rationalisierungen zu erreichen.⁶² Im Ergebnis wurde darauf abgestellt, ob die Erwerberin in der Lage sei, in der Produktion von Lyocellfasern den *break-even point* zu überschreiten. In diesem Zusammenhang wurden auch fusionsspezifische Kostensenkungen untersucht. Vom OGH wurde zudem klargestellt, dass nicht die internationale Wettbewerbsfähigkeit eines Geschäftszweiges, sondern die der gesamten Unternehmensgruppe entscheidend sei. Letztlich war der Rechtfertigungsgrund bereits aus diesem Grund zu verneinen.⁶³

- (161) In der Literatur wurde schon bisher gewarnt, dass Rechtfertigungsgründe, von denen überwiegend inländische Unternehmen profitieren **mit dem Unionsrecht unvereinbar** sind.⁶⁴ Nach ständiger Rsp des EuGH sind nationale Maßnahmen, die die Grundfreiheiten aus „*rein wirtschaftlichen Gründen*“ beschränken mit der **Niederlassungsfreiheit** (bei Kontrollerwerb) und der **Kapitalverkehrsfreiheit** (bei Minderheitsbeteiligungen) unvereinbar und müssen vor nationalen Gerichten anfechtbar sein.⁶⁵
- (162) Gerade die in *Lenzing/Tencel* diskutierten Fragen der Kostendeckung und möglicher Kosteneinsparungen hätten aber auch nach den Kriterien einer Sanierungsfusion und/oder der Effizienzeinrede geprüft werden können, die – wie im Entwurf betont – ohnehin bereits aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 20 KartG) berücksichtigt werden können.
- (163) Eine **Sanierungsfusion** (*failing firm defense*) liegt vor, wenn
- (i) das erworbene Unternehmen ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde,
 - (ii) es keine weniger wettbewerbsschädliche Erwerbsalternative gibt, und
 - (iii) die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde („*Marktabsorptionskriterium*“), die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte ohne Fusion unweigerlich für dem Markt verloren gehen würden („*Vermögenswertkriterium*“) oder sich die Wettbewerbsstruktur durch die Fusion nicht mehr verschlechtert als ohne die Fusion.“⁶⁶

⁶² KG in 27 Kt 260, 338/04 *Lenzing/Tencel* I.

⁶³ OGH, 14.02.2005, 16 Ok 1/05, *Lenzing/Tencel*.

⁶⁴ *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG2, § 12 KartG, Rz 61, mwN.

⁶⁵ *Jones, A., & Davies, J.* (2014). Merger control and the public interest: balancing EU and national law in the protectionist debate. *European Competition Journal*, 10(3), 453-497; vgl auch Mitteilung der Kommission über den Schutz EU-interner Investitionen, COM/2018/547.

⁶⁶ BWB (2020), Standpunkt – Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Kontext der COVID-19 Krise, mVa *Körber, T.* (2014). Die Sanierungsfusion im Kartellrecht. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 12(1), 32-59.

- (164) Für Sanierungsfusionen von Unternehmensteilen („*failing division defense*“) gelten zusätzliche Regeln.⁶⁷
- (165) Fusionsspezifische Kostensenkungen können im Wege der Effizienzeinrede berücksichtigt werden, wenn sie an VerbraucherInnen weitergegeben werden. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn die Einsparungen die **variablen Kosten** betreffen.⁶⁸
- (166) Es spricht viel dafür, dass **Senkungen der Fixkosten** nicht als Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit anerkannt werden sollten. Zusammenschlüsse führen insbesondere dann zu Fixkostensenkungen, wenn Arbeitskräfte entlassen werden. Es wäre zynisch und ökonomisch widersinnig, Preisanstiege für die VerbraucherInnen damit zu rechtfertigen, dass Unternehmen ihre Gewinne zusätzlich auch noch durch Entlassungen erhöhen können.
- (167) Vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Bedenken und der Möglichkeit, Ausgleichsfaktoren wie die Sanierungsfusion und die Effizienzeinrede schon jetzt zu berücksichtigen wird angeregt, **§ 12 Abs 2 Z 2 KartG ersatzlos zu streichen**.

§ 12 Abs 2 Z 3 – Volkswirtschaftliche Erforderlichkeit

- (168) Künftig soll ein untersagungswürdiger Zusammenschluss auch dann freigegeben werden, wenn dies „*volkswirtschaftlich erforderlich*“ ist. Auch hier wird nunmehr gefordert, dass „*die zu erwartenden Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen*.“
- (169) Anders als von den Sozialpartnern vorgeschlagen, stellt der Entwurf nicht auf „*industrie-, regional- und beschäftigungspolitischen Gründe*“ ab, dies wohl aus gutem Grund. Aktuelle volkswirtschaftliche Studien finden einen positiven und gesamtwirtschaftlich relevanten Zusammenhang zwischen Wettbewerb, Unternehmensinvestitionen⁶⁹, Beschäftigungswachstum⁷⁰ und Produktivität⁷¹. Gesamtwirtschaftliche Überlegungen sprechen also für einen starken Schutz des Wettbewerbs, allenfalls auch unter Einführung neuer Untersagungsgründe, nicht aber für eine Ausweitung von Rechtfertigungsgründen.

⁶⁷ Körber, T. (2014). Die Sanierungsfusion im Kartellrecht. Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 12(1), 32-59.

⁶⁸ Horizontal-Zusammenschluss-LL, Rz 80.

⁶⁹ Barkai, S. (2020). Declining labor and capital shares. The Journal of Finance, 75(5), 2421-2463; Gutiérrez, G., & Philippon, T. (2017). Declining Competition and Investment in the US (No. w23583). National Bureau of Economic Research.

⁷⁰ Azar und Vives (2020) zeigen, dass Marktmacht auf Produktmärkten und Arbeitsmärkten das Beschäftigungsniveau und die Löhne verringert (Azar, J., & Vives, X. (2020). General Equilibrium Oligopoly and Ownership Structure, Forthcoming Econometrica, mwN zur empirischen Literatur).

⁷¹ Baqaee und Farhi (2020) kommen zum Ergebnis, dass eine Beseitigung der Fehlallokation, die sich durch große und ungleich verteilte Gewinnmargen ergibt, das totale Faktorproduktivität (TFP) um 15% erhöhen könnte (Baqaee, D. R., & Farhi, E. (2020). Productivity and misallocation in general equilibrium. The Quarterly Journal of Economics, 135(1), 105-163).

- (170) In den USA wird aktuell beispielsweise darüber diskutiert, Zusammenschlüsse wegen der Konzentration am Arbeitsmarkt zu untersagen. Die ökonomische Forschung befindet sich diesbezüglich allerdings noch in einem frühen Stadium.⁷² Allgemeine Probleme des Strukturwandels, die durch einen staatlichen Steuer- und Beihilfenwettbewerb verschlimmert werden können, können allerdings nicht im Wege der Zusammenschlusskontrolle gelöst werden. Geeigneter erscheint der am 5. Mai 2021 vorgestellte Entwurf einer Verordnung gegen Verzerrungen im Binnenmarkt durch Subventionen aus Drittstaaten.⁷³
- (171) Im Entwurf wird erwogen, dass von einer volkswirtschaftlichen Erforderlichkeit beispielsweise dann auszugehen sei, *„wenn der Zusammenschluss für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit in wichtigen Bereichen wie Gesundheit oder Sicherheit erforderlich ist oder z.B. der Sicherstellung von innovativen Technologien dient.“* Im Kontext der COVID-19 Krise wurde von ÖkonomInnen darauf hingewiesen, dass **Märkte mit einer größeren Anzahl von Wettbewerbern** typischerweise **resilienter gegenüber Katastrophenereignissen** sind als Märkte mit wenigen, konzentrierten Anbietern.⁷⁴ Wettbewerbswidrige Zusammenschlüsse in **F&E intensiven Branchen** führen zudem regelmäßig zu einem Rückgang der Innovation.⁷⁵ Auch hier spricht die ökonomische Evidenz also für die Schaffung neuer Untersagungsgründe, nicht für die Ausweitung von Rechtfertigungsgründen. Klar sein muss, dass es **keine Legalausnahme für Staatsunternehmen** und öffentliche Leuchtturmprojekte geben kann. Für **staatliche und private Unternehmen, inländische und ausländische Unternehmen müssen in der Zusammenschlusskontrolle die gleichen Regeln gelten. Es wird daher angeregt, § 12 Abs 2 Z 3 KartG ersatzlos zu streichen.**
- (172) Konkret sollte § 12 Abs 2 KartG daher zukünftig lauten:

„(2) Trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen nach Abs. 1 hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.“

⁷² Berry, S., Gaynor, M., & Scott Morton, F. (2019), Do increasing markups matter? lessons from empirical industrial organization. *Journal of Economic Perspectives*, 33(3), 44-68.

⁷³ S https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1982; https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal_for_regulation.pdf.

⁷⁴ Salop, S. C., & Morton, F. S. (2021), The 2010 HMGs Ten Years Later: Where Do We Go From Here?. *Review of Industrial Organization*, 58(1), 81-101.

⁷⁵ Haucap, J., Rasch, A., & Stiebale, J. (2019), How mergers affect innovation: theory and evidence. *International Journal of Industrial Organization*, 63, 283-325.

2.2.5 Auswirkungen auf Medienvielfalt in § 13 KartG

- (173) Durch die Kontrolle von Medienzusammenschlüssen soll Medienvielfalt gewährleistet werden. Darunter ist eine „*Vielfalt von selbständigen Medienunternehmen*“ zu verstehen, die „*eine Berichterstattung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen gewährleistet*“ (§ 13 KartG). Nach bisheriger Rechtslage gilt § 12 Abs 2 Z 2 auch als Rechtfertigungsgrund in Medienzusammenschlüssen. Da der Wortlaut des § 13 Abs 1 KartG im Entwurf nicht verändert wurde, könnten Beeinträchtigungen der Medienvielfalt zukünftig bereits dadurch gerechtfertigt werden, dass sie zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit beitragen.
- (174) In diesem Zusammenhang erscheint ein Blick auf benachbarte Mitgliedsstaaten sinnvoll. In Ungarn wurden ab 2010 zahlreiche private Medienunternehmen durch regierungsnahe Geschäftsleute aufgekauft. Im November 2018 wurden 476 Medienunternehmen der staatlichen „Mitteleuropäischen Presse- und Medienstiftung“ (Kesma) geschenkt. Der Marktanteil der Kesma bei Printmedien wird auf 80% geschätzt.⁷⁶ Die Transaktion unterlag der ungarischen Zusammenschlusskontrolle. Anfang Dezember 2018 wurde ein Dekret unterzeichnet, wonach die Stiftung von „***nationaler strategischer Bedeutung***“ sei. Eine vertiefte kartellrechtliche Prüfung wurde dadurch verhindert.⁷⁷ Im Jänner 2020 erkannte ein Budapester Stadtgericht, dass die Freigabe des Zusammenschlusses ohne eingehende kartellrechtliche Prüfung unzulässig gewesen sei.⁷⁸ Im Juni 2020 bestätigte der ungarische Verfassungsgerichtshof jedoch die Freigabe des Zusammenschlusses.⁷⁹
- (175) In Polen wurde im Dezember 2020 die Übernahme von rund 140 Zeitungen der Passauer Verlagsgruppe durch einen staatlich kontrollierten Mineralölkonzern angekündigt. Die Transaktion umfasst 20 von 24 polnischen Regionalzeitungen. Der Zusammenschluss wurde im Februar 2021 freigegeben. Ein Warschauer Gericht hat die Freigabe wegen Unregelmäßigkeiten in der kartellrechtlichen Prüfung vorläufig gestoppt.⁸⁰ Auch in Tschechien, Slowenien und Nordmazedonien kam und kommt es zu starken Konzentrationen bei Medienunternehmen.⁸¹

⁷⁶ S <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/europa/2032627-Orbans-Griff-nach-dem-Balkan.html>.

⁷⁷ S <https://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/viktor-orban-medien-krimi-in-ungarn-a-1244636.html>.

⁷⁸ S <https://www.diepresse.com/5760329/fusion-von-fast-500-pro-orban-medien-war-nicht-rechtens>

⁷⁹ S <https://www.politico.eu/article/brussels-looks-on-powerless-at-hungarian-media-demise-viktor-orban/>;

⁸⁰ S <https://www.derstandard.at/story/2000122320543/polnische-opposition-kritisiert-uebernahme-von-medien-durch-oelkonzern>; <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/oelkonzern-kauft-passauer-verlag-140-zeitungen-ab-17093762.html>; <https://www.infopol.press/tag/pressefreiheit-polen/>

⁸¹ S <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/europa/2095722-Medien-am-Gaengelband-der-Regierung.html>; <https://orf.at/stories/3192749/>; <https://www.dw.com/en/how-oligarchs-captured-central-europes-media/a-46429120>;

- (176) In Österreich war die Freigabe des *Format/Profil*⁸² Zusammenschlusses einer der Hauptgründe für die Schaffung unabhängiger Amtsparteien⁸³ und Anlass für die Klarstellung des Begriffs der Medienvielfalt.⁸⁴ Vor Kurzem wurden die Amtsparteien auch mit dem Versuch einer „feindliche Übernahme“ der Kronen Zeitung durch Funke befasst und verhinderten einen Erwerb alleiniger Kontrolle durch den Antrag, den Zusammenschluss wegen mangelnder Anmeldefähigkeit zurückzuweisen.⁸⁵ Auch in Österreich kommt der Überprüfung von Medienzusammenschlüssen somit regelmäßig eine **demokratiepolitische Bedeutung** is der Beibehaltung eines unabhängigen Journalismus zu.
- (177) Gerade bei Medienzusammenschlüssen ist eine Stärkung der Unabhängigkeit der Amtsparteien daher von großer Wichtigkeit. Darüber hinaus sollte ausgeschlossen werden, dass eine (vermeintliche) Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit durch den Abbau und/oder Reduktion von Medien- und Meinungsvielfalt erreicht werden kann.
- (178) **Der Verweis in § 13 KartG auf die Rechtfertigungsgründe in § 12 Abs 2 Z 2 und ggf 3 sollte daher gestrichen werden.**

2.2.6 Art 1 Z 20 (§ 28a KartG) – Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf mehrseitigen digitalen Märkten

- (179) Der Entwurf führt in § 28a KartG die Möglichkeit eines Feststellungsantrages hinsichtlich einer marktbeherrschenden Stellung auf einem „*mehrseitigen digitalen Markt*“ ein. Der Zweck der bisher unter § 28 KartG geregelten Möglichkeiten zu Feststellungsanträgen lag insb in der Klärung der Frage, ob ein bereits beendetes Verhalten eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung darstellt. Im neuen Vorschlag zum § 28a KartG wird nun nicht auf eine Zuwiderhandlung abgestellt, sondern lediglich auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ohne daran anknüpfende Konsequenzen. Begründet wird die Möglichkeit zur Feststellung der Marktbeherrschung mit „*starken Konzentrationstendenzen und hohen Marktzutrittsschranken*“ bei digitalen Plattformen und einer möglichen Verfahrenserleichterung und Beschleunigung der Verfahrensdauer durch eine Vorprüfung der Marktbeherrschung. Es sind jedoch erhebliche Zweifel angebracht, dass die enthaltene Formulierung diesen Zielen in der Praxis zweckdienlich ist.

⁸² KG, 26.01.2001, 26 Kt 342, 369, 390-383/00, zitiert nach OGH, 1.7.2002, 17 Ok 2/02.

⁸³ Vgl etwa https://www.derstandard.at/story/996900/frischer-wind-im-wettbewerbsrecht;https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wzerfolg/job_und_karriere/183562_Nie-wieder-Formil-Nie-wieder-Lombard.html;

⁸⁴ KartG-Nov 2002, 1005 BlgNR 21. GP, 26;

⁸⁵ BWB/Z-4753 Funke Österreich Holding GmbH; Signa Holding GmbH; KRONE-Verlag Gesellschaft m.b.H, <https://www.derstandard.at/story/2000124463617/oberster-gerichtshof-sieht-keine-funke-beherrschung-der-krone>

- (180) Nach Erfahrung der BWB werden Missbrauchsverfahren im Zusammenhang mit Unternehmen auf mehrseitigen, digitalen Märkten regelmäßig weniger durch die Frage der Marktbeherrschung verzögert, **sondern durch die Formulierung einer konsistenten Schadenstheorie**⁸⁶ und damit die Feststellung des Missbrauchs. Besonders hinderlich hierbei ist oftmals der Umstand, dass die konkreten Durchsetzungswege **mangels Fallpraxis und Aufgrund der hohen Komplexität vieler Geschäftsmodelle in der digitalen Wirtschaft** noch nicht in gleichem Maße vorgezeichnet sind, wie bei klassischen Sachverhalten. Der notwendige Begründungsaufwand, um die erkennenden Gerichte vom Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen auch in diesen Fallkonstellationen zu überzeugen, ist somit regelmäßig ein viel höherer. In diesem Kontext kann die Aufnahme exemplarischer Beispielsachverhalte in gesetzliche Vorschriften (wie dies etwa in § 18 GWB erfolgt ist) einen Beitrag leisten, die Gewinnung von Anwendungspraxis zu erleichtern und zu beschleunigen, wenngleich dies nichts an der Substanz bestehender Regeln ändern würde.
- (181) Wenn der Gesetzgeber mit der Regelung das Ziel verfolgt, die Aufgriffsschwellen für möglicherweise missbräuchliche Verhaltensweisen von digitalen Plattformen zu senken, empfiehlt sich eine **Regelung analog zum am 19.01.2021 in Kraft getretenen § 19a GWB in Deutschland**. Der Begutachtungstext des § 28a KartG lässt eine Parallele dazu erkennen, weicht jedoch in wesentlichen Punkten von der deutschen Regelung ab, insbesondere in der Beibehaltung des Konzeptes der Marktbeherrschung und dem Ausbleiben von unmittelbar an die Feststellung der Marktbeherrschung geknüpfter Konsequenzen.
- (182) Im österreichischen Entwurf ist die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 4 KartG vorgesehen, während § 19a Abs 1 GWB auf die Feststellung einer „*überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb*“ abstellt, bei der eine marktbeherrschende Stellung ein zu berücksichtigendes aber kein notwendiges Kriterium darstellt. § 19a Abs 1 GWB ermöglicht damit die Feststellung einer Form von (einzelmarktübergreifenden) Marktmacht, die unter der Schwelle der Einzelmarktbeherrschung liegt.
- (183) § 19a Abs 2 GWB ermöglicht dem Bundeskartellamt, Unternehmen mit einer nach Abs 1 verfüigten *überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb* Beschränkungen ihres Marktverhaltens aufzuerlegen. Dabei kann digitalen Plattformen unter anderem die Bevorzugung eigener Angebote gegenüber Drittangeboten untersagt werden, zB in Hinblick auf Regelungen hinsichtlich Vorinstallation der Angebote des eigenen Unternehmens, es können Vorschriften hinsichtlich der Koppelung von marktübergreifenden Angeboten derselben Plattform, der Interoperabilität zwischen den eigenen und fremden

⁸⁶ Vgl dazu insbesondere *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU³, 2020, S 1046ff mwN.

Angeboten oder der Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten erlassen werden. Eine an **§ 19a GWB angelehnte Regelung**, die es der BWB ermöglichen würde, Unternehmen von marktübergreifender Bedeutung Beschränkungen des Marktverhaltens aufzuerlegen wäre in der Praxis wohl von größerer Bedeutung.

- (184) Im Vergleich dazu wird in den Erläuterungen zum Entwurf des KaWeRÄG 2021 ausgeführt, dass nach Feststellung einer Marktbeherrschung nach § 28a KartG ein *„allfällig anschließendes Missbrauchsverfahren [...] in weiterer Folge rascher und gezielter durchgeführt werden [kann], da bei rechtskräftiger Feststellung der Marktbeherrschung der Verfahrensgegenstand auf die Frage der missbräuchlichen Verhaltensweisen beschränkt werden kann.“* In diesem Sinne würden sich Missbrauchsverfahren gegenüber digitalen Plattformen in zwei Teile zerlegen, ohne dass sich jedoch an den substantiellen Erfordernissen zum Nachweis sowohl der Marktbeherrschung als auch des Missbrauchs etwas ändert. Auch eine Beschleunigung von Verfahren scheint eher hypothetischer Natur angesichts der zahlreichen verschiedenen kartellrechtlich relevanten Märkte auf denen große digitale Plattformen typischerweise tätig sind, und der in Wandel befindlichen Natur digitaler Geschäftsmodelle.⁸⁷

- (185) Es wird daher alternativ die Streichung oder die Schaffung eines § 4a und § 28a KartG in Anlehnung an §§ 18 Abs 3a, 19a GWB vorgeschlagen:

„§ 4a Ein Unternehmer hat eine überragende marktübergreifende Bedeutung, wenn er eine mehrseitige Plattform betreibt und mit dieser Plattform

- 1. auf einem oder mehreren relevanten Märkten markbeherrschend ist, oder*
- 2. den Zugang anderer Unternehmer zu Lieferanten oder Abnehmern bestimmt oder anderen Unternehmern die Rahmenbedingungen des wirtschaftlichen Handelns vorgibt.“*

„§ 28a (1) Das Kartellgericht hat auf Antrag festzustellen, ob einem Unternehmer, der eine mehrseitige Plattform betreibt, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb (§ 4a) zukommt. Die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung ist auf fünf Jahre zu befristen.

⁸⁷ Vgl dazu beispielhaft die Wertschöpfungskette im Bereich der Digitalwerbung dargestellt in der Market Study der britischen Wettbewerbsbehörde zu „Online platforms and digital advertising“. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf

(2) Im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 kann das Kartellgericht dem Unternehmer auf Antrag im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 48) untersagen,

- 1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln,*
- 2. Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmer in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat,*
- 3. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem der Unternehmer seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern,*
- 4. durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die der Unternehmer gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmer in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen,*
- 5. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern,*
- 6. andere Unternehmer unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren*
- 7. für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmers Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen,*

sofern diese Verhaltensweisen nicht sachlich gerechtfertigt werden können. Die Beweislast obliegt dem Unternehmer mit überragender marktbeherrschender Bedeutung“

„36. (2a) Zum Antrag auf eine Feststellung nach § 28a Abs. 1 und einstweilige Maßnahmen nach § 28a Abs. 2 sind nur die Bundeswettbewerbsbehörde, der Bundeskartellanwalt und die durch bundesgesetzliche Vorschriften zur Regulierung bestimmter Wirtschaftszweige eingerichteten Behörden (Regulatoren) berechtigt.“

2.2.7 Art 1 Z 35, 39 (§ 49 Abs 2a KartG) – Entscheidungsveröffentlichung, Ausnahme von Textpassagen aus der Veröffentlichung

- (186) Der neugeschaffene § 49 Abs 2a KartG soll es Unternehmen ermöglichen, Textpassagen der Entscheidung des Kartellgerichts von einer Veröffentlichung in der Entscheidung des Kartellobergerichts auszunehmen.
- (187) Bei der Veröffentlichung der Entscheidungen des Kartellobergerichts im RIS und des Kartellgerichts in der Ediktsdatei ist eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Rechtsfortbildung, betriebswirtschaftlichen Interessen an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und dem Schutz wettbewerblich sensibler Informationen zu treffen.
- (188) Gerade angesichts der geringen Anzahl kartellgerichtlicher Entscheidungen wird das öffentliche Interesse an der Rechtsfortbildung das Interesse an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen regelmäßig überwiegen. Es sollten daher auch Entscheidungen des KG nach § 27 KartG zur Annahme von Verpflichtungszusagen in der Ediktsdatei zu veröffentlichen sein. Einer umfassenden Beschreibung des relevanten Sachverhalts kommt dabei besondere Bedeutung zu. Es ist daher keine Einschränkung, sondern eine Erhöhung der Transparenz, insbesondere durch die Veröffentlichung nicht rechtskräftiger erstgerichtlicher Entscheidungen und die Veröffentlichung von Sachverständigengutachten anzuregen:

*„§ 37. (1) Das Kartellgericht hat sowohl stattgebende als auch ab- oder zurückweisende Entscheidungen über die Abstellung einer Zuwiderhandlung, die Feststellung einer Zuwiderhandlung oder einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung, die Verhängung einer Geldbuße, **die Annahme von Verpflichtungszusagen**, Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen oder über Anträge nach den §§ 11 und 16 durch Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des Inhalts der Entscheidung, **einschließlich wesentlicher Beweismittel wie insbesondere Sachverständigengutachten**, sowie der verhängten Sanktionen. Sie muss einem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen, **sofern dies dem öffentlichen Interesse an der Rechtsfortbildung nicht entgegensteht**. Alle Entscheidungen des Kartellobergerichts sind ebenfalls zu veröffentlichen.“*

- (189) Der im Entwurf vorgesehene § 49 Abs 2a KartG sollte entfallen.

2.3 Weitere, im Entwurf nicht berücksichtigte Punkte

2.3.1 Abschließende Klärung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Strafrecht

- (190) Gemäß Art 13 Abs 4 der RL bleiben die nationalen Rechtsvorschriften, die die Verhängung von Sanktionen in strafrechtlichen Gerichtsverfahren ermöglichen, von diesem Artikel unberührt, sofern sich die Anwendung dieser Rechtsvorschriften nicht auf die wirksame und einheitliche Durchsetzung der Art 101 und 102 AEUV auswirkt.
- (191) Derartige (negative) Auswirkungen sind im Verhältnis zwischen den Sanktionsvorschriften des KartG sowie einer Verfolgung und Bestrafung von Verbänden nach § 168b StGB iVm VbVG im Zusammenhang mit Absprachen zwischen Unternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren nicht zur Gänze auszuschließen.
- (192) Bereits das Kartellgesetz 1988 enthielt in seinen §§ 129 bis 133 bis zum Jahr 2002 gerichtlich strafbare Handlungen.⁸⁸ Im Jahr 2002 wurde die Kartellgesetznovelle⁸⁹ erlassen, wodurch die strafgerichtlichen Bestimmungen aus dem Kartellgesetz herausgelöst und stattdessen für bestimmte Verstöße Geldbußen, die vom Kartellgericht zu verhängen sind, verankert wurden. In den Materialien wurde begründend ausgeführt, dass das österreichische Kartellrecht bis zur Novelle in seinem institutionell-organisatorischen Bereich nicht effizient genug gewesen sei.⁹⁰ Auch das System der strafrechtlichen Sanktionen auf dem Gebiet des Kartellrechts habe sich als nicht ausreichend wirksam erwiesen. Deshalb trete nun als Ersatz der strafrechtlichen Sanktionen ein Geldbußensystem in Kraft. Um für natürliche Personen eine „Lücke“ im Bereich der Korruption im Vergabewesen zu schließen, wurde durch Art III BGBl I 2002/62 die Bestimmung des § 168b StGB geschaffen. Nach § 168b StGB ist zu bestrafen, wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Die Rechtswidrigkeit der Absprache ergibt sich grundsätzlich aus einem Verstoß gegen nationales oder unionsrechtliches Kartellrecht.⁹¹ Erst wesentlich später, nämlich durch das VbVG,

⁸⁸ „Kartellmissbrauch“, „Verbotene Durchführung eines Kartells, einer vertikalen Vertriebsbindung oder eines Zusammenschlusses“, „Verbotene Ausnützung einer markbeherrschenden Stellung“, „Irreführung des Kartellgerichts“ und „Ausübung sittenwidrigen Drucks“.

⁸⁹ BGBl I 2002/62.

⁹⁰ RV 1005 BlgNR 21. GP 17 ff.

⁹¹ RV 1005 BlgNR 21. GP 34; Kirchbacher in WK² § 168b StGB Rz 41ff; Zeder in SbgK § 168b Rz 77 ff.

BGBI I 2005/151, wurde eine Strafbarkeit von juristischen Personen eingeführt und damit eine Strafbarkeit nach § 168b StGB iVm VbVG auch für juristische Personen und damit Unternehmen eröffnet, obwohl damals mit dem KartG bereits speziellere Vorschriften einer Verantwortlichkeit von „Verbänden“ im Anwendungsbereich des § 168b StGB bestanden. Nunmehr besteht *de lege lata* die Möglichkeit, Absprachen zwischen Unternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren sowohl im Bereich des Kartellrechts, anknüpfend an § 1 KartG bzw Art 101 AEUV, als auch im Bereich des Strafrechts, anknüpfend an § 168b StGB iVm VbVG, zu verfolgen.

- (193) Sowohl die grundrechtlich verbürgte Garantie des Art 4 7. ZPEMRK als auch jene des Art 50 GRC verbieten es, jemanden wegen einer strafbaren Handlung, derentwegen er bereits einmal rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut vor Gericht zu stellen oder zu bestrafen („*ne bis in idem*“, Doppelbestrafungsverbot).
- (194) Es ist bislang durch die (Höchst)Gerichte nicht abschließend geklärt, ob dieses Doppelbestrafungsverbot einer strafgerichtlichen Verfolgung eines Verbands gem § 168b StGB iVm VbVG nach einem rechtskräftig abgeschlossenen Kartellverfahren entgegensteht und *vice versa*. Zwar steht die derzeit übliche Praxis der bloßen Führung von parallelen Verfahren im Kartell- und Strafrecht nicht im Widerspruch zu den genannten Grundrechten, da hierfür die Rechtskraft eines Verfahrens Voraussetzung ist, allerdings kann eine solche parallele Führung kartellrechtlicher und strafrechtlicher Verfahren gegen Unternehmen bzw. Verbände bereits der wirksamen Durchsetzung der Art 101 und 102 AEUV abträglich sein.
- (195) Zur unionsrechtskonformen Auflösung dieser Problematik wird daher eine gesetzliche Regelung des Verhältnisses von Kartellrecht und Strafrecht im Sinne der Verankerung der Subsidiarität des Strafrechts im Hinblick auf die Verfolgung der Unternehmen bzw. Verbände angeregt. Auch in anderen Rechtsmaterien hat sich der Gesetzgeber bereits für eine ausdrückliche Verankerung der Subsidiarität des Kriminalstrafrechts gegenüber dem Verwaltungsstrafrecht entschieden (vgl § 52 Abs 3 GSpG).
- (196) Ein solches Vorgehen empfiehlt sich nicht nur aus historischen Überlegungen zur Entstehungsgeschichte des KartG und des § 168b StGB und aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben. § 1 KartG und Art 101 AEUV weisen im Vergleich zu § 168b StGB auch die wesentlich weiter gefassten Tatbestände auf, deren Voraussetzungen bereits früher erfüllt sind. So ist keine an die Willensübereinstimmung anknüpfende Tathandlung erforderlich, es wird auch fahrlässiges Handeln erfasst und die Zurechnung der für das Unternehmen handelnden Personen ist weiter gefasst. Verbotene Absprachen als die Volkswirtschaft massiv schädigende Zuwiderhandlungen können damit durch das

Kartellrecht effektiver verfolgt und sanktioniert werden. Auch die Höchstgrenze der kartellrechtlich möglichen Geldbuße übersteigt den Rahmen für Verbandsgeldbußen nach dem VbVG deutlich. Damit ist einer Verfolgung und Sanktion nach dem Kartellrecht für Absprachen im Rahmen von Vergabeverfahren aus spezial- und generalpräventiven Gründen der Vorzug zu geben.

- (197) Dies würde auch den unionsrechtlichen Vorgaben des Art 13 Abs 2 der RL Genüge tun, wonach sicherzustellen ist, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen verhängen oder beantragen können.⁹² **Es wird daher angeregt dem § 1 KartG folgenden Abs 5 anzufügen:**

„(5) Erfüllen Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Abs 1 bzw Art 101 AEUV zugleich den Tatbestand des § 168b StGB, so ist im Hinblick auf diese Unternehmer bzw Unternehmervereinigungen ausschließlich nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes vorzugehen.“

2.3.2 Unionsrechtskonforme Verankerung der Immunität natürlicher Personen (§ 209b StPO)

- (198) Art 23 Abs 2 der RL regelt das Zusammenwirken von kartellrechtlichen Anträgen auf Geldbußenerlass und (strafrechtlichen) Sanktionen gegen natürliche Personen, um den Anreiz für eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zu verstärken.
- (199) Die unionsrechtliche Regelung schützt Unternehmensleiter, Mitglieder der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie sonstige Mitarbeiter von Unternehmen (im Folgenden: **„die Mitarbeiter“**), die bei der Wettbewerbsbehörde einen Kronzeugenantrag wegen eines Verstoßes gegen § 1 KartG gestellt haben. Entsprechend den unionsrechtlichen *Leniency*-Vorgaben werden davon zumindest Kronzeugenanträge im Zusammenhang mit geheimen Kartellen erfasst (vgl Art 17 der RL). Gemäß Art 23 Abs 2 der RL dürfen keine strafrechtlichen Sanktionen gegen die Mitarbeiter des Unternehmens im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an dem Kartell, das Gegenstand des Kronzeugenantrags ist, verhängt werden, wenn der Kronzeugenantrag gestellt wurde, bevor die Mitarbeiter von der Strafverfolgungsbehörde über das Verfahren in Kenntnis gesetzt worden sind und

⁹² Vgl hierzu jüngst *Maier*, Unionsrechtliche Probleme einer parallellaufenden Sanktionierung von Submissionskartellen, ÖZK 2021, 49.

die Mitarbeiter aktiv mit der den Fall verfolgenden Wettbewerbsbehörde sowie der Strafverfolgungsbehörde zusammenarbeiten. Erfolgt keine aktive Zusammenarbeit mit der Strafverfolgungsbehörde, kann diese ihre Untersuchung fortsetzen.

- (200) Art 23 Abs 3 der RL ermächtigt die Mitgliedstaaten zu einer von Abs 2 und der darin geregelten absoluten Immunität abweichenden Regelung, wonach die zuständigen Strafverfolgungsbehörden von einer Sanktion absehen bzw. die Sanktion herabsetzen dürfen, soweit der Beitrag, den die Mitarbeiter zur Aufdeckung und Untersuchung des geheimen Kartells leisten, gegenüber dem Interesse an der Verfolgung und/oder Sanktionierung dieser Person überwiegt.⁹³ Es kommt somit zu einer Abwägung zwischen dem Interesse an einer strafrechtlichen Verfolgung/Sanktionierung einer Person gegen den Beitrag dieser Person zur Aufdeckung und Untersuchung des Kartells (vgl Erwägungsgrund 65 der RL). Hier kann insbesondere auch miteinfließen, in welchem Umfang diese Person für die Zuwiderhandlung verantwortlich ist oder dazu beigetragen hat.
- (201) Allerdings gehört § 209b StPO nicht dauerhaft dem Rechtsbestand an; § 514 Abs 35 StPO ordnet ein Außerkrafttreten dieser Bestimmung mit dem 31. Dezember 2021 an. Aufgrund der angeführten unionsrechtlichen Vorgaben ist daher vorzusehen, dass § 209b StPO über diesen Zeitpunkt hinaus dauerhaft in Kraft gesetzt bleibt.
- (202) Bei dieser Gelegenheit muss zur Herstellung der Unionsrechtskonformität auch ein wesentlicher Unterschied zur Vorgabe des Art 23 Abs 3 der RL beseitigt werden. Während dieser auf den Beitrag des individuellen Mitarbeiters abstellt, orientiert sich § 209b StPO nach einhelliger Literatur und Auffassung der involvierten Behörden auf den Beitrag des Unternehmens. Die BWB schlägt daher vor, in § 209b StPO dem Bundeskartellanwalt zu ermöglichen, auf den individuellen Aufklärungsbeitrag der einzelnen Mitarbeiter abzustellen.

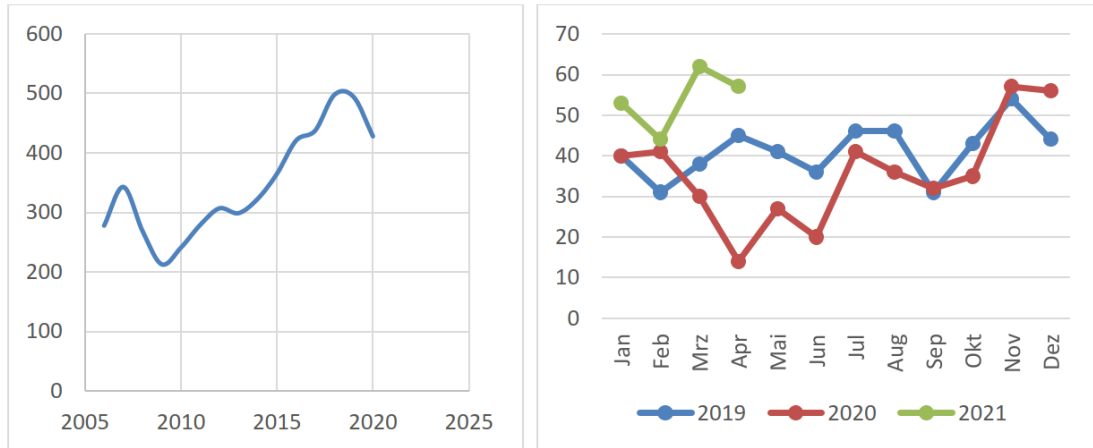
2.3.3 Änderungen in der Fusionskontrolle - Schaffung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle

- (203) Die Zahl der bei der BWB angemeldeten Zusammenschlüsse ist über die Jahre stetig gestiegen. 2019 wurden als bisheriger Höchstwert 495 Zusammenschlüsse angemeldet; bedingt durch die Auswirkungen der COVID-19 Krise kam es im 2. Quartal 2020 zu einem Rückgang der Anmeldungen, sodass der Jahreswert 2020 auf 425 Anmeldungen sank. Die Anzahl der Anmeldungen im 1. Quartal 2021 liegt bereits wieder deutlich über den Anmeldungen der Vorjahre (Q1/2019: 109,

⁹³ § 209b StPO diene dieser Bestimmung insofern als Vorbild.

Q1/2020: 111, Q1/2021: 159). Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei nicht nur um Nachholeffekte handelt.

Abbildung 2 - Österreichische Zusammenschlussanmeldungen



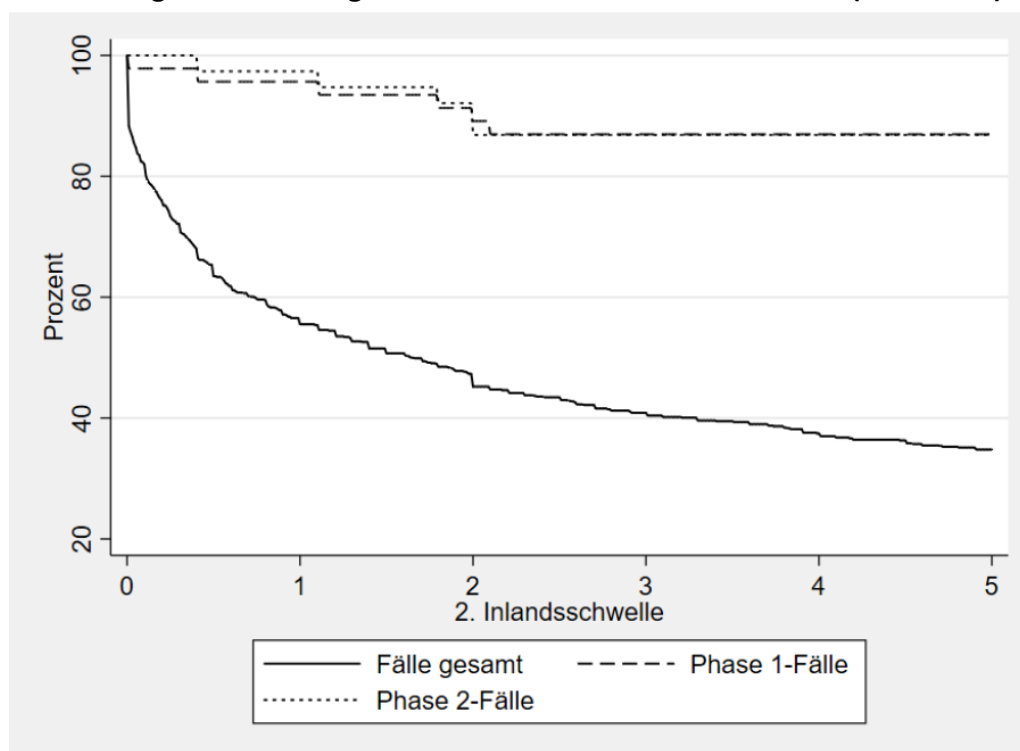
Quelle: BWB.

- (204) Ein nicht unwesentlicher Teil dieser Transaktionen betrifft den österreichischen Markt – wenn überhaupt – nur am Rande, häufig bestehen keine oder nur sehr geringe Auswirkungen auf österreichische Kunden und KonsumentInnen. Lediglich ein geringer Teil der Fälle erscheint somit abstrakt geeignet, ernsthafte wettbewerbliche Bedenken auszulösen. Dennoch wird für Behörden wie Unternehmen unnötiger bürokratischer Aufwand geschaffen und werden bei der BWB Ressourcen gebunden, die anderweitig sinnvoller eingesetzt werden könnten.
- (205) Wesentlicher Auslöser dieser Situation ist das **Fehlen einer zweiten Inlandsschwelle**, die einen konkreten Bezug der beteiligten Unternehmen und des jeweiligen Vorhabens zu einem Inlandsmarkt herstellt. Ein hinreichend großer Erwerber erfüllt regelmäßig allein die Schwellen des § 9 Abs 1 Z 1 und Z 2 KartG. Das Zielunternehmen muss dann nur mehr fünf Millionen weltweiten Gesamtumsatz und einen irgendwie gearteten Österreichbezug aufweisen. Die Ausnahmebestimmung des Abs 2 leg cit betrifft nur sehr spezifische Konstellationen und das allgemeine Gebot der Inlandsauswirkung (§ 24 Abs 2 KartG) ist weit gefasst und bietet nur beschränkte Rechtssicherheit. Viele Transaktionen werden daher angemeldet, selbst wenn die Zielunternehmen in Österreich lediglich Bagatellumsätze von wenigen tausend Euro erzielen.
- (206) Dieser nur sehr lose Bezug der allgemeinen Umsatzschwellen zu inländischen Marktwirkungen nimmt auch der an den Transaktionswert anknüpfenden Aufgriffsschwelle des § 9 Abs 4 KartG ihren spezifischen Anwendungsbereich, weil zumeist bereits die allgemeinen Umsatzschwellen erfüllt werden. Auch wird dadurch eine dogmatisch saubere Unterscheidung zwischen bloß allgemeiner

Inlandsauswirkung (§ 24 Abs 2 KartG) und Inlandstätigkeit in erheblichem Umfang (§ 9 Abs 4 Z 4 KartG) erschwert.

- (207) Die BWB hat in einer internen Auswertung untersucht, welchen Effekt die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle auf den historischen Fallbestand gehabt hätte. Basierend auf den Anmeldungen der Jahre 2016 und 2017 ist davon auszugehen, dass die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle von € 100.000 die Anzahl der Zusammenschlüsse um bis zu 18% verringern würde, € 500.000 um 37%, € 1 Mio um 44%, € 2 Mio um 55% und € 5 Mio um 65% (vgl. Abbildung 3). Die Anwendbarkeit des Transaktionsschwellenwertes wurde im Beobachtungszeitraum noch nicht systematisch erfasst und konnte nicht berücksichtigt werden. Ebenfalls unberücksichtigt blieben die Multiplikatorenregelungen für Medien- und Medienhilfsunternehmen. Der tatsächliche Effekt einer zweiten Inlandsumsatzschwelle wäre also etwas geringer anzusetzen.

Abbildung 3 - Auswirkung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle (2016-2017)

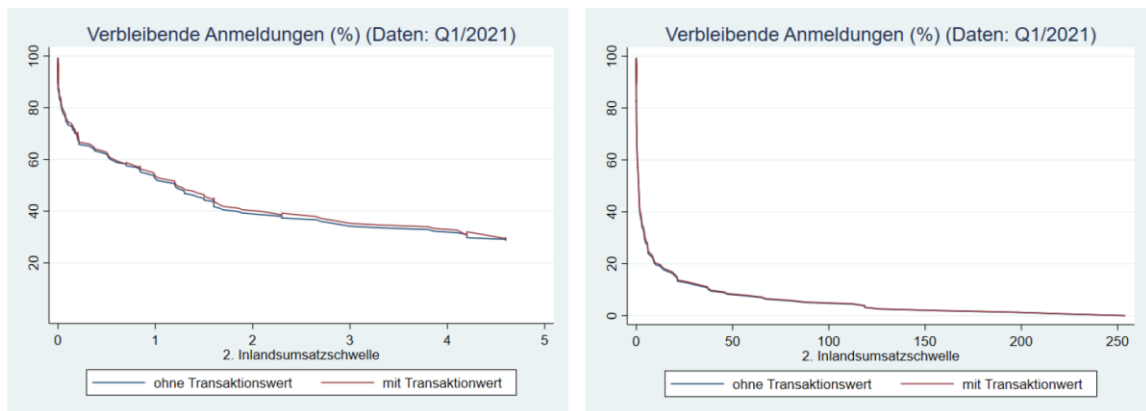


Quelle: BWB.

- (208) Im Zuge einer weiteren Auswertung wurde für die Jahre 2011 bis 2017 auch untersucht, ob durch eine derartige Inlandsschwelle eine Vollziehungslücke durch Wegfall der Anmeldebedürftigkeit von wettbewerblich bedenklichen Zusammenschlüssen entstanden wäre. Diese Untersuchung ergab, dass durch die Einführung einer Schwelle von bis zu € 5 Mio lediglich 11 näher geprüfte, aber letztlich unproblematische Fälle verloren gegangen wären (inkl. fristwahrender

Prüfungsanträge und eines Antrages auf Zurückweisung eines nicht anmeldebedürftigen Zusammenschlusses).

Abbildung 4 - Auswirkungen einer zweiten Inlandsumsatzschwelle (Q1/2021).



Quelle: BWB. Linke Seite: Ausschnitt von 0 bis 5 Mio EUR; rechte Seite: gesamt.

- (209) Eine aktuelle Auswertung zu den Anmeldungen im ersten Quartal 2021 kommt zu einem noch deutlicheren Ergebnis: Selbst unter Berücksichtigung der Anmeldebedürftigkeit nach der Transaktionswertschwelle hätte eine zweite Inlandsumsatzschwelle von € 100.000 die Anzahl der anzumeldenden Zusammenschlüsse um 25% verringert, € 500.000 um 35%, € 1 Mio um 44%. Keiner dieser Fälle war wettbewerblich bedenklich. Eine Schwelle von € 2 Mio hätte die Anzahl der Anmeldungen um 60% verringert, eine Schwelle von € 5 Mio um 71% (vgl. Abbildung 4).
- (210) Abschließend darf darauf hingewiesen werden, dass mit der 10. GWB-Novelle die in Deutschland bereits existierende zweite Inlandsschwelle (§ 35 Abs 1 Z 2 GWB) deutlich von fünf auf € 17,5 Mio angehoben wurde, um wettbewerblich nicht relevante Fälle aus der Zusammenschlusskontrolle auszuscheiden.
- (211) Es wird daher vorgeschlagen, in § 9 Abs 1 Z 2 KartG eine zweite Inlandsumsatzschwelle zu verankern:

*„2. im Inland insgesamt mehr als 30 Millionen Euro, **davon mindestens zwei Unternehmen jeweils mehr als eine Million Euro** und [...]“*

2.3.4 Verankerung eines Rechtsweges zur Durchsetzung der P2B Verordnung

- (212) Seit 12.07.2020 gilt die Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten („Platform-to-Business“ oder kurz „**P2B-VO**“) unmittelbar in der Europäischen Union. Ziel der Verordnung ist es, für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und Nutzer mit eigener Webseite im Hinblick auf Suchmaschinen eine angemessene

Transparenz und Fairness sowie wirksame Rechtsbehelfsmöglichkeiten zu schaffen. Dazu werden den Betreibern dieser Dienste verschiedenste Verpflichtungen auferlegt.

- (213) Die BWB wurde neben der Wirtschaftskammer Österreich sowie dem Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb der Europäischen Kommission als klagsbefugte Stelle gem Art 14 der P2B-VO nominiert und kann somit seit 10.9.2020 bei Verstößen, Klage bei den zuständigen Zivilgerichten einbringen, um die Nichteinhaltung der Bestimmungen der P2B-VO durch Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten oder Online-Suchmaschinen zu beenden oder zu untersagen.
- (214) Diese Nominierung nach Art 14 der P2B-VO, bei der auch eine Behörde gleich einem privaten Kläger dem vollen Prozess(kosten)risiko ausgesetzt ist, ersetzt aus Sicht der BWB nicht das Erfordernis gem Art 15 der P2B-VO, für eine angemessene und wirksame Durchsetzung der P2B-VO zu sorgen. Insbesondere stehen der BWB damit keine behördlichen Ermittlungs- und Aufklärungsbefugnisse zur Verfügung. Zur Wahrnehmung ihrer Rolle als klagsbefugte Stelle müsste die Durchsetzung der Verpflichtungen nach der P2B-VO daher explizit als Aufgabe der BWB in § 2 WettbG verankert sowie ein Verstoß gegen die Regeln der P2B-VO als Sonderfall des kaufmännischen Wohlverhaltens dem verfahrensrechtlichen Regime des Nahversorgungsgesetzes unterstellt werden. **Es werden daher folgende Anpassungen in NahversorgungsgG bzw im WettbG vorgeschlagen:**

NahversorgungsgG

§ 1 (3) Verhaltensweisen von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 und Online-Suchmaschinen im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online Vermittlungsdiensten gegenüber gewerblichen Nutzern im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 und Nutzern mit Unternehmenswebsite im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 dieser Verordnung, welche gegen Verpflichtungen der Artikel 3 bis 12 dieser Verordnung verstoßen, sind geeignet, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

*§ 7 (2) Zum Antrag nach § 1 Abs 1 und 2 sowie nach den §§ 2 bis 4 sind berechtigt
[..]*

§ 7 (2a) Zum Antrag nach § 1 Abs 3 sind die Bundeswettbewerbsbehörde und die Wirtschaftskammer Österreich berechtigt.

WettbG

§2(1) [..]

6. Antragstellung nach § 7 Abs. 2 und 2a Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, [..]

[Anmerkung: Nach dem Entwurf würde es sich nunmehr um § 2 Abs 2 Z 1 WettbG handeln]

Bundeswettbewerbsbehörde

Radetzkystraße 2, 1030 Wien

+43 1 24 508-0

wettbewerb@bwb.gv.at

bwb.gv.at