

Wien, am 03.07.2020

## KaWeRÄG 2021

### STELLUNGNAHME DER STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

Die Studienvereinigung Kartellrecht wurde vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort sowie vom Bundesministerium für Justiz mit Schreiben vom 08.06.2020 eingeladen, zu einzelnen für das KaWeRÄG 2021 relevanten Themen Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit nimmt die Studienvereinigung Kartellrecht gerne wahr.

Nach dem Verständnis der Studienvereinigung Kartellrecht dient die Einladung zur Stellungnahme dazu, erste Gedanken zu den einzelnen Themen zu sammeln, um dann in eine konkretere Diskussion einzutreten. Dementsprechend ist das vorliegende Dokument nicht als abschließende Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zu verstehen. Die Studienvereinigung Kartellrecht wird gern auch zu weiteren Themen Stellung nehmen, die im Zuge der Diskussionen um die KaWeRÄG 2021 relevant werden.

An der Verfassung unserer Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht mitgewirkt: Nicole Daniel, Christine Dietz, Isabella Hartung, Miriam Imarhiagbe, Anna Sofia Reumann, Claudine Vartian, Anna Wolf-Posch, Günter Bauer, Christoph Haid, Alexander Hiersche, Raoul Hoffer, Bernhard Kofler-Senoner, Heinrich Kühnert, Marc Lager, Axel Reidlinger, Franz Stenitzer, Franz Urlesberger, Robert Wagner, Volker Weiss, Hanno Wollmann und Dieter Zandler.

Die Stellungnahme folgt im Aufbau des Einladungsschreibens:

1. SIEC-Test vs Marktbeherrschungstest in der Fusionskontrolle
2. Evaluierung der bestehenden Anmeldeschwellen
3. Allfällige weitere Verbesserungen bei der Fusionskontrolle
4. § 10 KartG – Klarstellung, dass auch elektronische Zusammenschlussanmeldungen zulässig sind
5. Verbesserungen der Aufsicht über marktmächtige Unternehmen
6. Möglichkeiten der Berücksichtigung einer ökologisch nachhaltigen, klimaneutralen und ressourceneffizienten Wirtschaft im Rahmen der Kartellrechtsvollziehung

#### **1. *SIEC-Test vs Marktbeherrschungstest in der Fusionskontrolle***

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht steht einer Angleichung des österreichischen Marktbeherrschungstests an den europäischen SIEC-Test grundsätzlich positiv gegenüber. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht trägt der SIEC-Test dem graduellen ökonomischen Konzept der Marktmacht besser Rechnung als das auf eine definierte "Marktmachtschwelle" konzentrierte Konzept der Marktbeherrschung und passt damit besser in das Gesamtgefüge einer modernen Wettbewerbsaufsicht. Dies gilt in besonderem Maße im Hinblick auf die Prüfung von Zusammenschlussvorhaben in digitalen Märkten.
- (2) Im Detail sprechen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht vor allem die folgenden Argumente für die Einführung des SIEC-Tests (auch) in Österreich:

- Die Übernahme des SIEC-Tests – und damit die Einführung eines konzeptuell breiter aufgestellten Prüfmaßstabs in die österreichische Fusionskontrolle – würde das Bestreben, oligopolistisch geprägte Märkte verstärkt der Kontrolle durch die Wettbewerbsaufsicht zu unterwerfen, konsequent weiterführen.
  - Wie auch im Einladungsschreiben ausgeführt wird, wurde der SIEC-Test nach seiner Einführung in die FKVO im Jahr 2004 in derselben oder zumindest in ähnlicher Form von den meisten EU-Mitgliedstaaten (insbesondere auch von Deutschland) übernommen. Österreich würde sich mit der Einführung des SIEC-Tests daher in einen gesamteuropäischen Trend einfügen. Die Angleichung des Prüfkriteriums würde dazu beitragen, eine weitgehend gleichlaufende Beurteilung von Zusammenschlüssen in der EU zu erreichen. Nicht zuletzt aufgrund der engen Verflechtungen zwischen Deutschland und Österreich – und der in der Praxis häufig vorkommenden parallelen Prüfverfahren in diesen beiden Ländern – erscheint ein solches "level playing field" aus österreichischer Sicht besonders wünschenswert. Dies gilt speziell im Hinblick auf die Beurteilung von Zusammenschlüssen in digitalen Märkten, die in geographischer Hinsicht häufig nicht auf das Gebiet eines einzelnen Mitgliedstaats beschränkt sind. Die Anwendung unterschiedlicher Prüfkriterien auf ein und dasselbe Zusammenschlussvorhaben erhöht die Gefahr divergierender Prüfergebnisse und verringert aus Sicht der Zusammenschlusswerber die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit von Entscheidungen.
  - Nach Einführung des SIEC-Tests könnte für die Zwecke der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens nach österreichischer Fusionskontrolle noch besser auf die auf europäischer Ebene bestehende (Entscheidungs-)Praxis, inklusive der einschlägigen Leitlinien der Europäischen Kommission, zurückgegriffen werden. Auch dies würde die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen aus Sicht der Zusammenschlusswerber erhöhen. De facto wird in der österreichischen Fusionskontrolle zwar bereits jetzt vielfach mit Methoden und Instrumentarien aus der EU-Fusionskontrolle gearbeitet. Eine explizite Klarstellung der Relevanz der auf europäischer Ebene bestehenden Praxis/Guidance auch im Rahmen der österreichischen Fusionskontrolle wäre aber wünschenswert.
- (3) Sofern der SIEC-Test in Österreich eingeführt werden sollte, wäre nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht aber auch künftig die Zielrichtung der österreichischen Fusionskontrolle zu berücksichtigen: Während sich die Zielsetzung des KartG am deutschen GWB zu orientieren scheint (wonach als primärer Schutzzweck der Wettbewerb "als Institution" angesehen wird), stellt die EU-Fusionskontrolle auf einen eigenen Wohlfahrtsstandard ab (der sich primär an der Konsumentenwohlfahrt orientiert). Der SIEC-Test ist grundsätzlich für beide Zielsetzungen ein tauglicher Prüfungsmaßstab. Bei seiner Anwendung durch die Bundeswettbewerbsbehörde, den Bundeskartellanwalt und die österreichischen Gerichte wäre die Zielsetzung der österreichischen Fusionskontrolle zu beachten.
- (4) Im Rahmen des SIEC-Tests wird die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auch künftig eine große Rolle spielen. Die im Einladungsschreiben in diesem Zusammenhang geäußerten Bedenken, es könnte nach Einführung des SIEC-Tests argumentiert werden, die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sei *per se* kein Grund, einen Zusammenschluss zu untersagen, wenn die dadurch entstehende Machtkonzentration nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt, sind nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht zumindest dann unbegründet, wenn die Marktbeherrschung (so

wie in der FKVO und im deutschen GWB) auch künftig als Regelbeispiel der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs angeführt wird und in den Gesetzesmaterialien eine entsprechende Klarstellung erfolgt.<sup>1</sup>

- (5) Gleichzeitig bietet eine Modernisierung des Fusionskontrolltests die Möglichkeit klarzustellen, dass die in § 4 KartG niedergelegten, teilweise historisch bedingten und weit gefassten Vermutungsschwellen im Bereich der Fusionskontrolle nicht anzuwenden sind; dies auch um sicherzustellen, dass es – infolge eines nicht ausreichend auskalibrierten Zusammenspiels zwischen dem neuen Untersagungskriterium und den im KartG bestehenden Marktbeherrschungsregeln – nicht de facto zu einer Herabsetzung der in Österreich geltenden Untersagungsschwelle (im Vergleich zur EU-Fusionskontrolle) kommt. Die Einführung des SIEC-Tests würde ohnedies den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle erweitern. Das reine Abstellen auf bestimmte (kumulative) Marktanteilsschwellen erscheint mit diesem neuen – feinmaschigeren – Prüfmaßstab nicht vereinbar. Eine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens allein auf Basis der Feststellung, dass den Zusammenschlussbeteiligten die Widerlegung einer der Marktbeherrschungsvermutungen in § 4 KartG nicht gelungen ist, würde dabei auch in einem Spannungsverhältnis zum im kartellgerichtlichen Verfahren anwendbaren Untersuchungsgrundsatz stehen.
- (6) In dem Zusammenhang regt die Studienvereinigung ganz allgemein (also auch für Fälle außerhalb der Fusionskontrolle) an, die Vermutungsschwellen in § 4 Abs 2 Z 1 KartG – analog den geltenden Regelungen in Deutschland – auf 40% anzuheben. Dies wäre in Hinblick auf die engen Verflechtungen zwischen Deutschland und Österreich von Vorteil und würde auch dem vorherrschenden ökonomischen Ansatz entsprechen, demzufolge eine marktbeherrschende Stellung erst ab einem Marktanteil von 40% wahrscheinlich erscheint. Zudem regt die Studienvereinigung an, die Vermutungstatbestände in § 4 Abs 2 Z 2 und 3 KartG zu streichen.<sup>2</sup> Die dort angesprochenen Konstellationen werden nach Auffassung der Studienvereinigung im Bereich der kollektiven Marktbeherrschung ohnedies über den (2013 eingeführten) § 4 Abs 2a KartG erfasst.
- (7) Ein im Vergleich zur EU-Fusionskontrolle strengerer Prüfmaßstab in Österreich (der wohl vermieden werden sollte) könnte außerdem daraus resultieren, dass die nach europäischer Fusionskontrolle bestehenden Ausgleichsfaktoren, wie etwa das Konzept der Sanierungsfusion oder die Möglichkeit der Effizienzeinrede, nicht ebenfalls (explizit) Eingang in die österreichische Fusionskontrolle finden. Derartige Faktoren sollten daher ebenfalls im Zuge der Einführung des SIEC-Tests entsprechende Berücksichtigung finden (zu der – nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht ebenfalls wünschenswerten – Einführung einer Ausnahme vom Vollzugsverbot siehe näher in Punkt 3. unten).

## **2. Evaluierung der bestehenden Anmeldeschwellen**

### **2.1 Bisherige Erfahrungen mit der Transaktionswertschwelle**

- (8) Die Studienvereinigung Kartellrecht stand der mit dem KaWeRÄG 2017 neu in das KartG (§ 9 Abs 4 KartG) eingeführte "Transaktionswertschwelle" schon vor Einführung skeptisch gegenüber und wies in diesem Zusammenhang insbesondere auf die mit einer solchen Schwelle verbundene Erhöhung der Zahl der in Österreich anmelde-

<sup>1</sup> Vgl insoweit die Erwägungsgründe 24 und 26 der FKVO; ebenso EuG, Urteil vom 28.05.2020, Rs T-399/16 - *CK Telecoms UK Investments/Kommission*, ECLI:EU:T:2020:217, Rn 88; zur deutschen Rechtslage *Becker/Knebel/Christiansen* in *Bornkamm/Montag/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht<sup>2</sup>, Band 2, § 36 Rn 47.

<sup>2</sup> Zu den Marktbeherrschungsvermutungsschwellen: Vgl Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht<sup>4</sup> (2019), 122f.

pflichtigen, inhaltlich aber unbedenklichen Zusammenschlüsse und die mit der praktischen Handhabung verbundenen Schwierigkeiten hin.<sup>3</sup> Dies erschien nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bereits bestehenden, verhältnismäßig niedrigen Anmeldeschwellen problematisch (siehe dazu auch in Punkt 2.2. unten). Die angesprochenen Schwierigkeiten wurden zwar durch den (sehr begrüßenswerten) gemeinsamen Leitfaden der BWB und des Bundeskartellamts<sup>4</sup> entschärft. Beispielhaft seien an dieser Stelle etwa die Ausführungen im Leitfaden zu dem in § 9 Abs 4 lit c KartG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriff der erheblichen und marktbezogenen Inlandstätigkeit genannt. Positiv ist auch die Bereitschaft der Amtsparteien, offene Fragen zur Anmeldepflicht im Zusammenhang mit § 9 Abs 4 KartG innerhalb kurzer Zeit im Vorverfahren zu klären.

- (9) Die bisherigen Erfahrungen deuten allerdings darauf hin, dass die neue Aufgriffsschwelle (zumindest bisher) nicht in erster Linie jene Transaktionen erfasst, für die sie eigentlich intendiert war, also den Erwerb innovativer digitaler Unternehmen und Start-ups, die ihr Produkt in Österreich anbieten, dort aber (noch) keinen Umsatz erzielen (zum Beispiel, weil das Produkt kostenlos angeboten und durch Werbeeinnahmen aus anderen geographischen Märkten finanziert wird), oder den Erwerb von in der pharmazeutischen Industrie tätigen Unternehmen, die kurz vor dem Produktlaunch stehen.<sup>5</sup> Dies dürfte sich auch mit den bisherigen Erfahrungen der BWB decken.<sup>6</sup>
- (10) Dies deshalb, weil die Transaktionswertschwelle nach dem Wortlaut des § 9 Abs 4 KartG eben gerade nicht auf bestimmte Branchen beschränkt ist, sondern auch Zusammenschlüsse in ausgereiften, nicht innovationsgetriebenen Märkten erfasst. Bei weitem der größte Teil der bisher auf der Grundlage von § 9 Abs 4 KartG angemeldeten Zusammenschlüsse betraf in ausgereiften Märkten tätige Zielunternehmen. Die bisherigen Ergebnisse zeigen, dass bis Ende 2018 von 481 Zusammenschlussanmeldungen 17 auf den neuen Transaktionsschwellenwert zurückzuführen waren.<sup>7</sup> Die Zusicherung der BWB im Leitfaden, von keiner erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens auszugehen, wenn dieses nicht mehr als EUR 500.000 Umsatz im Inland erzielt und auf ausgereiften Märkten tätig ist, hat nicht ausgereicht, um dieses Problem zu lösen. § 9 Abs 4 KartG verstärkt daher die Anzahl der bei der BWB angemeldeten, fusionskontrollrechtlich eindeutig unproblematischen Zusammenschlüsse und erhöht die Auslastung der Amtsparteien. Den betroffenen Unternehmen entsteht durch die Anmeldung aus österreichischer Sicht offensichtlich fusionskontrollrechtlich unproblematischer Vorhaben auch bei effizienter Prüfung durch die Amtsparteien ein unnötiger Aufwand und Zeitverlust.
- (11) Eine deutliche Reduktion der Anzahl der angemeldeten Vorhaben könnte grundsätzlich durch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 9 Abs 4 KartG auf Zusammenschlüsse, bei denen das Zielunternehmen in innovationsgetriebenen Märkten, insbesondere der digitalen oder pharmazeutischen Industrie, tätig ist, erreicht werden. Sektorspezifische Schwellenwerte gibt es im KartG bereits für die Medienfusionskontrolle. Das wirtschaftspolitische und gesellschaftliche Interesse an der eingehenden fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Akquisitionen in den genannten spezifischen Bereichen könnte grundsätzlich zugunsten der Einführung getrennter Schwellenwerte für diese Sektoren ins Treffen geführt werden. Dem sind jedoch mögliche Probleme gegenüberzustellen, die aus Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten bei der An-

<sup>3</sup> Vgl die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 29.10.2016 zur Novelle 2016 zum Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz, 2ff.

<sup>4</sup> [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/PDFs/Leitfaden/20180709\\_Leitfaden\\_Transaktionswertschwellen\\_final.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Leitfaden/20180709_Leitfaden_Transaktionswertschwellen_final.pdf) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>5</sup> Vgl Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben, 25.

<sup>6</sup> BWB, Thesenpapier Digitalisierung und Wettbewerbsrecht ([https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Digitalisierung\\_und\\_Wettbewerbsrecht\\_Thesenpapier.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Digitalisierung_und_Wettbewerbsrecht_Thesenpapier.pdf)), 7 (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>7</sup> Vgl [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Taetigkeitsbericht\\_der\\_BWB\\_2018\\_final.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Taetigkeitsbericht_der_BWB_2018_final.pdf), 40 (aufgerufen am 02.07.2020).

wendung sektorspezifischer Schwellenwerte entstehen könnten (zB im Zusammenhang mit der Frage, wann ein Unternehmen als in einem bestimmten Sektor tätig anzusehen ist).

- (12) Die Studienvereinigung spricht sich zwar prinzipiell für eine derartige Einschränkung der Transaktionswertschwelle aus. Mögliche Schwierigkeiten bei der Anwendung sektorspezifischer Schwellenwerte sollten aber jedenfalls vermieden werden. Es sollten daher die aktuellen Ergebnisse des kontinuierlichen Evaluierungsprozesses entsprechend berücksichtigt werden. In den Diskussionsprozess sollten auch die Erfahrungen aus anderen Ländern mit einer ähnlichen Schwelle (wie insbesondere Deutschland) einfließen.

## 2.2 Einführung einer zweiten Inlandsschwelle

- (13) Nach dem Verständnis der Studienvereinigung Kartellrecht führt die BWB seit Ende 2018 eine Evaluierung durch, ob die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle in Österreich sinnvoll erscheint. Vorbehaltlich der Ergebnisse der Untersuchung vertritt die Studienvereinigung die Ansicht, dass einiges für eine sanfte Reform der Anmelde-schwellen sprechen würde.
- (14) Wie bereits unter Punkt 2.1. iZm der Transaktionswertschwelle angesprochen, ist in Österreich eine sehr große Zahl inhaltlich gänzlich unproblematischer Vorhaben anmeldepflichtig. Die für den Gesamtumsatz und für Inlandsumsätze geltenden Schwellen sind im Vergleich zu jenen anderer EU-Mitgliedstaaten sehr niedrig, insbesondere gibt es keine zweite Inlandsschwelle. Dazu kommt, dass auch Unternehmen, an denen 25% oder mehr gehalten werden, bei der Umsatzberechnung voll zu berücksichtigen sind. Dies führt dazu, dass – nicht zuletzt aufgrund der restriktiven Auslegung der „effects doctrine“ (§ 24 Abs 2 KartG) durch die BWB – Transaktionen vorsichtshalber oft selbst bei keinen bzw jedenfalls bei äußerst geringen Aktivitäten des Zielunternehmens in Österreich angemeldet werden müssen. Eine Anmeldepflicht nur in Österreich trotz sehr beschränkter hiesiger Aktivitäten internationaler Unternehmen ist daher keine Seltenheit. Auch wenn in derartigen Fällen in der Regel eine vereinfachte Anmeldung möglich ist und damit der Informationsgrad der Anmeldung begrenzt werden kann, ist der Aufwand sowie der Zeitfaktor für die Unternehmen aber auch für die Amtsparteien, die die Transaktion einer Prüfung unterziehen müssen, nicht zu unterschätzen.
- (15) Hier könnten nach Ansicht der Studienvereinigung zB die folgenden Neuerungen Abhilfe schaffen, ohne die Zusammenschlusskontrolle entgegen den bisherigen Regelungen und der Praxis in Österreich zu sehr einzuschränken. Es könnte eine zweite Inlandsschwelle iHv EUR 500.000 eingeführt werden, die jeweils von mindestens zwei beteiligten Unternehmen erreicht werden muss. Die *de minimis* Schwellen des § 9 Abs 1 Z 3 („*mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils mehr als 5 Millionen Euro*“) sowie im Ausnahmetatbestand des Abs 2 jene in Z 2 („*weltweit .... nicht mehr als 30 Millionen Euro*“) könnten etwas angehoben werden, da diese in der Praxis kaum jemals zum Nichtvorliegen einer Anmeldepflicht führen, weil sie in aller Regel von den Zusammenschlussparteien überschritten werden. Auch nach Einführung einer zweiten Inlandsschwelle würde eine angepasste Transaktionswertschwelle weiterhin Zusammenschlüsse mit hoher Gegenleistung auf nicht ausgereiften Märkten abdecken (siehe oben) und auch für Medienzusammenschlüsse bestünden weiterhin eigene Regelungen.
- (16) Im Sinne einer möglichst effizienten Ausgestaltung der Zusammenschlusskontrolle ohne eine zu starke Einschränkung der Prüfungsmöglichkeit der Behörden erscheint auch eine Abänderung bzw Klarstellung des § 10 Abs 1 KartG überlegenswert. Für den

Fall, dass keinerlei horizontale Überschneidungen oder (potentielle) vertikale oder konglomerate Beziehungen zwischen den Geschäftstätigkeiten der Zusammenschlussparteien bestehen, könnte zumindest zunächst von genaueren Marktdaten (insbesondere von Angaben zu Marktanteilen von Wettbewerbern aber auch von Gesamtmarktdaten) abgesehen werden. Derartige Informationen könnten von den Amtsparteien vielmehr im Zuge der Prüfung des geplanten Vorhabens in Phase I im Bedarfsfall abgefragt werden (zusätzliche Informationsabfragen in Phase I kommen auch derzeit in der Praxis immer wieder vor und führen meist zu einer schnellen Klärung noch offener Punkte). Denn oftmals ist die Zusammenstellung derartiger Informationen für Unternehmen mit nur begrenzten Aktivitäten (in Österreich aber auch sonst wo) mit durchaus beträchtlichem Aufwand und Schwierigkeiten verbunden, insbesondere dann, wenn die Unternehmen wenig oder keine Erfahrungen mit Zusammenschlussanmeldungen haben.

- (17) In diesem Zusammenhang könnte dann auch das von BWB und Bundeskartellanwalt für die Anmeldung empfohlene Formblatt, das grundsätzlich äußerst hilfreich ist und viel dazu beiträgt, dass Zusammenschlussanmeldungen für die Unternehmen in Österreich effizient, einheitlich und vorhersehbar erfolgen können, überarbeitet werden. In diesem Zusammenhang scheint insbesondere eine leichte Anhebung der derzeit im Formblatt genannten Marktanteilsschwellen von 15% (bei horizontalen Überschneidungen) bzw 25% (bei vertikalen Beziehungen), die eine Anmeldung mit erweiterten Marktinformationen erfordern, überlegenswert. Eine entsprechende Anhebung wurde auch bereits im Bereich der europäischen Fusionskontrolle mit dem sogenannten Merger Simplification Package Ende 2013 vorgenommen:<sup>8</sup> Nach dem Formblatt CO der Kommission gelten als "betroffene Märkte" seither nur noch solche Märkte, in denen die Zusammenschlussparteien – bei horizontalen Überschneidungen – gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 20% oder – bei vertikalen Beziehungen – einzeln oder gemeinsam einen Marktanteil von mehr als 30% haben.
- (18) Was die Datendichte insgesamt betrifft, so wäre konkreten Informationsabfragen der Amtsparteien im Einzelfall der Vorzug zu geben, zumal die im erweiterten Formblatt angeführten Punkte nicht für jede Transaktion passend sind und daher auch häufig nicht die für die Beurteilung notwendigen Informationen liefern, dennoch aber regelmäßig einen nicht unbeträchtlichen Aufwand für die beteiligten Unternehmen verursachen.
- (19) Mit obigen Änderungen würde – auch im Sinne der Empfehlungen der OECD/ICN bzw ICC<sup>9</sup> – einerseits der Inlandsbezug von Zusammenschlussvorhaben erhöht werden und andererseits der Aufwand bei aller Voraussicht nach unproblematischen Transaktionen sowohl für die Unternehmen als auch die Amtsparteien weiter reduziert werden.

### **3. Allfällige weitere Verbesserungen bei der Fusionskontrolle**

- (20) Unter diesem Punkt werden im Wesentlichen drei aktuell diskutierte Themen angesprochen, nämlich
- der Schutz des Standorts Österreich vor Risiken, die mit Übernahmen durch ausländische Erwerber verbunden sein können,
  - die Forderung, Wettbewerbsbehörden sollten im Rahmen der Prüfung von Zusammenschlüssen stärker längerfristige, dynamische wettbewerbliche Entwicklungen einbeziehen, und

<sup>8</sup> Vgl [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_1098](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_1098) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>9</sup> Vgl OECD, „Recommendation of the OECD Council on Merger Review“ (2005) [www.oecd.org/competition/mergers/40537528.pdf](http://www.oecd.org/competition/mergers/40537528.pdf) (aufgerufen am 02.07.2020); ICN, „Recommended Practices for Merger Notification Procedures“ verfügbar unter [http://icn.flywheelsites.com/wp-content/uploads/2018/09/MWG\\_NPRecPractices2018.pdf](http://icn.flywheelsites.com/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf) (aufgerufen am 02.07.2020); und ICC, „Recommendations on Pre-Merger Notification Regimes“ (März 2015) <https://iccwbo.org/publication/icc-recommendations-pre-merger-notification-regimes/> (aufgerufen am 02.07.2020).

- die Nichtuntersagung von wettbewerbsbeschränkenden Zusammenschlüssen aufgrund anderer volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte gemäß § 12 Abs 2 Z 2 KartG.

### 3.1. Schutz des Standorts Österreich vor Risiken von Auslandsübernahmen

- (21) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass das Außenwirtschaftsrecht bereits Standortinteressen definiert, deren Gefährdung durch Übernahmen aus dem nicht-EU Ausland Gegenstand einer separaten Prüfung durch die BMDW ist. Durch den aktuell im Parlament debattierten Entwurf eines Investitionskontrollgesetzes<sup>10</sup> wird der Katalog der erfassten Interessen und Transaktionen deutlich erweitert. Aus Sicht der Studienvereinigung würde ein paralleler Schutz von Standortinteressen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu Doppelgleisigkeiten führen, womit eine Vervielfachung des Verfahrensaufwand für Behörden und Unternehmen sowie ein Risiko einander widersprechender Entscheidungen verbunden wäre. Die Studienvereinigung spricht sich daher gegen die parallele Aufnahme von Standortinteressen als Schutzgut im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle aus.
- (22) Die Studienvereinigung weist ferner darauf hin, dass mögliche Verzerrungen des Wettbewerbs unter Investoren um zu Verkauf stehende europäische Unternehmen durch ausländische Beihilfen Gegenstand des jüngst von der Europäischen Kommission veröffentlichten Weißbuchs zu ausländischen Beihilfen sind. Dort wird unter anderem die Frage diskutiert, ob für die Prüfung derartiger Beihilfen die Kommission (im Sinne eines one-stop-shop) oder die Mitgliedstaaten zuständig sein sollen.<sup>11</sup> Bis zu einer Entscheidung über diese Frage erscheint die Einführung eines eigenständigen österreichischen Prüfmechanismus aus Sicht der Studienvereinigung verfrüht.

### 3.2. Stärkere Einbeziehung dynamischer Faktoren in die wettbewerbliche Beurteilung

- (23) Die Debatte über die stärkere Einbeziehung dynamischer Entwicklungen im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung hat sich unter anderem anhand der Untersagung von *Siemens/Alstom*<sup>12</sup> durch die Europäische Kommission und der nur ein Jahr später erfolgten Freigabe von *CRRC/Vossloh Locomotives*<sup>13</sup> durch das Bundeskartellamt entzündet. Aus Sicht der Studienvereinigung geht allerdings bereits aus der Entscheidungspraxis der letzten Jahre eine verstärkte Einbeziehung des dynamischen Wettbewerbs hervor, so etwa aus der Prüfung der Auswirkung von Zusammenschlüssen auf den Innovationswettbewerb.<sup>14</sup>
- (24) Die auch im Regierungsprogramm angesprochene Frage, ob die Auswirkungen der Globalisierung bei der Marktdefinition stärker berücksichtigt werden sollten, ist aktuell Gegenstand der Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktabgrenzung durch die Europäische Kommission.<sup>15</sup> Die österreichische Rechtsprechung greift bei der Marktabgrenzung regelmäßig auf die in dieser Bekanntmachung festgehaltenen Grundsätze zurück.<sup>16</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass eine stärkere Berücksichtigung des globalen Wettbewerbs in der Bekanntmachung auch von der österreichischen Rechtsprechung rezipiert werden würde. Aus Sicht der Studienvereinigung

<sup>10</sup> RV 240 d.B., XXVII. GP.

<sup>11</sup> Europäische Kommission, White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies, COM(2020) 253 final, S. 29.

<sup>12</sup> Europäische Kommission 6.2.2019, M.8677 – *Siemens/Alstom*.

<sup>13</sup> Bundeskartellamt 27.4.2020 – *CRRC Luzhou Locomotives Co/Vossloh Locomotives GmbH*.

<sup>14</sup> Europäische Kommission 27.3.2017, M.7932 – *Dow/Dupont*; Europäische Kommission 21.3.2018 – *Bayer/Monsanto*.

<sup>15</sup> EU-Wettbewerbsrecht – Bekanntmachung über die Marktabgrenzung (Evaluierung), Ares(2020)1911361.

<sup>16</sup> Vgl etwa KOG 12.7.2018, 16 Ok 1/18k – *Flugticketbuchung*; KOG 8.10.2015, 16 Ok 6/15s – *Radiusklausel V*; KOG 12.12.2001, 16 Ok 8/10 – *Radiusklausel IV*; KOG 25.3.2009, 16 Ok 14/08 – *Radiusklausel II*; KOG 14.2.2005, 16 Ok 1/05 – *Lenzing/Tencel*.

spricht dies dafür, in dieser Hinsicht Entwicklungen auf der europäischen Ebene abzuwarten.

### 3.3. Mögliche Anpassung von § 12 Abs 2 Z 2 KartG

- (25) Für eine Nichtuntersagung von Zusammenschlüssen nach § 12 Abs 2 Z 2 KartG müssen nach derzeitiger Rechtslage zwei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: Zum einen muss der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit notwendig sein, zum anderen muss er auch volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein. Die Frage, inwieweit die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gegenüber nicht-europäischen Wettbewerbern im Rahmen der Fusionskontrolle berücksichtigt werden sollte, wird derzeit auf europäischer Ebene kontrovers diskutiert. Den damit verbundenen Vorteilen sind Nachteile unter anderem für Verbraucher und kleinere europäische Wettbewerber gegenüber zu stellen.<sup>17</sup>
- (26) Nach geltendem österreichischen Recht erfolgt diese Abwägung bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung gemäß § 12 Abs 2 Z 2 KartG. Im Rahmen dieser Prüfung ist der Zusammenschluss zum einen mit Blick auf die Ziele des magischen Vierecks (Vollbeschäftigung, Stabilität des Geldwerts, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und Wachstum) zu bewerten; zum anderen sind die volkswirtschaftlichen Vorteile den Wettbewerbsnachteilen gegenüberzustellen.<sup>18</sup> Die Studienvereinigung erlaubt sich den Hinweis, dass eine Entkoppelung der beiden Tatbestandsvoraussetzungen des § 12 Abs 2 Z 2 KartG<sup>19</sup> dazu führen könnte, dass Zusammenschlüsse bloß aufgrund ihres Beitrags zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit ohne Abwägung mit anderen volkswirtschaftlichen Zielen genehmigt werden müssten. Dies könnte zudem bestehende europarechtliche Bedenken<sup>20</sup> gegen die Regelung des § 12 Abs 2 Z 2 KartG verstärken.
- (27) Sollte über den bestehenden Gehalt des § 12 Abs 2 Z 2 KartG hinaus auch eine Einbeziehung weiterer öffentlicher Interessen erwogen werden, so regt die Studienvereinigung eine vertiefte Diskussion darüber an, ob die Abwägung gegenläufiger öffentlicher Interessen durch das Kartellgericht erfolgen sollte oder ob eine Entscheidung durch politisch verantwortliche Organe (entsprechend zB der Ministererlaubnis nach deutschem oder der *intervention notice* nach englischem Recht) vorzuziehen wäre.

### 3.4. Sonstige Überlegungen

- (28) Ferner regt die Studienvereinigung Kartellrecht eine Modifizierung des Vollzugsverbots (§ 17 KartG) analog den entsprechenden Regelungen in Italien an, wo ein angemeldeter Zusammenschluss durchgeführt werden darf, solange die Wettbewerbsbehörde die Durchführung nicht ausdrücklich untersagt (Art 17 des italienischen Wettbewerbsgesetzes). Ausnahmen vom Vollzugsverbot bei öffentlichen Übernahmeangeboten gibt es – wenn auch in etwas anderer Form – ebenso in Deutschland (§ 41 Abs 1a GWB) und in der EU-Fusionskontrolle (Art 7 Abs 2 FKVO), wobei in beiden Jurisdiktionen auch eine Befreiung vom Vollzugsverbot beantragt werden kann (§ 41 Abs 2 GWB und Art 7 Abs 3 FKVO). Eine Modifizierung der Regelungen über das Vollzugsverbot (nach dem "italienischen Modell" oder durch Einführung einer Ausnahmeregelung für öffentliche Übernahmeangebote und der Möglichkeit einer Befreiung vom Vollzugsverbot in begründeten Fällen) wäre aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert, da § 17

<sup>17</sup> Hierzu etwa Bundeswettbewerbsbehörde, Positionspapier zu nationalen und europäischen Champions in der Fusionskontrolle, November 2019.

<sup>18</sup> *Urlesberger* in: Petsche/*Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup> (2016), § 12 KartG, Rn 65.

<sup>19</sup> Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Entwurf der KartG-Nov 2016, 9/SN-230/ME XXV. GP, S. 4f.

<sup>20</sup> Vgl. *Urlesberger* in: Petsche/*Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup>, § 12 KartG, Rn 61; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht<sup>2</sup>, S. 46.



KartG in der derzeit geltenden Fassung in der Praxis immer wieder nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten bereitet.<sup>21</sup> Die in § 11 Abs 4 KartG vorgesehene Möglichkeit, einen Prüfungsverzicht zu beantragen, verkürzt die Stillhalteverpflichtung nur um 10 Tage, weil sich BWB und Bundeskartellanwalt verpflichtet erachten, die zweiwöchige Frist zur Abgabe von Stellungnahmen interessierter Dritter und zusätzliche drei Tage für den Postlauf abzuwarten, bevor ein beantragter Prüfungsverzicht erteilt wird. § 11 Abs 4 KartG verschafft dem Antragsteller auch kein Recht auf Erteilung des Prüfungsverzichts und stellt keine Kriterien für die Erteilung auf. Der Vollständigkeit halber stellt die Studienvereinigung Kartellrecht aber an dieser Stelle klar, dass das Instrument des Prüfungsverzichts von den Amtsparteien in der Praxis konstruktiv gehandhabt wird.

- (29) Ein weiteres Thema, das aus Sicht der Studienvereinigung einer Klarstellung bedürfte, wäre der Umgang mit 25%-Beteiligungen, insbesondere die Umsatzzurechnung (§ 22 Z 1 KartG) und die materielle Beurteilung von bestehenden 25%-Beteiligungen des Erwerbers bzw des Erwerbs einer bloßen Minderheitsbeteiligung von 25% oder mehr ohne damit einhergehende (gemeinsame) Kontrolle. Unstrittig ist, dass der Erwerb einer derartigen Minderheitsbeteiligung als Formaltatbestand anmeldepflichtig ist. Damit soll in „möglicherweise problematischen Fällen“ eine Prüfungsmöglichkeit eröffnet werden.<sup>22</sup>
- (30) Eine Einbeziehung aller Beteiligungen oder Gesellschafter von 25% oder mehr (ohne Mitkontrolle) für die Zwecke der Umsatzzurechnung (§ 22 Z 1 KartG) erscheint allerdings – nicht zuletzt aufgrund der ohnehin im internationalen Vergleich sehr niedrigen Anmeldeschwellen – zu weitgehend. Die nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut infolge der Zusammenrechnungsregelung in § 22 Z 1 KartG gebotene vollständige Hinzurechnung dieser Umsatzerlöse ist rechtsvergleichend völlig unüblich (vgl beispielsweise Art 5 Abs 4 FKVO oder §§ 36 Abs 2 iVm 38 Abs 1 GWB) und auch wenig praktikabel (insbesondere da Umsätze aus nichtkontrollierenden Beteiligungen bzw. von nichtkontrollierenden Gesellschaftern regelmäßig nicht im Wege der Konsolidierung berücksichtigt werden und die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen häufig gar nicht die Möglichkeit haben, derartige Umsatzinformationen zu erlangen). Insbesondere sollten gerade die Bestimmungen über die Anmeldepflicht (und die damit unmittelbar verbundene Umsatzberechnung) klare und eindeutige Regelungen enthalten, ohne dass dafür akribische Kenntnisse der einschlägigen, älteren OGH-Judikatur (durch die die uferlose Umsatzzurechnung bei derartigen Konstellationen zumindest teilweise eingeschränkt wurde<sup>23</sup>) erforderlich sind. Die Studienvereinigung regt daher an, in § 22 Z 1 KartG klarzustellen, dass eine Umsatzzurechnung nur bei (zumindest gemeinsamer) Kontrolle zu erfolgen hat.
- (31) Was die Frage der Zurechnung von Marktanteilen betrifft, so kann eine automatische Zurechnung bei der materiellen Prüfung, ob ein Anteilserwerb von 25% oder mehr (ohne Kontrollrechte) eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärken lässt, nach der Rechtsprechung unzulässig sein. Laut der in der FN 22 zitierten *Linde* Entscheidung (die noch zum KartG 1988 erging) ist nämlich zu prüfen, wie groß die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten sind bzw wie weit nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit einem abgestimmten Marktverhalten zu rechnen ist. Hierfür bedarf es laut KOG besonderer Einflussmöglichkeiten.

<sup>21</sup> Gerade bei öffentlichen Übernahmeangeboten ist nämlich infolge der Publizität der Anmeldung (§ 10 Abs 3 KartG) eine Anmeldung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Angebotsabsicht nicht möglich. Wenn das Zusammenschlussvorhaben aber erst danach durchgeführt wird, kann es gerade bei ausländischen Übernahmeangeboten zu Konflikten zwischen dem Vollzugsverbot und den anwendbaren börse- bzw übernahmerechtlichen Vorgaben kommen.

<sup>22</sup> Siehe dazu 16 Ok 9/01, *Wolters Kluwer/Linde* sowie die dort zitierte Literatur.

<sup>23</sup> Siehe dazu 16 Ok 16/98, *Spar*, 16 Ok 9/01, *Wolters Kluwer/Linde* und 16 Ok 12/08, *RAG mwN*.

- (32) Hier muss aber wohl noch ein qualitativer Unterschied zur (gemeinsamen) Kontrolle bestehen, denn sonst wäre der 25%-Tatbestand ja gänzlich obsolet. Zu denken ist hier zB an den Fall, dass der Minderheitsgesellschafter aufgrund überschneidender Geschäftstätigkeiten bzw eines besonderen Know-hows im Tätigkeitsbereich des Targets ein besonderes Interesse am Marktverhalten des Targets haben könnte und eine entsprechende Einflussnahme daher wahrscheinlich ist und von den übrigen Gesellschaftern toleriert würde.
- (33) Im Gegensatz dazu sieht § 21 Z 2 KartG 2005 (gleichlautend die Bestimmung des § 2 Z 2 KartG 1988) vor, dass die Marktanteile von Unternehmen, die in der im § 7 KartG beschriebenen Form (also ua über 25%-Beteiligungen) verbunden sind, zusammenzurechnen sind, da derart verbundene Unternehmen als ein einziges Unternehmen anzusehen sind. Soweit ersichtlich geht die Bundeswettbewerbsbehörde auf dieser Grundlage davon aus, dass im Normalfall eine automatische Zurechnung von Marktanteilen erfolgt. Um hier einen Gleichklang mit der Rechtsprechung herzustellen, sollte diese Bestimmung daher im Sinne einer Klarstellung wie oben ausgeführt angepasst werden. Hilfreich wäre hier auch die Aufnahme von Kriterien, aufgrund derer im Falle einer Minderheitsbeteiligung von einem Einfluss des Minderheitsgesellschafters auszugehen ist, der zu einer vollen Zurechnung von Marktanteilen führt. Dann läge es zunächst an den Behörden darzutun, weshalb eine Zurechnung zu erfolgen hat, obwohl keine Einflussmöglichkeiten bestehen, die (gemeinsame) Kontrolle vermitteln.

#### **4. § 10 KartG – Klarstellung, dass auch elektronische Zusammenschlussanmeldungen zulässig sind**

- (34) Die Studienvereinigung befürwortet eine gesetzliche Klarstellung bzw Festlegung, dass die Einbringung von Zusammenschlussanmeldungen bei der BWB gem § 10 KartG auch auf elektronischem Weg sowie die Nutzung des ERV zulässig sein sollen.
- (35) Die Praxis der vergangenen Monate hat gezeigt, dass die Einbringung von Zusammenschlussanmeldungen mittels Web-ERV gut funktioniert. Noch einfacher könnte die Einbringung von Anmeldungen durch Rechtsanwälte ablaufen, wenn zur Entrichtung der Pauschalgebühr von EUR 3.500 neben den von der BWB derzeit gemäß § 10a WettbG festgelegten Entrichtungsarten auch ein automatisierter Gebühreneinzug – in der Art wie dies im GGG für Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren vorgesehen ist – zulässig wäre. Hierfür regen wir an, die Möglichkeit des Gebühreneinzuges in § 10a Abs 1 WettbG gesetzlich vorzusehen.

#### **5. Verbesserungen der Aufsicht über marktmächtige Unternehmen**

##### **5.1. Einleitende Bemerkungen**

- (36) Das aufgrund der Digitalisierung veränderte Wirtschaftsumfeld stellt auch das Kartellrecht vor neue Sachverhalte und Fragestellungen. Neue Herausforderungen gibt es dabei insbesondere (aber nicht nur) im Bereich der Missbrauchskontrolle. Reichen die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regeln im Bereich der Missbrauchskontrolle aus, um diesen neuen Herausforderungen zu begegnen? Oder sind Anpassungen erforderlich?
- (37) Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass diese Frage noch nicht abschließend beurteilt werden kann, sondern zunächst eine an Wissenschaft und Praxis orientierte Diskussion und Evaluierung anhand bereits bekannter und möglicher zukünftiger Sachverhalte und erster Anwendungsfälle geführt werden sollte. Wesentlich erscheint der Studienvereinigung, dass nationale "Alleingänge" aktuellen Konsultationsprozessen auf europäischer Ebene nicht vorgreifen sollten. Erwähnt seien in diesem Zusammen-

hang insbesondere die Überarbeitung der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Marktabgrenzung sowie die laufenden Konsultationen über ein Instrument zur Ex-Ante-Regulierung großer Online-Plattformen sowie über ein "New Competition Tool".

- (38) Dies vorausgeschickt hat die Studienvereinigung folgende Überlegungen in Bezug auf allfällige Anpassungen im Bereich der Missbrauchskontrolle:

## 5.2. Marktdefinition und Marktbeherrschung

- (39) Die Bestimmung des § 4 KartG, insbesondere § 4 Abs 1 Z 2 KartG, lässt bei der Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung einen breiten Beurteilungsspielraum. Sie ermöglicht auch die Berücksichtigung von Faktoren, welche für die Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen in der Digitalwirtschaft besonders relevant sein können (zB Netzwerkeffekte, Wechselbarrieren, Zugang zu Nutzerdaten, usw.).<sup>24</sup>
- (40) Sowohl die Europäische Kommission als auch nationale Wettbewerbsbehörden haben in den letzten Jahren verstärkt Verhaltensweisen großer Technologie- und Internetunternehmen auf der Grundlage des Missbrauchsverbots des Art 102 AEUV und der entsprechenden nationalen Parallelbestimmungen untersucht. In mehreren Fällen haben sie solche Verhaltensweisen auch sanktioniert und/oder eine Änderung dieser Verhaltensweisen erwirkt.<sup>25</sup> Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis beispielsweise entschieden, dass auch die Erbringung unentgeltlicher Leistungen – ein in der Digitalwirtschaft insbesondere im Bereich von Plattformen häufiges Geschäftsmodell – einen Markt darstellen oder Teil eines Marktes sein kann und Unternehmen im Bereich der Erbringung unentgeltlicher Leistungen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen können.<sup>26</sup> Ebenso hat die Europäische Kommission auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage direkte und indirekte Netzwerkeffekte und damit verbundene Größenvorteile, das Nutzungsverhalten der Kunden (zB Multi-Homing oder Single-Homing), Wechselkosten und den Zugang zu Daten berücksichtigt, wenn sie die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen untersucht hat.<sup>27</sup>
- (41) Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht hat sich das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung in diesen Fällen bisher als hinreichend flexibel und offen für neue digitale Sachverhalte erwiesen. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist daher der Auffassung, dass die aktuellen Regelungen über die Marktbeherrschung in § 4 KartG "digitalisierungstauglich" sind und derzeit keiner Ergänzung bedürfen. Auch die Aufnahme weiterer Vermutungsregelungen in § 4 KartG erscheint aktuell weder notwendig noch gerechtfertigt. Im Gegenteil: Es hat sich gezeigt, dass insb den Vermutungstatbeständen in §4 Abs 2, Z 2 und 3 KartG in der Praxis wenig Relevanz zukommt. Daran wird nach unserer Überzeugung auch die Digitalisierung nichts ändern. Wir schlagen daher vor, diese beiden Vermutungstatbestände zu streichen. Damit würden die Vermutungstatbestände zu kollektiver Marktbeherrschung auch an § 18 Abs 6 GWB angepasst.

<sup>24</sup> Vgl in diesem Sinne auch BWB, Thesenpapier – Digitalisierung und Wettbewerbsrecht, Juni 2020, S.5.

<sup>25</sup> Vgl Europäische Kommission, Presseaussendung zum Beschluss vom 20.3.2019, Fall AT.40411 - *Google Search (AdSense)*; Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*; Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; Europäische Kommission, Beschluss vom 4.5.2017, Fall AT.40153 – *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

<sup>26</sup> Vgl Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*; Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

<sup>27</sup> Vgl Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*; Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*; Europäische Kommission, Beschluss vom 4.5.2017, Fall AT.40153 – *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

- (42) Wichtig für die Praxis ist nach Auffassung der Studienvereinigung das Konzept der relativen Marktmacht nach § 4 Abs 3 KartG. Um klarer zu machen, dass es sich bei § 4 Abs 3 KartG um einen eigenständigen Marktbeherrschungstatbestand handelt, und nicht um eine Konkretisierung des in § 4 Abs 1 Z 1 KartG geregelten Grundsatzes des fehlenden wirksamen Wettbewerbs, regen wir an, die Eigenständigkeit der relativen Marktmacht als Anknüpfungskriterium für die Missbrauchsaufsicht zu stärken. Zu diesem Zweck könnte diese Regelung in eine gesonderte Bestimmung übergeleitet werden, allenfalls angelehnt an das Behinderungsverbot nach § 20 GWB. Speziell mit Blick auf die Digitalwirtschaft könnte dabei – den Überlegungen in Deutschland folgend – klargestellt werden, dass relative Marktbeherrschung auch dann anzunehmen ist, wenn ein Unternehmen auf den Zugang zu bestimmten Daten angewiesen ist. Zugleich könnte eine Harmonisierung und Zusammenführung mit dem Nahversorgungsgesetz vorgenommen werden, welches – zur Umsetzung der UTP-Richtlinie – wohl ohnehin novelliert werden sollte.
- (43) Eine an § 18 Abs 3a GWB angelehnte Bestimmung, die beispielhaft Kriterien aufzählt, welche bei der Beurteilung von Marktbeherrschung bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken zu berücksichtigen sind, ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im Lichte der bestehenden Fallpraxis hingegen nicht notwendig. Auch eine Kodifizierung von "Intermediationsmacht" als eine besondere Form von Marktmacht (vgl § 18 Abs 3b GWB im Referenten-Entwurf zur 10. GWB-Novelle) scheint derzeit nicht angezeigt.
- (44) Die Studienvereinigung ist außerdem der Auffassung, dass eine Regelung wie die im Referenten-Entwurf zur 10. GWB-Novelle vorgesehene Bestimmung des § 19a GWB, die zusätzliche Eingriffsbefugnisse gegenüber Unternehmen mit zuvor festgestellter überragender marktübergreifender Bedeutung vorsieht, unvereinbar mit dem System des österreichischen Kartellrechtvollzugs wäre (in dem die BWB Ermittlungsbehörde, grundsätzlich aber nicht Entscheidungsbehörde ist). Außerdem hat die Europäische Kommission am 2.6.2020 einen Konsultationsprozess über ein Instrument zur Ex-Ante-Regulierung großer Online-Plattformen initiiert.<sup>28</sup> Den Ergebnissen dieses Prozesses sollte durch gesetzgeberische Maßnahmen auf nationaler Ebene nicht vorgegriffen werden.
- (45) Darüber hinaus spricht sich die Studienvereinigung Kartellrecht dafür aus, auch die übrigen aktuellen Entwicklungen auf der Ebene der Europäischen Kommission in diesem Bereich abzuwarten, insbesondere den ebenfalls am 2.6.2020 eingeleiteten Konsultationsprozess über ein "New Competition Tool"<sup>29</sup> sowie die geplante Überarbeitung der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes aus dem Jahr 1997.<sup>30</sup> Wir schicken aber vorweg, dass wir der Möglichkeit einer ex-ante Regulierung, insb aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in Grundrechte, skeptisch gegenüberstehen.

<sup>28</sup> Vgl den Konsultationsprozess der Europäischen Kommission über ein "Legislativpaket über digitale Dienste – Instrument zur Vorabregulierung sehr großer Online-Plattformen, die als Torwächter fungieren": <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers> (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>29</sup> Vgl den Konsultationsprozess der Europäischen Kommission betreffend "Binnenmarkt – neues Zusatz-Instrument zur besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts": <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool> (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>30</sup> Vgl den Konsultationsprozess der Europäischen Kommission zur Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktabgrenzung: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law> (aufgerufen am 02.07.2020).

### 5.3. Missbrauchstatbestände

- (46) Die Generalklausel des § 5 KartG (ebenso wie jene des Art 102 AEUV) ist offen formuliert und verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unabhängig davon, ob dieser in der analogen oder digitalen Welt stattfindet. Die Aufzählungen der Beispielstatbestände in § 5 KartG und Art 102 AEUV sind außerdem nicht abschließend. § 5 KartG ist daher grundsätzlich geeignet, auch neue digitale Sachverhalte zu erfassen.<sup>31</sup>
- (47) Die Europäische Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden haben in den letzten Jahren Verhaltensweisen marktmächtiger Technologie- und Internetunternehmen auf der Grundlage der aktuellen Rechtslage geprüft. Bei der Betrachtung dieser Fälle zeigt sich nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht, dass sich viele der untersuchten Verhaltensweisen ohne allzu große Schwierigkeiten Fallgruppen zuordnen lassen, die aus der Entscheidungspraxis der Behörden zu analogen Sachverhalten bekannt sind:
- So handelt es sich etwa bei den Verhaltensweisen, die Gegenstand der Untersuchung der Europäischen Kommission im Verfahren *Google Android*<sup>32</sup> waren, im Wesentlichen um Koppelungsgeschäfte und Anreize für eine Exklusivität. Die Untersuchung der Europäischen Kommission im Verfahren *Google Search (AdSense)*<sup>33</sup> betraf im Kern ebenfalls eine Ausschließlichkeitsbindung.
  - Die Entscheidung des Bundeskartellamts in der Sache *Facebook*<sup>34</sup> und die gemeinsamen Untersuchungen der BWB und des Bundeskartellamts betreffend Geschäftspraktiken von *Amazon*<sup>35</sup> betrafen (behauptete) Konditionenmissbräuche.<sup>36</sup>
  - Die französische *Autorité de la Concurrence* ist in einem Verfahren gegen Google zu der Auffassung gelangt, dass Googles Geschäftsbedingungen im Bereich Onlinewerbung und Suchresultate intransparent und diskriminierend gewesen seien.<sup>37</sup> Auch dieses Verfahren betraf somit einen Konditionen- bzw. Diskriminierungsmissbrauch, wie er auch aus analogen Sachverhalten bekannt ist.
  - Fälle wie *Google Shopping* (Europäische Kommission)<sup>38</sup> oder *Streetmap/Google* (britische Wettbewerbsbehörde)<sup>39</sup> zeigen, dass bei Plattformen mit Doppelfunktion eine Selbstbegünstigung (*self preferencing*) bzw. eine Schlechterstellung von Wettbewerbern möglich ist.<sup>40</sup> Aber auch *self preferencing* ist nicht allein ein Problem von digitalen Plattformen. Auch bei vertikal integrierten Unternehmen außerhalb der "Digital Economy" stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Selbstbegünstigung.
- (48) Es ist nicht ausgeschlossen, dass bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit von Verhaltensweisen in der Digitalwirtschaft auch neue Fragestellungen relevant werden, welche bei der Beurteilung analoger Sachverhalte bisher keine oder nur eine untergeordnete

<sup>31</sup> Vgl. in diesem Sinne auch BWB, Thesenpapier – Digitalisierung und Wettbewerbsrecht, Juni 2020, S.5 f.

<sup>32</sup> Europäische Kommission, Beschluss vom 18.7.2018, Fall AT.40099 – *Google Android*.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Presseaussendung zum Beschluss vom 20.3.2019, Fall AT.40411 – *Google Search (AdSense)*.

<sup>34</sup> Bundeskartellamt, Beschluss vom 6.2.2019, Fall B6-22/16 – *Facebook*.

<sup>35</sup> Vgl. die Presseaussendung und den Fallbericht der BWB vom 17.7.2019.

<sup>36</sup> Die schnelle Beilegung dieser Verfahren kann als ein Indiz dafür gesehen werden, dass die herkömmlichen Instrumentarien des Kartellrechts für derartige Fallkonstellationen durchaus angemessen und ausreichend sind.

<sup>37</sup> *Autorité de la Concurrence*, Presseaussendung zum Beschluss vom 19.12.2019, Fall 19-D-26, *Google*.

<sup>38</sup> Europäische Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

<sup>39</sup> High Court of Justice UK, EWHC 253 (Ch), Urteil vom 12.2.2016, *Streetmap/Google*.

<sup>40</sup> Zu erwähnen sind hier auch die Themen, welche die Europäische Kommission derzeit hinsichtlich Amazon untersucht (vgl. Europäische Kommission, Presseaussendung vom 17.7.2019, Fall AT.40462 – *Amazon Marketplace*).

Rolle gespielt haben und deren Beantwortung durch die bestehende Fallpraxis noch nicht genau vorgezeichnet ist. Die Entwicklung der Entscheidungspraxis insbesondere der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des EuGH auf Basis der aktuellen Rechtslage sollte jedoch abgewartet werden.

- (49) Die Studienvereinigung Kartellrecht ist daher der Auffassung, dass zumindest derzeit kein Bedarf für eine Änderung des ohnehin offen und flexibel formulierten § 5 KartG besteht. Auch eine Ergänzung des § 5 KartG um weitere Vermutungsbestimmungen ist nicht erforderlich.

#### 5.4. Digitale Plattformen als "Gatekeeper"?

- (50) Im Zusammenhang mit (großen) digitalen Plattformen wird das strukturelle Wettbewerbsproblem "Gatekeeping" diskutiert. Auch dieses Thema ist jedoch nicht neu und wurde von der BWB im oben erwähnten Verfahren betreffend *Amazon* auf Basis der aktuellen Rechtslage bereits wirksam aufgegriffen.<sup>41</sup>
- (51) Im Referenten-Entwurf zur 10. GWB-Novelle findet sich ein Ansatz zur Verfolgung von Wettbewerbsgefährdungen ausgehend von Unternehmen mit Gatekeeper-Positionen. Dieser Ansatz besteht darin, den Schutzbereich des Verbots von Verhaltensweisen von Unternehmen mit relativer Marktmacht (§ 20 Abs 1 GWB) von kleinen und mittleren Unternehmen auf große Unternehmen zu erweitern.<sup>42</sup> Da der Schutzbereich des § 4 Abs 3 KartG bereits heute Unternehmen jeder Größe umfasst, besteht insofern kein Anpassungsbedarf im österreichischen Recht.
- (52) Außerdem bestehen auf EU-Ebene Überlegungen, neue Vorschriften für digitale Plattformen mit einer Gatekeeper-Funktion einzuführen.<sup>43</sup> Die diesbezüglichen Konsultationsprozesse auf EU-Ebene sollten wie erwähnt abgewartet werden. Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass die bestehenden österreichischen Regelungen derzeit ausreichen, um mögliche Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit "Gatekeepern" zu adressieren.
- (53) Aus praktischer Sicht interessant ist in diesem Zusammenhang die Zusammenarbeit zwischen der BWB und dem Fachbereich Telekommunikation und Post der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH ("RTR") zum Zweck eines Monitorings digitaler "Gatekeeper". Das Monitoring fokussiert nach eigenen Angaben der RTR auf Plattformen und größere "Ökosysteme", deren Marktmacht und deren Verhalten, etwa hinsichtlich einer Unterdrückung von Wettbewerbsdruck durch Dritte am und um den Markt.<sup>44</sup> Dazu hat die RTR erst kürzlich ein Methodenpapier vorgestellt, welches die Vorgehensweise und die Aspekte erklärt, die in der Gesamtanalyse aufgegriffen werden.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Vgl die Presseaussendung und den Fallbericht der BWB vom 17.7.2019; vgl außerdem die Stellungnahme des Handelsverbandes zu diesem Verfahren: <https://www.handelsverband.at/presse/presseaussendungen/handelsverband-gewinnt-gegen-amazon-und-stellt-fair-play-her/> (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>42</sup> Referenten-Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) ("**Referenten-Entwurf zur 10. GWB-Novelle**"), S. 81.

<sup>43</sup> Vgl die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 2.6.2020, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_20\\_977](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_977) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>44</sup> Vgl die Pressemitteilung der BWB vom 22.5.2020, abrufbar unter: [https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/rtr\\_praesentiert\\_methodenpapier\\_in\\_enger\\_kooperation\\_mit\\_bwb\\_zu\\_monitoring\\_digitaler\\_plattformen/](https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/rtr_praesentiert_methodenpapier_in_enger_kooperation_mit_bwb_zu_monitoring_digitaler_plattformen/) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>45</sup> Vgl das Methodenpapier der RTR "Monitoring von digitalen Kommunikationsplattformen und Gatekeepern des offenen Internetzugangs" vom 19.5.2020, abrufbar unter: [https://www.rtr.at/de/inf/plattformen-monitoring-methoden/RTR\\_Monitoring\\_von\\_digitalen\\_Kommunikations-Plattformen\\_und\\_Gatekeepern\\_des\\_offenen\\_Internetzugangs.pdf](https://www.rtr.at/de/inf/plattformen-monitoring-methoden/RTR_Monitoring_von_digitalen_Kommunikations-Plattformen_und_Gatekeepern_des_offenen_Internetzugangs.pdf) (aufgerufen am 02.07.2020).

- (54) Mit der zunehmenden Relevanz digitaler Plattformen und Netzwerke könnte die praktische Bedeutung der RTR für kartellrechtliche Themen und Verfahren daher zunehmen. Eine Änderung der kartellgesetzlichen Bestimmungen betreffend die Rolle der Regulatoren im kartellgerichtlichen Verfahren (§ 36 Abs 4 Z 2, § 46 und § 47 Abs 1 KartG) ist derzeit jedoch nicht notwendig.

### 5.5. "Tipping" von Märkten

- (55) Eine im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie ("BMWi") durchgeführte Studie definiert "Tipping" als die „*Transformation eines durch starke positive Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt*“.<sup>46</sup> Die Empfehlung der Studie, einen entsprechenden Eingriffstatbestand im GWB vorzusehen, wurde mit der Aufnahme des § 20 Abs 3a GWB in den Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle umgesetzt.<sup>47</sup> Das Hauptargument für diesen Eingriffstatbestand besteht darin, dass ein schnelles Eingreifen der Wettbewerbsbehörden bei der gezielten Herbeiführung eines "Tipping" mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln notwendig sei und ein einmal erfolgtes "Tipping" praktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.<sup>48</sup>
- (56) Das Bundeskartellamt hat "Tipping" bereits in seiner Entscheidungspraxis als Phänomen festgestellt.<sup>49</sup> Die zitierte Studie hat in diesem Zusammenhang auch mögliche Lücken im deutschen Kartellrecht identifiziert, da unilaterale Verhaltensweisen zur Herbeiführung des „Tipping“ mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln in Deutschland derzeit nicht rechtzeitig untersagt werden könnten. Auch die oben bereits erwähnte Initiative der Europäischen Kommission zur Einführung eines "New Competition Tool" soll es der Europäischen Kommission unter anderem ermöglichen, in einem frühen Stadium Maßnahmen zu setzen, die ein "Tipping" von Märkten verhindern.
- (57) Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich derzeit dafür aus, die weiteren Entwicklungen auf der Ebene der Europäischen Kommission in diesem Bereich abzuwarten und keinen nationalen "Alleingang" zu beschreiten.
- (58) Sollte ein solcher Eingriffstatbestand dennoch eingeführt werden, könnte sich sein Wortlaut am deutschen Vorbild orientieren und wie folgt lauten:
- "Ein Missbrauch im Sinne des § 5 Abs 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und damit die ernstliche Gefahr begründet, dass der Wettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird."*
- (59) Dem deutschen Beispiel folgend, ist die Studienvereinigung Kartellrecht ebenfalls der Meinung, dass – sollte eine derartige Bestimmung eingeführt werden – diese offen formuliert werden und ohne Nennung von Regelbeispielen erfolgen sollte.

<sup>46</sup> Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.

<sup>47</sup> Der Entwurf des § 20 Abs 3a GWB lautet wie folgt: "Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird."

<sup>48</sup> Referenten-Entwurf zur 10. GWB-Novelle, S. 85.

<sup>49</sup> Vgl Bundeskartellamt, Entscheidung vom 25.6.2015, B6–39/15 – Immowelt/Immonet, Entscheidung vom 4.12.2017, B6–132/14-2 – CTS Eventim, Rn. 169; und Entscheidung vom 6.2.2019, B6–22/16 – Facebook, Rn. 387 u.a.

## 5.6. Einstweiliger Rechtsschutz

- (60) Das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes kann in einem dynamischen Marktumfeld dazu dienen, die Rechtzeitigkeit des Eingreifens von Wettbewerbsbehörden sicherzustellen.<sup>50</sup> Dies gilt insbesondere für den Bereich der Missbrauchskontrolle.
- (61) In Österreich kommt dem Instrument der einstweiligen Verfügung (§ 48 KartG) in der Praxis eine eher untergeordnete Bedeutung zu (nicht zuletzt weil BWB und Bundeskartellanwalt praktisch keine solchen Anträge auf einstweilige Verfügung stellen). Nach den Wahrnehmungen der Studienvereinigung Kartellrecht dürfte dies jedoch dem Umstand geschuldet sein, dass der Schwerpunkt der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren auf horizontalen Kartellen und vertikalen Vereinbarungen sowie auf Verstößen gegen das Durchführungsverbot (der Zusammenschlusskontrolle) lag. In diesen Fallkonstellationen kommt dem einstweiligen Rechtsschutz naturgemäß geringere Bedeutung zu als im Bereich der Missbrauchskontrolle. In von privaten Antragstellern eingeleiteten Missbrauchsverfahren wurden einstweilige Verfügungen demgegenüber in einigen Fällen beantragt<sup>51</sup> und auch gewährt.<sup>52</sup>
- (62) Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 48 KartG sind sowohl in verfahrens- als auch in materiellrechtlicher Hinsicht im internationalen Vergleich niedrig. In zeitkritischen Fällen könnte allenfalls der Umstand ein Hindernis darstellen, dass nach ständiger Rechtsprechung nur aktuell vorliegende, nicht aber drohende Verstöße vom Kartellgericht (vorbeugend) abgestellt werden können.<sup>53</sup> Nach österreichischem Recht können bei Erstbegehungsgefahr zwar zivilrechtliche Unterlassungsansprüche greifen;<sup>54</sup> bei unvertretbarer Rechtsauffassung<sup>55</sup> ist ferner eine vorbeugende Unterlassungsklage nach § 14 UWG möglich. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht erschiene es aber zweckmäßig, die Abstellungsbefugnis des Kartellgerichts durch Schaffung einer Befugnis zur (vorbeugenden) Abstellung an die Kompetenzen der ordentlichen Gerichte anzugleichen. Dieses Angleichen sollte aber umfassen, dass eine solche vorbeugende einstweilige Verfügung nicht nur der Abstellung unmittelbar drohender Verstöße, sondern auch der Vermeidung unmittelbar drohender, unwiederbringlicher Schäden zu dienen hat.

## 6. *Möglichkeiten der Berücksichtigung einer ökologisch nachhaltigen, klimaneutralen und ressourceneffizienten Wirtschaft im Rahmen der Kartellrechtsvollziehung*

### 6.1 Einleitende Bemerkung

- (63) Der „Green Deal“ der Europäischen Kommission und die vorangegangenen politischen Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene ("Fridays-for-Future"-Bewegung) haben europaweit zu einer Neubewertung des Verhältnisses von Wettbewerb

<sup>50</sup> Digital Competition Expert Panel (UK), Unlocking digital competition, 2019 ("Furman report"), Rn 3.121 ff; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 (DE), Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 74 ff.

<sup>51</sup> Abgewiesen zB KOG 26.6.2014, 16 Ok 10/13; KOG 26.6.2014, 16 Ok 12/13.

<sup>52</sup> Gewährt zB KOG 1.10.2012, 16 Ok 1/12; KG 19.12.2017, 25 Kt 2/17g.

<sup>53</sup> KOG 16.12.2002, 16 Ok 7/02; KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02; KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08; KOG 12.7.2018, 16 Ok 1/18k.

<sup>54</sup> KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02; KOG 19.1.2009, 16 Ok 13/08.

<sup>55</sup> OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s.



und Nachhaltigkeit geführt.<sup>56</sup> Diesbezügliche Fragen wurden zuletzt nicht nur in mehreren Staaten Europas erörtert,<sup>57</sup> Behandlung finden sie insbesondere auch in den aktuellen Konsultationsprozessen der Europäischen Kommission.<sup>58;59</sup> Die Studienvereinigung begrüßt daher die Anregung einer Diskussion über das Verhältnis von Nachhaltigkeit und Wettbewerb. Angesichts des weitgehenden Gleichklangs nationaler und unionsrechtlicher Vorschriften im Bereich des Wettbewerbsrechts<sup>60</sup> erscheint es jedenfalls zweckmäßig, die Ergebnisse des innerstaatlichen Diskurses auch in die Debatte auf Unionsebene einfließen zu lassen.

- (64) Für die Unternehmen bringt diese Neuorientierung ein erhöhtes Maß an Rechtsunsicherheit mit sich. Im geänderten politischen Umfeld sind die Marktteilnehmer vielfach mit politischen Wünschen nach Branchenlösungen zur Gewährleistung einer nachhaltigen Wirtschaft konfrontiert. Zugleich sind sie dem Risiko ausgesetzt, dass die Befolgung dieser Wünsche im Nachhinein von einer Wettbewerbsbehörde oder einem Zivilgericht als Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 KartG/Art 101 AEUV oder gegen das Missbrauchsverbot nach § 5 KartG/Art 102 AEUV gewertet werden könnte. Im Zweifel – wenn sich ein bestimmtes Verhalten nicht eindeutig als rechtskonform qualifizieren lässt – entspricht es der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung, auf eine Beteiligung an den betreffenden Initiativen zu verzichten.
- (65) Im Bereich der Fusionskontrolle zieht die Bundeswettbewerbsbehörde schon im Thesenpapier „Digitalisierung und Wettbewerb“ eine Weiterentwicklung der Fusionskontrolle durch die Einführung von „Nachhaltigkeitschecks“ zur Berücksichtigung weiterer Faktoren, wie etwa die Auswirkungen auf die Konsumenten oder eine Region, in Erwägung.<sup>61</sup> Im Rahmen einer Kommentierung dieses Thesenpapiers merkte die Studienvereinigung bereits damals an, dass Nachhaltigkeitsaspekte auch durch eine Neuinterpretation oder Änderung des § 12 Abs 2 Z 2 KartG Berücksichtigung finden könnten.<sup>62</sup>
- (66) Dies vorausgeschickt hat die Studienvereinigung folgende Überlegungen zur Regelung dieser Themen in der Kartellrechtsnovelle 2021:

<sup>56</sup> In anderen Bereichen des (EU-)Wettbewerbsrechts, namentlich dem Vergabe- und dem Beihilfenrecht, wurde die (stärkere) Integration von Umweltaspekten bereits vollzogen.

<sup>57</sup> Etwa in den Niederlanden, wo das Vorhaben, Nachhaltigkeitsaspekte als mögliche Rechtfertigungsgründe im nationalen Wettbewerbsgesetz zu verankern, nach einer ablehnenden Stellungnahme der Europäischen Kommission nur eingeschränkt umgesetzt wurde (die Stellungnahme ist hier abrufbar: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-775505.html>; weitere Nachweise bei Brook, Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities, CMLR 2019, 121) oder im Vereinigten Königreich (siehe dazu die Nachweise bei Townley, Which Goals Count in Article 101 TFEU?: Public Policy and Its discontents, ECLR 2011, 441).

<sup>58</sup> So wurde im Rahmen der öffentlichen Konsultation betreffend die FuE-GVO, die SpezGVO und die Horizontal-LL in mehreren Stellungnahmen – darunter auch jener der Studienvereinigung Kartellrecht – der Wunsch nach mehr Klarheit zum Verhältnis Nachhaltigkeit und Wettbewerb eingefordert (vgl dazu die Zusammenfassung des Konsultationsergebnisses, S 19, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11886-Evaluation-of-EU-competition-rules-on-horizontal-agreements/public-consultation>).

<sup>59</sup> In einer am 31.01.2019 angenommenen Entschließung forderte überdies das Europäische Parlament, „dass die Wettbewerbsregeln [...] vor dem Hintergrund der übergeordneten europäischen Werte gesehen werden sollten, die dem Recht der Union in den Bereichen [...] Umweltnormen, Klimapolitik und Verbraucherschutz zugrunde liegen“ sowie, „dass durch die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts gegen alle Marktverzerrungen vorgegangen werden sollte, einschließlich derjenigen, die durch negative gesellschaftliche und ökologische externe Effekte verursacht werden“, T8-0062/2019.

<sup>60</sup> Die Entscheidungspraxis der Unionsorgane sowie die Leitlinien bzw Bekanntmachungen der Europäischen Kommission sind auch für die Auslegung der §§ 1 und 2 KartG heranzuziehen (vgl KOG 26.06.2006, 16 Ok 51/05, Asphaltmischanlage II).

<sup>61</sup> Bundeswettbewerbsbehörde, Thesenpapier „Digitalisierung und Wettbewerbsrecht“ (Juni 2020), verfügbar unter [www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Digitalisierung\\_und\\_Wettbewerbsrecht\\_Thesenpapier.pdf](http://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Digitalisierung_und_Wettbewerbsrecht_Thesenpapier.pdf) (aufgerufen am 02.07.2020), 8.

<sup>62</sup> Studienvereinigung Kartellrecht, „Stellungnahme zu BWB-Thesenpapier ‚Digitalisierung und Wettbewerbsrecht‘ aus November 2019“ (10. Jänner 2020) verfügbar unter [www.studienvereinigung-kartellrecht.de/publikationen/stellungnahmen](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/publikationen/stellungnahmen) (aufgerufen am 02.07.2020), 15f.

## 6.2 Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Beurteilung vermeintlich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

- (67) Die Einladung zur Stellungnahme weist zutreffend darauf hin, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sowohl nach Art 101 Abs 3 AEUV als auch nach § 2 Abs 1 KartG vom Kartellverbot freigestellt sein können, wenn durch sie (Kosteneinsparungen oder) qualitative Effizienzgewinne erzielt werden.
- (68) Trotz des relativ engen und auf wirtschaftliche Vorteile bezogenen Wortlauts dieser Bestimmungen, finden sich sowohl in der Entscheidungspraxis der Unionsgerichte<sup>63</sup> als auch der Europäischen Kommission<sup>64</sup> mehrfach Hinweise, wonach dem Art 101 Abs 3 AEUV auch Vorteile für die Umwelt oder andere nicht genuin wirtschaftliche Interessen subsumiert werden können – jedenfalls dann, wenn diese Interessen mit den Zielen der Union übereinstimmen.<sup>65</sup> Der Umweltschutz ist in Art 3 Abs 3 EUV ausdrücklich als Ziel der Union normiert. Nach Art 11 AEUV müssen außerdem „die Erfordernisse des Umweltschutzes [...] bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen [...] einbezogen werden“.<sup>66</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei Vollziehung des Wettbewerbsrechts primärrechtlich abgesichert.
- (69) Demgegenüber engen die aktuell noch gültigen – wenn auch weder für die nationalen noch die Unionsgerichte verbindlichen<sup>67</sup> – Leitlinien zur Anwendung von Art 101 Abs 3 AEUV<sup>68</sup> den Spielraum für eine Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Ziele erheblich ein. Sie sehen eine Freistellungsmöglichkeit zunächst nur für „wirtschaftliche Effizienzgewinne“ vor.<sup>69</sup> Diese müssten quantifizierbar<sup>70</sup> oder zumindest objektivierbar sein,<sup>71</sup> wobei die Anforderungen für erst auf lange Sicht erreichte Vorteile nochmals höher liegen;<sup>72</sup> indirekte Vorteile wären von vornherein nicht zu berücksichtigen.<sup>73</sup> Ferner kämen als Vorteile auch grundsätzlich nur solche in Betracht, die innerhalb des relevanten Marktes, auf den sich die Vereinbarung bezieht,<sup>74</sup> oder einem damit zumindest zusammenhängenden Markt<sup>75</sup> entstehen.
- (70) Diesen Standpunkt unterstrich die Europäische Kommission auch in einer Stellungnahme zum Reformvorschlag des niederländischen Wettbewerbsgesetzes, der die

<sup>63</sup> EuG 11.07.1996, T-528/93, *Métropole Télévision*, ECLI:EU:T:1996:99, Rn118 („[Die] Kommission [kann sich], wenn sie eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages gewähren will, im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf Erwägungen im Zusammenhang mit der Verfolgung eines öffentlichen Interesses berufen“); weitere Hinweise bei *Brook*, *Priority-Setting As a Double-Edged Sword: How Modernisation Strengthened the Role of Public Policy*, JCL&E 2020.

<sup>64</sup> Kommission 17.09.2001, 2001/837/EG, *DSD*, Rn143-144; 24.01.1999, 2000/475/EC, *CECED*, Rn 51 und 55 bis 57; 21.12.1994, 94/986/EC, *Philips-Osram*, Rn 26; 18.05.1994, 94/322/EG, *Exxon/Shell*, Rn71; weitere Nachweise bei *Brook* aaO.

<sup>65</sup> Für eine detailliertere Analyse der Entscheidungspraxis siehe etwa *Monti*, *Article 81 EC and Public Policy*, CMLR 2002, 1057; *Petit*, *The Guidelines on the Application of Article 81(3) EC: A Critical Review*, IEJE Working Paper 4/2009; *Townley* aaO; *Brook* aaO.

<sup>66</sup> Die Bestimmung verlangt eine „umweltfreundliche“ Auslegung des gesamten Unionsrechts und soll insbesondere auch bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden, vgl dazu die Nachweise bei *Kahl* in Streinz (Hrsg) *EUV/AEUV*<sup>3</sup> (2018) Rn 32 bzw FN 119.

<sup>67</sup> Vgl *Wollmann* in Jaeger/Stöger [Hrsg] *EUV/AEUV* (234. Lfg) Art 101 AEUV, Rn 120.

<sup>68</sup> Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI 2004 C 101, 97.

<sup>69</sup> Vgl LL Rn 59.

<sup>70</sup> Vgl LL Rn 56.

<sup>71</sup> Vgl LL Rn 57.

<sup>72</sup> Vgl LL Rn 87.

<sup>73</sup> Vgl LL Rn 54.

<sup>74</sup> Vgl LL Rn 43.

<sup>75</sup> So, entgegen den Leitlinien, s EuGH 11.09.2014, C-382/12P, *Master Card Inc.*, ECLI:EU:C:2014:2201, Rn 240.

stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitserwägungen vorsah. So führte die Europäische Kommission dort aus, dass es nicht in die Kompetenz der Wettbewerbsbehörden falle, bei Beurteilung unternehmerischer Verhaltensweisen teils widersprüchliche öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen. Ferner ließe das EU-Wettbewerbsrecht eine Berücksichtigung von Effizienzen nur dann zu, wenn sie den Verbrauchern in den von der Verhaltensweise betroffenen Märkten zugutekämen; ein Vorteil für die Gesellschaft insgesamt sei hingegen kein relevantes Kriterium.<sup>76</sup>

- (71) An diesem Standard gemessen dürfte eine Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Abreden aufgrund von Vorteilen für die Umwelt tatsächlich oftmals nicht in Betracht kommen. Die positiven Auswirkungen von Umweltschutzmaßnahmen wurden zumindest in der Vergangenheit in ihrer unmittelbaren Wirkung oftmals als nicht-wirtschaftliche Effizienzen eingeordnet, wenngleich sie von Unternehmen vermutlich gerade vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Überlegungen (etwa Marketingstrategien) gesetzt werden. Die Quantifizierung solcher Effizienzen ist zudem mit Unsicherheiten verbunden,<sup>77</sup> unterschiedliche politische Präferenzen wie auch ein unsicherer wissenschaftlicher Erkenntnisstand hinsichtlich einzelner Vorhaben können einer Objektivierung etwaiger Vorteile (in welchem Bereich diese auch immer eintreten) entgegenstehen. So bedeutsam der Beitrag einzelner Marktteilnehmer oder Branchen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen auch sein mag, so gering könnten – isoliert betrachtet – ihre tatsächlichen (schätz- oder messbaren) Auswirkungen sein. Auch treten die positiven Effekte möglicherweise in anderen sachlichen, räumlichen oder eben gar keinen ökonomisch fassbaren Märkten ein.
- (72) Dennoch sprechen diese Gründe nicht grundsätzlich gegen eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Wettbewerbsrecht: Wie bereits ausgeführt, wäre eine Umsetzung schon jetzt auf Grundlage des Primärrechts und seiner Auslegung durch die Unionsgerichte rechtlich möglich. Die „Übersetzung“ von Maßnahmen zur ressourcenschonenderen Herstellung und Verteilung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen in qualitative Effizienzvorteile erscheint keineswegs ausgeschlossen.<sup>78</sup> Ansätze, die mit solchen Maßnahmen verbundenen Vorteile zu objektivieren und zu bewerten, sind vorhanden und müssten weiter untersucht werden.<sup>79</sup> Hier unterscheiden sich Nachhaltigkeitsaspekte auch nicht unbedingt von anderen nur schwer direkt messbaren volkswirtschaftlichen Größen, wie zB Wohlfahrtsaspekten oder solchen, die zu mehr Stabilität des Staatshaushaltes führen. Die Bewertung muss auch hier oft in einem gesamtheitlichen empirischen Ansatz erfolgen und ist nicht wie bei typischen wirtschaftlichen Effizienzen (zB Skaleneffekte) klar prognostizierbar. Den mit der Bewertung aufseiten der Unternehmen verbundenen Unsicherheiten könnten Wettbewerbsbehörden durch eine deutliche Darstellung ihrer Herangehensweise in schon bislang genutzten „soft law“-Instrumenten begegnen. Um Nachhaltigkeitsaspekte angemessen zu würdigen, müssten Wettbewerbsbehörden unter Umständen einen längeren Zeitho-

<sup>76</sup> Siehe Fn 57.]

<sup>77</sup> Wenngleich bereits verschiedene Modelle zu ihrer „Bepreisung“ vorgeschlagen wurden und die Bestimmung sonstiger „qualitativer Effizienzgewinne“ ebenso Herausforderungen mit sich bringt, vgl etwa die Stellungnahme der Kommission zum OECD-Roundtable on the Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP/WD(2013)32.

<sup>78</sup> Vgl etwa *Murray*, Antitrust and sustainability: globally warming up to be a hot topic? Kluwer Competition Law Blog 18.10.2019, abrufbar unter [http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/10/18/antitrust-and-sustainability-globally-warming-up-to-be-a-hot-topic/?doing\\_wp\\_cron=1592854025.3747549057006835937500](http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/10/18/antitrust-and-sustainability-globally-warming-up-to-be-a-hot-topic/?doing_wp_cron=1592854025.3747549057006835937500) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>79</sup> Vgl dazu den „Chicken of Tomorrow“-Fall der niederländischen Wettbewerbsbehörde (Fallbericht abrufbar unter <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-wide-arrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition>) sowie die Fallbesprechung bei *van der Veer*, Valuing Sustainability? The ACM's analysis of „Chicken for Tomorrow“ unter Art. 101(3), Kluwer Competition Law Blog 18.02.2015, abrufbar unter [http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/?doing\\_wp\\_cron=1592854613.2140469551086425781250](http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/?doing_wp_cron=1592854613.2140469551086425781250) (aufgerufen am 02.07.2020).

rizont für das Eintreten der Vorteile in Betracht ziehen und möglicherweise auch Vorteile in die Beurteilung einbeziehen, die sich (auch) auf einem anderen als dem von der Verhaltensweise betroffenen Markt auswirken. Eine Ausbalancierung verschiedener Zielsetzungen wäre für das Wettbewerbsrecht im Allgemeinen und den Kartellrechtsvollzug im Besonderen kein Novum.

### 6.3 Maßnahmen zur Erhöhung der Rechtssicherheit

(73) Im österreichischen Kartellrechtsvollzug gibt es derzeit (seit der KartG-Novelle 2002) keine ausreichenden Instrumente, um den Unternehmen Klarheit über die Legalität ihres Verhaltens bei neuartigen Fragen zu verschaffen. Um diesem Defizit im Kontext der Bemühungen um Nachhaltigkeit zu begegnen, sieht die Studienvereinigung im Wesentlichen folgende Möglichkeiten:

- Der Legalausnahmetatbestand des § 2 Abs 1 KartG könnte dahingehend ergänzt werden, dass eine ökologisch nachhaltige, klimaneutrale und ressourceneffiziente Wirtschaft ausdrücklich als ein abwägungsfähiger Effizienzgewinn genannt wird. Die Studienvereinigung befürchtet allerdings, dass eine solche Regelung – für sich allein – in der Praxis verpuffen würde. Angesichts des Vorrangs des Unionskartellrechts vor nationalem Kartellrecht und der weiten Interpretation der Zwischenstaatlichkeitsklausel durch den EuGH haben generell formulierte, nationale Bereichsausnahmen so gut wie keinen praktischen Effekt. So wird das Genossenschaftsprivileg gemäß § 2 Abs 2 Z 3 KartG heutzutage kaum noch angewendet. Berufungen auf rein nationale Bestimmungen ohne Gegenstück in Art 101 AEUV begegnen sofort dem Einwand der Europarechtswidrigkeit.
- Zielführender erschiene es, von der Möglichkeit zum Erlass von Freistellungsverordnungen nach § 3 Abs 1 KartG Gebrauch zu machen. Auf Grundlage dieser Bestimmung könnten die Bundesministerin für Justiz im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort spezifische Typen von Nachhaltigkeitsvereinbarungen von der Anwendung des Kartellverbots ausnehmen.

Auch hier stellt sich das Problem der fehlenden Übereinstimmung mit dem europarechtlichen Rahmen. In einer Durchführungsverordnung nach § 3 KartG könnten aber die Anwendungsvoraussetzungen und die Gründe für die Freistellung viel genauer umschrieben werden als im KartG selbst. Im Streitfall müssten die Wettbewerbsbehörden oder die privaten Kläger daher nachweisen, dass der Verordnungsgeber die Kriterien des Art 101 Abs 3 AEUV falsch beurteilt hat. Dieser Nachweis wird nicht leicht zu erbringen sein, weswegen die Freistellung voraussichtlich einen erheblichen praktischen Effekt hätte.

- Die einzige alle Branchen umfassende „Bereichsausnahme“ im Unionskartellrecht ist Art 106 Abs 2 AEUV. Nach dieser Bestimmung gelten die Verträge, insbesondere die europäischen Wettbewerbsregeln, nicht, wenn die Anwendung dieser Vorschriften die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse („DAWI“) rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Diese Regel wurde bislang nicht in das nationale österreichische Kartellrecht umgesetzt, eine „DAWI-Ausnahme“ gibt es hierzulande nicht. Das spielt praktisch keine Rolle, wenn die Betrauung von Unternehmen mit einer DAWI im Wege eines Bundesgesetzes erfolgt (weil ein solches Gesetz dem Kartell- und Missbrauchsverbot derogiert). Betrauungsakte auf Basis öffentlich-rechtlicher Verträge (etwa in Form von „Code of Conducts“ unter Beteiligung von staatlichen Stellen) sind aber nicht begünstigt.

Nicht jede Initiative zur Förderung der Nachhaltigkeit wird allerdings zugleich die Anforderungen an eine DAWI erfüllen. In manchen Fällen (etwa, wenn es um eine Verpflichtung der Unternehmen zur Bereitstellung ökologisch nachhaltiger Waren oder Dienstleistungen geht) kann das aber durchaus der Fall sein. Die Studienvereinigung regt daher an, im Rahmen des KaWeRÄG 2021 eine Ausnahmeregelung in das nationale Kartellrecht (etwa in § 24 KartG) einzuführen, die materiell dem Art 106 Abs 2 AEUV entspricht und ev. darüber hinaus auch noch andere Nachhaltigkeitsaspekte erfasst. In diesem Zusammenhang könnte auch ein formelles Verfahren zur Feststellung verankert werden, ob die Voraussetzungen der DAWI-Ausnahme bzw. solcher anderer Nachhaltigkeitsanforderungen erfüllt sind.

Gleichzeitig wäre es auch hier wichtig, einen Gleichklang mit der europäischen Praxis anzustreben und daher etwaige über das bisherige EU-rechtliche Instrumentarium hinausgehende Regelungen auch auf europarechtlicher Ebene anzuregen.

- Um hier mehr Rechtssicherheit zu erreichen, wäre es vorteilhaft, auf nationaler Ebene eine „Duldungspraxis“ zu etablieren. Die meisten Wettbewerbsbehörden in der EU (wie etwa das deutsche Bundeskartellamt) berücksichtigen Nachhaltigkeitserwägungen im Rahmen von expliziten Duldungen. Im deutschen Recht gibt es dafür eine eigene gesetzliche Grundlage. Gemäß § 32c GWB kann die Kartellbehörde entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, gegen ein bestimmtes Verhalten tätig zu werden, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Kartell- oder des Missbrauchsverbots nach den ihr vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind. Eine solche Entscheidung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Verfolgungsbefugnissen keinen Gebrauch machen wird. Europarechtlich stützt sich diese Regelung auf Art 5 VO 1/2003.

- (74) Ein Pendant dazu gibt es im österreichischen Recht bislang nicht. Zwar haben die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt in der Vergangenheit gelegentlich – mehr oder weniger förmliche – Duldungserklärungen abgegeben. Eine gesicherte Praxis, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen das geschieht, gibt es aber nicht. Die Duldungen werden auch nicht veröffentlicht.
- (75) Die Studienvereinigung regt an, im Rahmen des KaWeRÄG 2021 eine dem § 32c GWB entsprechende Bestimmung in das KartG oder das WettbG einzuführen. Dabei sollte dem österreichischen Spezifikum zweier Wettbewerbsbehörden mit parallelen Befugnissen Rechnung getragen werden. Die Unternehmen sollten die Möglichkeit haben, innerhalb kurzer Fristen auf einfachem Weg in Erfahrung zu bringen, ob beide Wettbewerbsbehörden eine Duldungserklärung unterstützen. Als Vorbild dafür könnte die bestehende Regelung des § 36 Abs 3 KartG herangezogen werden. So könnte zB vorgesehen werden, dass eine Amtspartei, die eine Duldungserklärung treffen möchte, die andere Amtspartei davon vorab in Kenntnis zu setzen hat. Wenn die andere Amtspartei binnen (zB) 4 Wochen nicht begründet widerspricht, entfällt ihre Berechtigung, wegen des fraglichen Verhaltens einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße zu stellen. Den Bedürfnissen der Praxis nach einem „One Stop Shop“ bei der Beurteilung von risikobehafteten Nachhaltigkeitsvereinbarungen würde das entgegenkommen. Bei Behandlung grundsätzlicher Fragen könnte auch eine zeitnahe Veröffentlichung von „Standpunkten“ erwogen werden. Für die Wahrung eines EU-weit einheitlichen Vollzugs bietet Art 11 VO 1/2003, der die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sowie die Kommission zur Zusammenarbeit verpflichtet, eine Grundlage.

#### 6.4 Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im Rahmen der Fusionskontrolle

- (76) Grundsätzlich dient die Fusionskontrolle der präventiven Sicherung des Wettbewerbs und der Wahrung gesamtwirtschaftlicher Interessen.<sup>80</sup> § 12 Abs 2 Z 2 KartG ermöglicht die Freigabe eines sonst untersagungswürdigen Zusammenschlusses durch das Kartellgericht mit der Begründung, dass er zu einer Verbesserung oder zum Erhalt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des fusionierten Unternehmens führt und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.<sup>81</sup> Da die „volkswirtschaftliche Rechtfertigung“ nicht abschließend definiert ist,<sup>82</sup> könnte diese im Rahmen einer dynamischen und sich weiterentwickelnden Wirtschaft gewiss auch Nachhaltigkeitstendenzen umfassen. Hier würde daher der Nachhaltigkeitsbegriff (zB betreffend Umweltbelange) auch als Aspekt der Volkswirtschaft gesehen werden. Diese Interpretation ist angesichts der heutzutage selbstverständlichen Verknüpfung von Wirtschaft und Nachhaltigkeit durchaus naheliegend.<sup>83</sup>
- (77) Auch die Europäische Kommission hat – bei in diesem Bereich durchaus vergleichbarer Ausgangslage – in der Vergangenheit immer wieder Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Fusionskontrolle aufgegriffen. Dies beispielsweise in ihrer Beobachtung und Bewertung der Wettbewerbsstruktur verschiedener Märkte. Im Zusammenschlussvorhaben *Aleris/Novelis*<sup>84</sup> hat sie den Bedarf der europäischen Automobilhersteller nach treibstoffeffizienterem Aluminium befürwortet, in *DEMB/Mondelez/Charger OpCoeine*<sup>85</sup> eine Trennung des relevanten Produktmarktes für Kaffee nach seiner Herstellung (herkömmlich/Bio) in Betracht gezogen, wenn auch schlussendlich verneint. Erst kürzlich hat sie im Zusammenschlussvorhaben *Arubis/Metallo Group Holding*<sup>86</sup> richtungsweisend auf den Einfluss der Transaktion auf die Kreislaufwirtschaft in der Kupferindustrie als Teil der nachhaltigen Ressourcennutzung Bezug genommen, kam jedoch letztendlich zu der Conclusio, dass sich der Zusammenschluss nicht negativ auf die Kupferrecyclingbranche auswirken würde.<sup>87</sup>
- (78) Für das österreichische Recht stellt sich dennoch die Frage, ob es für eine solche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten entsprechender gesetzlicher Klarstellungen oder zumindest soft law, zB in Form von Richtlinien der Wettbewerbsbehörden, bedarf. Denn selbst wenn man § 12 Abs 2 Z 2 KartG schon jetzt so interpretieren kann, dass Nachhaltigkeitsaspekte mitberücksichtigt werden können, fehlt hier die notwendige Klarheit und Verlässlichkeit für die betroffenen Unternehmen. Dies auch unter dem Aspekt, dass der Nachhaltigkeitsgedanke, besonders drastisch erkennbar im Umweltbereich, doch entsprechend dringlich promotet werden sollte und man daher nicht erst auf das Entstehen einer Behördenpraxis oder Judikatur warten sollte. Zumal man dabei mit einer rein österreich-zentrierten Sichtweise (schon bisher) bei § 12 Abs 2 Z 2 KartG immer auch an der Europarechtswidrigkeit schrammen würde, wäre es wohl anzustreben, solche immer in entsprechende EU-Initiativen einzubetten oder zumindest an diese anzulehnen. Hier bietet sich aber ohnedies ein größerer Rahmen mit dem europäischen *Green Deal*<sup>88</sup> an – ein Fahrplan, der die Wirtschaft in der EU nachhaltiger

<sup>80</sup> *Urlesberger* in: *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup>, Vor § 7 KartG, Rn 1-2.

<sup>81</sup> Siehe schon dazu oben Abschnitt 3.

<sup>82</sup> *Urlesberger* in: *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG<sup>2</sup>, § 12 KartG, Rn 65.

<sup>83</sup> Vgl auch Kommission, COM(2019) 640 final. Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“, 11.12.2019.

<sup>84</sup> Kommission, Pressemitteilung: „Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von Aleris durch Novelis unter Auflagen (01. Oktober 2019)“ verfügbar unter [https://ec.europa.eu/germany/news/novelis20191001\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/novelis20191001_de) (aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>85</sup> Kommission, M.7292 – *DEMB/Mondelez/Charger OpCo*.

<sup>86</sup> Kommission, M.9409 – *Arubis/Metallo Group Holding*.

<sup>87</sup> Kommission, Pressemitteilung „Fusionskontrolle: Kommission gibt grünes Licht für die Übernahme von Metallo durch Aurubis“ (04. Mai 2020) verfügbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_20\\_801](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_801) (zuletzt aufgerufen am 02.07.2020).

<sup>88</sup> Kommission, COM(2019) 640 final. Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“, 11.12.2019.

machen soll und einen Teil der neuen Wachstumsstrategie der EU darstellt. Auch angesichts dessen und den in Kürze zu erwartenden „europäischen Klimagesetzen“ ist davon auszugehen, dass diese neue Industriestrategie, die sich auf alle Wirtschaftszweige erstreckt, ohnedies Niederschlag in der europäischen wie der nationalen Fusionskontrolle finden wird.

## **6.5 Abschließende Empfehlungen**

- (79) Die Studienvereinigung empfiehlt jedenfalls flankierend die genannten EU-Maßnahmen zu beachten. Um Unternehmen eine höhere Rechtssicherheit bei Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten zu bieten, sollte auf nationaler Ebene eine dem § 32c GWB entsprechende Bestimmung („Duldungspraxis“) verankert werden.
- (80) Ferner wird angeregt, im Rahmen des KaWeRÄG 2021 eine Ausnahmeregelung in das nationale Kartellrecht (etwa in § 24 KartG) einzuführen, die materiell dem Art 106 Abs 2 AEUV entspricht und möglicherweise noch weitere Nachhaltigkeitsaspekte umfasst.
- (81) Auch die zukünftig verstärkte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der Fusionskontrolle begrüßt die Studienvereinigung und regt an dieser Stelle zu einer offenen und umfassenden Diskussion der vorangestellten Überlegungen an.

\*\*\*\*\*