

III. Verfahren

- 22 Gemäß § 37 Abs 2 KartG hat das KG mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zunächst den Verfahrensparteien (einschließlich Amtsparteien) Gelegenheit zu geben, die Teile der Entscheidung zu bezeichnen, die ihrer Meinung nach Geschäftsgeheimnisse wiedergeben. Dieser Beschluss ist lediglich prozessleitender Natur und daher nicht abgeondert anfechtbar.⁴⁴ Die Parteien müssen die begehrten Ausnahmen von der Veröffentlichung nicht unbedingt näher begründen, allerdings wird dem KG durch eine substantiierte Begründung die vorzunehmende Interessenabwägung zumindest erleichtert.⁴⁵
- 23 Das KG entscheidet in der Folge mit **Beschluss des Senatsvorsitzenden** über die zur Veröffentlichung bestimmte Fassung, wobei es die Informationsinteressen der Öffentlichkeit und die geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen gegeneinander abzuwägen hat.⁴⁶ Der Veröffentlichungsbeschluss ist gemäß § 38 KartG iVm § 39 AußStrG wie jeder andere kartellgerichtliche Beschluss zu begründen.
- 24 Gegen den Veröffentlichungsbeschluss gibt es die Möglichkeit des **Rekurses** an das KOG, dem nach den Bestimmungen des AußStrG aufschiebende Wirkung zukommt.⁴⁷ Das KOG überprüft, ob die zur Veröffentlichung bestimmte Fassung der erstinstanzlichen Entscheidung dem Gesetz entspricht und sich innerhalb des dem Erstgericht eingeräumten Ermessensspielraums hält, nicht hingegen, ob auch eine davon abweichende andere Fassung – insb die von einer Partei vorgeschlagene – diesen Kriterien genügt.⁴⁸
- 25 Auch bei abändernden Entscheidungen des KOG hat das KG vor deren Veröffentlichung den Parteien Gelegenheit zu geben, die Teile zu bezeichnen, die sie von der Veröffentlichung ausnehmen wollen. Der Veröffentlichungsbeschluss des Senatsvorsitzenden des KG kann beim KOG angefochten werden.⁴⁹

5. Abschnitt

Ersatz des Schadens aus Wettbewerbsrechtsverletzungen

Geltungsbereich und Zweck des Abschnitts

§ 37a. (1) Die Bestimmungen dieses Abschnitts regeln die zivilrechtliche Haftung für und die Geltendmachung von Schäden, die durch Wettbewerbsrechtsverletzungen verursacht werden.

44 Mair Rz 30 mwN.

45 Mair Rz 30.

46 ErlRV 1804 BlgNR 24. GP 10.

47 ErlRV 1804 BlgNR 24. GP 10.

48 OGH als KOG 21.1.2015, 16 Ok 6/14i, ÖBl 2015, 126 mit Glosse von *Mildner*.

49 *Hoffer/Barbist* 109.

(2) Sie dienen der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. Nr. L 349 vom 5.12.2014, S. 1.

(3) § 37k Abs. 5 zweiter Satz und Abs. 6 sowie § 37m Z 3 gelten für die Benutzung von Beweismitteln in allen gerichtlichen Verfahren.

[idF BGBl I 2021/176]

Literatur

Ablasser-Neuhuber/Stenitzer, Das KaWeRÄG 2017 – Die wichtigsten Neuerungen, ÖBl 2017, 116; *Bauer*, Leniency & Private Enforcement: ein kartellrechtliches Spannungsverhältnis? *ecolex*, 2007, 357; *Bornkamm/Tolkmitt* in *Bunte* (Hrsg), Kartellrecht¹⁴ (2022) § 33a GWB; *Brand*, Schadenersatz im Kartellrecht (2017); *Brinker*, Die Zukunft des Kartellrechts, NZKart 2013, 2; *Dieckmann*, § 40 Die zivilrechtlichen Sanktionen eines Verstoßes gegen Art 101 und 102 AEUV, in *Wiedemann* (Hrsg), Kartellrecht⁴ (2020); *Dokalik*, Schadenersatz wegen Wettbewerbsverletzungen nach dem KaWeRÄG 2017, RdW 2017, 219; *Franck* in *Immenga/Mestmäcker/Franck* (Hrsg), Wettbewerbsrecht⁶ (2020) § 33a GWB; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht³ (2017); *Huttenlauch/Dengler/Voges*, Jüngere Entwicklungen im Kartellschadenersatzrecht (Teil 1), WuW 2022, 202; *Huttenlauch/Dengler/Voges*, Jüngere Entwicklungen im Kartellschadenersatzrecht (Teil 2), WuW 2022, 259; *Kersting* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg), Kartellrecht⁴ (2020) § 33a GWB; *Kersting*, Reform des Kartellschadenersatzrechts, NZKart 2022, 309; *Klauser*, „Private enforcement“ von EU-Kartellrecht, *ecolex* 2005, 87; *Klöpper*, Anmerkung zu EuGH, Urt v 28.3.2019 – C-637/17 – Cogeco Communications Inc, GPR 2019, 293; *Krauskopf/Schicho*, Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie in Österreich. Neue Impulse für das Private Enforcement, VbR 2017, 157; *Krejci* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ § 879 ABGB; *Laborde*, Kartellschadenersatzklagen in Europa: Wie Gerichte kartellbedingte Preisaufschläge beurteilt haben – Teil 1, NZKart 2022, 9; *Lübbig* in *Säcker/Meier-Beck* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht³ (2020) § 33a GWB; *Patzer/Kruse*, Zeitliche Anwendbarkeit des GWB reloaded: Das OLG Düsseldorf verneint die Anwendbarkeit von § 33g GWB auf Altansprüche, NZKart 2018, 291; *Ollerdifßen*, § 62 Kartellschadenersatzprozesse, in *Wiedemann* (Hrsg), Kartellrecht⁴ (2020); *Oster*, Privatrechtliche Schadenersatzansprüche zur Durchsetzung des Unionsrechts am Beispiel der Schadenersatzrichtlinie 2014/104/EU, EuR 2019, 578; *Potocnik-Manzouri*, Das KaWeRÄG 2017 – Wesentliche Änderungen im Bereich des Kartellgesetzes, *ecolex* 2017, 380; *Reidlinger/Frommelt*, The CJEU's judgment of 12 December 2019 in the case C-435/18 *Otis v Land Oberösterreich*: tipping the balance towards an autonomous EU tort law for infringements of Art 101? G.C.L.R. 2020, 35; *Roth* in *Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder* (Hrsg), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (92. Lfg 2018) § 33a GWB; *Säcker* in *Säcker/Meier-Beck* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht³ (2020) § 186 GWB; *Scherzinger*, Ende gut, alles gut? Zu den Übergangsvorschriften und weiteren

„Last Minute“-Änderungen der 9. GWB-Novelle im Bereich Kartellschadenersatz, NZKart 2017, 307; *Thiede/Klumpe*, *Abyssus abyssum invocat* – Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRÄG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle, ÖZK 2018, 50; *Topel*, § 50 Zivilrechtliche Sanktionen, in *Wiedemann* (Hrsg), *Kartellrecht*⁴ (2020); *Ummenberger-Zierler*, EU-Richtlinie über Schadenersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen? ÖBl 2014, 254; *Wollmann*, § 22 Private Kartellrechtsdurchsetzung in Österreich, in *Fuchs/Weitbrecht* (Hrsg), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung* (2019); *Wollmann* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *Kommentar zu EUV und AEUV* (234. Lfg) Art 101 AEUV.

Übersicht

| | | |
|-----|--|--------|
| I. | Allgemeines | 1–3 |
| II. | Geltungsbereich und Zweck | 4 |
| | A. Geltungsbereich | |
| | 1. Materiell-rechtlicher Geltungsbereich | 5, 6 |
| | 2. Zeitlicher Geltungsbereich..... | 7–12 |
| | B. Normzweck | |
| | 1. Normzweck im engeren Sinn..... | 13, 14 |
| | 2. Normzweck im weiteren Sinn | |
| | a) Umsetzung der RL 2014/104..... | 15 |
| | b) Private Rechtsdurchsetzung..... | 16–20 |

I. Allgemeines

- 1 Durch das Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2017 – KaWeRÄG 2017, BGBl I 2017/56),¹ wurden in den 5. Abschnitt des II. Hauptstücks des KartG die §§ 37a bis 37m eingefügt. Diese Bestimmungen enthalten spezifische Regelungen zum Ersatz des Schadens, der auf eine Wettbewerbsrechtsverletzung zurückzuführen ist. Sie ersetzen den wesentlich knapper gefassten § 37a idF vom 1. März 2013 (BGBl I 2013/13).² Eine vollständige Regelung des Schadenersatzes erfolgt nicht,³ sodass unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die sich aus den §§ 37a ff ergeben, weiterhin die allgemeinen Regelungen des ABGB, insb dessen §§ 1294 ff, zur Anwendung kommen.⁴

Zur Umsetzung der RL 2014/104 fügte der österreichische Gesetzgeber zudem, ebenfalls mit dem KaWeRÄG 2017, die §§ 13a und 13b in das Wett-

1 S dazu stv für viele *Ablasser-Neuherber/Stenitzer* 116 und *Krauskopf/Schicho* 157.

2 Vgl *Brand* 14. Zu einer ähnlichen Entwicklung kam es auch im dt Kartellrecht durch die 9. GWB-Novelle zur Umsetzung der RL 2014/104, siehe zB *Franck* in *Immenga/Mestmäcker/Franck*, *Wettbewerbsrecht*⁶ (2020) § 33a GWB Rz 1.

3 ErlRV 1522 BlgNR 25. GP 5.

4 OGH 16.12.2021, 4 Ob 49/21s.

bewerbsgesetz, (BGBl I 2002/62) (WettbG), ein. Sie ergänzen die Vorschriften des 5. Abschnitts des II. Hauptstücks des KartG durch spezifische Bestimmungen für die BWB.⁵

Anlass dafür war das Inkrafttreten der RL 2014/104.⁶ Mit dieser RL bezweckt der Unionsgesetzgeber die Harmonisierung der wesentlichen Aspekte des Kartellschadenersatzes auf europäischer Ebene, einerseits, um das Zusammenspiel von öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung kohärent zu regeln, und andererseits, um Verzerrungen im Binnenmarkt durch unterschiedliche Regelungen des *private enforcement* zu verhindern.⁷ Die RL enthält zu diesem Zweck ua Bestimmungen, die den Kreis der Anspruchsberechtigten festlegen, Offenlegungspflichten normieren und den Einwand der Schadensabwälzung sowie die Solidarhaftung verschiedener Wettbewerbsrechtsverletzer regeln. Zudem sieht sie die Bindungswirkung nationaler Entscheidungen über Zuwiderhandlungen und, in bestimmten Fällen, eine widerlegliche Schadensvermutung vor.

Die Frist zur Umsetzung der RL 2014/104 endete am 27. Dezember 2016. Mit einigen Monaten Verspätung kam der österreichische Gesetzgeber Ende April 2017⁸ dieser Verpflichtung nach.⁹ Er hielt sich bei der Umsetzung zumeist eng an die Vorgaben der RL.¹⁰ Ausgenommen von dieser Vorgehensweise ist va der Kartellbegriff, der im ganzen KartG einheitlich ist und von jenem der RL abweicht.¹¹

II. Geltungsbereich und Zweck

§ 37a Abs 1 u 2 regelt den Geltungsbereich und den Zweck des vorliegenden 5. Abschnitts des II. Hauptstücks des KartG, der sich von § 37a bis zu § 37m miteingeschlossen erstreckt und spezifisch den „Ersatz des Schadens aus Wettbewerbsrechtsverletzungen“ zum Gegenstand hat.

§ 37a Abs 3 normiert diesbezüglich eine Ausnahme für § 37k Abs 5 IS und Abs 6 sowie für § 37m Z 3.¹² Diese Bestimmungen schränken die Nutzung

5 ErlRV 1522 BlgNR 25. GP 19.

6 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (ABl 2014 L 349/1).

7 S va Rn 6 ff und Art 1 der RL 2014/104; so auch *Brand* 11 ff; ausführlich zur Genese der RL: *Lübbig* Rz 15 ff.

8 Das BGBl I 2017/56 wurde am 24. April 2017 kundgemacht.

9 In Deutschland wurde die 9. GWB-Novelle ebenfalls mit Verspätung am 9. März 2017 beschlossen: *Lübbig* Rz 20; s auch *Thiede/Klumpe* 50. Insgesamt wurde die RL in 21 Mitgliedstaaten verspätet umgesetzt: Arbeitsunterlage der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2020 über die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU [SWD(2020) 338 final] 3 u 12.

10 *Dokalik* 220 und *Wollmann* Art 101 AEUV Rz 217. So auch der dt Gesetzgeber: *Lübbig* Rz 21.

11 Zum Kartellbegriff s ausführlich § 37b Rz 27 ff.

12 Vgl ErlRV 951 BlgNR 27. GP 24, wonach es sich bloß um eine Klarstellung handle.

von Beweismitteln aus den Akten der Wettbewerbsbehörde ein und sehen die Verhängung einer gerichtlichen Ordnungsstrafe bei Verstößen dagegen vor. Insb legt § 37k Abs 5 iVm Abs 3 fest, dass Akten der „grauen Liste“ erst nach Beendigung des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens verwendet werden können, und stellt ein Verwendungsverbot von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (s § 37b Z 4 u 5) auf. § 37k Abs 6 wiederum limitiert den Kreis der Personen, die zur Verwendung von Beweismitteln, die durch Akteneinsicht erlangt wurden, befugt sind.¹³ Nach § 37a Abs 3 gelten diese Vorschriften nicht nur in Kartellschadenersatzverfahren, sondern in allen gerichtlichen Verfahren – unabhängig von der Rechtsmaterie.

Während die Abs 1 u 2 des § 37a durch das KaWeRÄG 2017 in das KartG aufgenommen wurden, handelt es sich bei Abs 3 um eine nachträgliche Hinzufügung durch das KaWeRÄG 2021, die zur Umsetzung von Art 31 Abs 3, 4 und 5 der ECN+ RL beitragen soll.¹⁴ Diese Bestimmungen der ECN+ RL regeln die Akteneinsicht durch Parteien eines wettbewerbsbehördlichen Verfahrens und sehen allgemein anwendbare Beschränkungen der Verwendung der auf diesem Wege gewonnenen Informationen vor. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Art 31 Abs 4 der ECN+ RL dem Verwendungsverbot von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen eine Ausnahme hinzufügt. Diese findet sich allerdings nicht in § 37k Abs 5 u 6, sondern in der ebenfalls durch das KaWeRÄG 2021 neu gefassten Bestimmung zur Akteneinsicht nach § 39 Abs 2. Demnach können solche Informationen von einer Partei des wettbewerbsbehördlichen Kartellverfahrens in diesem Verfahren selbst und sonst nur in solchen über die Aufteilung einer den Kartellbeteiligten gesamtschuldnerisch auferlegten Geldbuße verwendet werden.¹⁵

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 37k Abs 5 u 6 auf alle gerichtlichen Verfahren geht zudem mit einer Änderung des § 13a WettbG einher, der bis zum Inkrafttreten des KaWeRÄG 2021 die „*Offenlegung von Beweismitteln der Bundeswettbewerbsbehörde in Schadenersatzverfahren*“ zum Gegenstand hatte. Diese Bestimmung, die als Ergänzung der §§ 37j und 37k konzipiert wurde, gilt nunmehr generell in Verfahren vor nationalen Gerichten und ist nicht auf Kartellschadenersatzverfahren beschränkt.¹⁶

A. Geltungsbereich

1. Materiell-rechtlicher Geltungsbereich

- 5 Gemäß § 37a Abs 1 finden sich im 5. Abschnitt Regelungen über die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die durch eine Wettbewerbsrechtsverletzung

13 Ausführlich zu den Einschränkungen der Beweisverwendung s § 37k Rz 44 ff.

14 S ErlRV 951 BlgNR 27. GP 24.

15 S OGH 12.5.2022, 16 Ok 1/22s.

16 S ErlRV 951 BlgNR 27. GP 34.

entstanden sind. Va die §§ 37c und 37d enthalten Vorschriften zur Haftung an sich und zum Gegenstand des Ersatzes. Zudem ergibt sich der Geltungsbereich dieses Abschnitts wesentlich aus den Grenzen, die durch die Begriffsbestimmungen in § 37b gezogen werden. Wie den Erläuterungen zum KaWeRÄG 2017 zu entnehmen ist,¹⁷ ergibt sich der Anwendungsbereich des 5. Abschnitts insbesondere erst aus der Definition des Begriffs der Wettbewerbsrechtsverletzung nach § 37b Z 1.¹⁸

Bei Verstößen, die nicht unter diesen Begriff subsumierbar sind, greifen die Regelungen des 5. Abschnitts nicht. Der Ersatz des Schadens, der auf derartige Verstöße, zB gegen wesensverwandte Vorschriften wie § 1 UWG,¹⁹ zurückgeht, ist nach den Bestimmungen des allgemeinen Schadenersatzrechts des ABGB sowie aufgrund einschlägiger spezieller Vorschriften, die sich zB aus dem UWG ergeben, einzuklagen.²⁰

Neben den bereits genannten Regelungen enthält der 5. Abschnitts des II. Hauptstücks Vorschriften über die Mehrheit von Ersatzpflichtigen (§ 37e), die Beweislast bei Schadensüberwälzung (§ 37f), die Wirkung einer einvernehmlichen Streitbeilegung (§ 37g), die Verjährung (§ 37h), die Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde (§ 37i), die Offenlegung von Beweismitteln (§ 37j), die Offenlegung und Verwendung von aktenskundigen Beweismitteln (§ 37k), die Unterstützung durch KG, BKartAnw und BWB (§ 37l) und über Ordnungsstrafen (§ 37m).²¹ 6

2. Zeitlicher Geltungsbereich

Zur zeitlichen Anwendbarkeit des 5. Abschnitts des KartG idF des KaWeRÄG 2017 ist § 86 Abs 8 u 9 heranzuziehen.²² Diese Bestimmungen offenbaren das Anliegen des Gesetzgebers, die Folgen der verspäteten Umsetzung der RL 2014/104 mit juristischen Mitteln zu minimieren.²³ Laut Abs 8 sind daher die §§ 37a bis 37m rückwirkend mit 27. Dezember 2016 in Kraft getreten.²⁴ Eine ähnliche Vorgehensweise hat auch der dt Gesetzgeber für die 9. GWB-Novelle gewählt.²⁵ 7

17 ErlRV 1522 BlgNR 25. GP 5.

18 Ähnlich *Brand* 21 f; zum Anwendungsbereich der RL siehe *Ummerberger-Zierler* 256 und *Wollmann* Art 101 AEUVRz 220 ff. S ausführlich zum Begriff § 37b Rz 3 ff.

19 Vgl *Wollmann* Art 101 AEUVRz 221.

20 Ähnlich *Brand* 22.

21 Vgl die Gesetzssystematik des dt GWB, welches das Kartellschadenersatzrecht in den §§ 33a bis 33h GWB (Kapitel 6, Abschnitt 2) regelt: *Lübbig* Rz 22.

22 S dazu auch *Wollmann* § 22 Rz 41.

23 S dazu die ErlRV 1522 BlgNR 25. GP 16.

24 Ausführlich *Dokalik* 219 f; kritisch *Potocnik-Manzouri* 380.

25 *Lübbig* Rz 20 und ausführlich *Scherzinger* 307 ff.

- 8 Diese Bestimmungen sind nicht vorbehaltlos ab dem Stichtag anzuwenden.²⁶ Gemäß § 86 Abs 9 Satz 1 sind die §§ 37a bis 37g nur auf Schäden anzuwenden, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Davon sind vor allem die materiell-rechtlichen Regelungen des 5. Abschnitts betroffen.²⁷ Die prozessualen Bestimmungen in den §§ 37j bis 37m sind hingegen in allen Verfahren anzuwenden, in denen der verfahrenseinleitende Schriftsatz nach dem 26. Dezember 2016 eingebracht wurde, ohne dass auf den Zeitpunkt des Entstehens des Schadens abgestellt wird. Das betrifft vor allem die Regelungen zur Offenlegung und Verwendung von Beweismitteln nach den §§ 37j und 37k.²⁸
- 9 Eine Sonderregelung gilt nach § 86 Abs 9 Satz 2, für die Anwendbarkeit der neuen Verjährungsbestimmungen, die sich aus § 37h ergeben. Letztere Bestimmung kommt bei Kartellschäden, die bereits vor dem 26. Dezember 2016 entstanden sind, zur Anwendung, sofern die Ansprüche zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt und die bisher geltenden Verjährungsregeln nicht günstiger für den Geschädigten sind. Daraus ergibt sich, dass bei Schäden, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind oder entstehen, § 37h jedenfalls zur Anwendung kommt.²⁹
- 10 Was § 37i bezüglich der Bindungswirkung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden im Sinne von § 37b Z 3 anbelangt, wurde keine besondere Vorschrift getroffen, da es hier inhaltlich zu keiner Neuerung im Vergleich zu § 37a Abs 2 und 3 KartG idF vor dem KaWeRÄG 2017 gekommen ist.³⁰
- 11 Die Vorschriften zum Inkrafttreten und zur zeitlichen Geltung des 5. Abschnitts des II. Hauptstücks müssen im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot in Art 22 der RL 2014/104 gelesen werden. Art 22 Abs 1 der RL 2014/104 legt fest, dass die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der „materiell-rechtlichen Vorschriften“ dieser RL nicht rückwirkend gelten sollen. Die Auslegung dieser Bestimmung bereitet Probleme, da es nicht klar ist, worauf sich das Adverb „rückwirkend“ bezieht. Es ist ebenso zu beachten, dass der Begriff der materiell-rechtlichen Vorschriften nicht notwendigerweise dem österreichischen Rechtsverständnis entspricht, sondern autonom³¹ auszulegen ist. Weiters ergibt sich aus Art 22 Abs 2 der RL, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die verfahrensrechtlichen Vorschriften in Verfahren anzuwenden, die nach dem 26. Dezember 2014, dh ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der RL, eingeleitet wurden.

26 IdS auch *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer* 116; vgl zur dt Regelung im *GWB Ollerdissen Rz 4*.

27 Vgl *Bornkamm/Tolkmitt Rz 2*.

28 OGH 12.5.2022, 16 Ok 1/22s. Vgl zur Offenlegung von Beweismitteln nach § 33g *GWB Patzer/Kruse 292 f*.

29 S OGH 12.5.2022, 16 Ok 1/22s. Zum dt Recht siehe *Säcker Rz 4*.

30 ErlRV 1522 BlgNR 25. GP 11. S auch OGH 12.5.2022, 16 Ok 1/22s.

31 S dazu zB *EuGH 1.10.2019, C-673/17, Planet 49*, ECLI: EU:C:2019:801, Rn 47.

Der EuGH war bereits mit der Auslegung von Art 22 der RL befasst. Sein Urteil vom 28. März 2019³² brachte noch keine eindeutigen Antworten, zeigt jedoch, dass dem Ende der Umsetzungsfrist der RL eine gewisse Bedeutung zukommt: Während die verfahrensrechtlichen Vorschriften der RL bereits vor Ende der Umsetzungsfrist (aber nach dem Inkrafttreten) der RL angewandt werden dürfen, ist das bei den materiell-rechtlichen Regeln der RL vor Ablauf dieser Frist nicht der Fall.³³ Ob das Rückwirkungsverbot auch so auszulegen ist, dass nationale Umsetzungsvorschriften auch dann nicht rückwirkend in Kraft treten dürfen, wenn der gewählte Stichtag nach dem Ende der Umsetzungsfrist der RL liegt, lässt das Urteil vom 28. März offen.

In seinen Schlussanträgen vom 28. Oktober 2021 in der Rs C-267/20 stellt GA Rantos für die Anwendung des Rückwirkungsverbots auf den Zeitpunkt der Verwirklichung der Zuwiderhandlung in Bezug auf das Inkrafttreten sowohl der RL als auch der nationalen Umsetzungsbestimmungen ab. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das mitgliedstaatliche Recht in diesem Fall nicht rückwirkend in Kraft gesetzt wurde.³⁴ In den Schlussanträgen wird zudem vorgeschlagen, dass die richterliche Schadensschätzung dem Verfahrensrecht, jedoch die Schadensvermutung nach § 37c Abs 2 KartG sowie die Verjährungsregeln dem materiellen Recht zuzurechnen sind.³⁵

Der EuGH ist seinem Generalanwalt teilweise gefolgt.³⁶ In seinem Urteil vom 22. Juni 2022 bestätigt er zunächst, dass die Klassifizierung der Vorschriften der RL 2014/104 gemäß deren Art 22 nach rein europarechtlichen Kriterien zu erfolgen hat und dabei gerade nicht auf das mitgliedstaatliche Recht abgestellt werden kann.³⁷

Was die fünfjährige Mindestdauer der Verjährung nach Art 10 Abs 3 der RL 2014/104 betrifft, stellt der EuGH fest, dass es sich hierbei um eine materiell-rechtliche Vorschrift handelt, da der Ablauf der Verjährung es dem Anspruchsberechtigten verunmöglicht, sich auf sein subjektives Recht wirksam zu berufen.³⁸ Daraus ergibt sich, dass die Anwendung dieser Vorschrift nur dann in Frage kommt, wenn die gegenständliche Zuwiderhandlung nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist der RL „weiterhin Wirkung entfaltet“. Das setzt voraus, dass zu diesem Zeitpunkt die Verjährung nach dem vor der Umsetzung der RL geltenden Recht noch nicht eingetreten ist, unabhängig davon,

32 EuGH 28.3.2019, C-637/17, *Cogeco Communications*, ECLI:EU:C:2019:263, Rn 25. S dazu auch Arbeitsunterlage 14 f.

33 S *Klöpfe*, 294.

34 Schlussanträge GA Rantos 28.10.2021, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, EU:C:2021:884, Rn 44, 48, 49 und 51.

35 Schlussanträge GA Rantos 28.10.2021, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, EU:C:2021:884.

36 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494.

37 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 39 f.

38 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 46.

ob die Zuwiderhandlung bereits zuvor beendet wurde. Bei verspäteter Umsetzung von Art 10 Abs 3 der RL 2014/104 ist zudem auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des mitgliedstaatlichen Rechts abzustellen.³⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung schließt das die Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers nicht aus, das rückwirkende Inkrafttreten der neuen Verjährungsregeln anzuordnen, soweit der maßgebliche Zeitpunkt nicht vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist liegt.⁴⁰ Demnach entspricht die Sonderregelung des § 86 Abs 9 Satz 2 den Anforderungen von Art 22 Abs 1 der RL 2014/104.

Aus dem Urteil vom 22. Juni 2022 ergibt sich außerdem, dass Art 17 Abs 1 der RL 2014/104, der die wirksame Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen insbesondere durch die Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung sicherstellen soll, als verfahrensrechtliche Vorschrift zu betrachten ist. Eine solche Bestimmung ist nach Art 22 Abs 2 der RL auf Klagen anwendbar, die nach dem 26. Dezember 2014, dh dem Stichtag zur Umsetzung der RL, eingebracht werden, und zwar selbst dann, wenn ihr Gegenstand der Ersatz des Schadens ist, der durch eine bereits vor Inkrafttreten der RL beendete Zuwiderhandlung entstanden ist.⁴¹

Dahingegen ist Art 17 Abs 2 der RL 2014/104 eine materiell-rechtliche Vorschrift. Freilich stuft der EuGH grundsätzlich Regeln über die Beweislast und das Beweismaß als Verfahrensvorschriften ein. Allerdings steht die widerlegbare Schadensvermutung bei Kartellen (zwischen Wettbewerbern), umgesetzt in § 37c Abs 2 KartG, „in unmittelbarem Zusammenhang mit der außervertraglichen Haftung des betreffenden Rechtsverletzers und betrifft folglich unmittelbar dessen Rechtsposition“.⁴² Aus dem Rückwirkungsverbot nach Art 22 Abs 2 der RL 2014/104 ergibt sich sohin, dass die Schadensvermutung im Falle einer Zuwiderhandlung, die bereits vor dem Ende der Umsetzungsfrist der RL beendet wurde, nicht anwendbar ist. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Klageerhebung nicht an.⁴³ § 86 Abs 9 Satz 1 KartG schränkt die zeitliche Anwendbarkeit zusätzlich ein, indem er bestimmt, dass die §§ 37a bis 37g nur auf Schäden anzuwenden sind, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind.

B. Normzweck

1. Normzweck im engeren Sinn

- 13 Der 5. Abschnitt des II. Hauptstücks enthält die zentralen Regeln zum Schadenersatz im Kartellrecht, genauer zum Ersatz des Schadens, der durch Wettbewerbsverletzungen entsteht. Nach einer groben Einordnung sind dies einerseits mate-

39 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 49, 51 und 73 ff.

40 Vgl Scherzinger 310.

41 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 84 und 89.

42 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 95.

43 EuGH 22.6.2022, C-267/20, *Volvo und DAF TRUCKS*, ECLI:EU:C:2022:494, Rn 99 ff.

Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG)

BGBl I 2002/62 idF BGBl I 2021/176

Errichtung der Bundeswettbewerbsbehörde

§ 1. (1) Beim Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort ist eine Bundeswettbewerbsbehörde mit dem Ziel eingerichtet,

- a) funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen, indem Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Sinne des KartG 2005, BGBl. I Nr. 61/2005, oder der Europäischen Wettbewerbsregeln (§ 4 Abs. 1) in Einzelfällen entgegengetreten wird sowie
- b) eine die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und den Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren (§ 4 Abs. 2) wahrende Anwendung des KartG 2005, BGBl. I Nr. 61/2005, zu gewährleisten.

(2) Die Bundeswettbewerbsbehörde wird vom Generaldirektor für Wettbewerb geleitet. Dieser wird im Verhinderungsfall vom Leiter der Geschäftsstelle oder bei dessen Verhinderung durch dessen Stellvertreter vertreten. Der Generaldirektor für Wettbewerb hat eine Geschäftsordnung zu erlassen, in der insbesondere nähere Bestimmungen über die Aufgaben des Leiters der Geschäftsstelle zu treffen sind.

(3) Der Generaldirektor für Wettbewerb und im Verhinderungsfall der Stellvertreter sind bei der Besorgung der in § 2 genannten Aufgaben weisungsfrei und unabhängig.

(4) Die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort hat das Recht, sich jederzeit – auf Verlangen der Bundeswettbewerbsbehörde schriftlich – über alle Gegenstände der Geschäftsführung der Bundeswettbewerbsbehörde zu unterrichten. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort innerhalb angemessener Frist und auf Verlangen schriftlich alle diesbezüglichen Anfragen zu beantworten, soweit dies nicht laufende Ermittlungen gefährdet oder sonst der Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV im Sinne von Art. 4 der 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. Anfragen zu laufenden oder bevorstehenden Hausdurchsuchungen sind vom Auskunftsrecht nicht erfasst.

[idF BGBl I 2021/176]

Literatur

Barbist/Görg, Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetznovelle 2002 im Oberblick, *ecolex* 2002, 404; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³ (2014); *Eilmansberger*,

Zum Verhältnis zwischen allgemeinen Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, MR 2010, 353; *Fink*, Unterschiedliche Konzepte des „Wettbewerbs“ in der derzeitigen Kartellgesetznovelle, ÖZK 2012, 130; *Fischerlehner*, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach Art 20 B-VG idF der B-VGN 2008, JBl 2010, 417; *Görg/Brandstätter*, Kartellrecht 2002 – Kartellgesetznovelle und Wettbewerbsgesetz, RdW 2001/491; *Gugerbauer*, KartG und WettbG³ (2017) § 1 WettbG; *Harsdorf/Koprivnikar*, Die Richtlinie zur Stärkung der nationalen Wettbewerbsbehörden: Eine Reform der kleinen Schritte, *ecolex* 2018, 919; *Harsdorf/Ummenberger-Zierler/Reidlinger*, Europäische Vorgaben für Befugnisse und Unabhängigkeit nationaler Wettbewerbsbehörden, ÖBl 2019, 63; *Koprivnikar*, Aktuelle Neuerungen im österreichischen Kartell- und Wettbewerbsrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis 1/2022, 23; *Liewehr*, Das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht in der europäischen Elektrizitätswirtschaft, ÖZK 2011, 17; *Matousek in Petschel/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 WettbG; *Pabel*, Die Errichtung weisungsfreier Behörden durch den einfachen Gesetzgeber, ÖZW 2011, 18; *Polster*, Sektorspezifische Wettbewerbsregulierung und Kartellrecht im Telekommunikationssektor, *ecolex* 2005, 627; *Raschauer*, Die Bundeswettbewerbsbehörde und Art 6 EMRK, ÖZW 2008, 30; *Rehbinder in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht⁶ (2019) Art 3 VO 1/2003; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht⁴ (2019); *Thanner/Paulus*, BWB-NEU: Gedanken zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsystems, ÖZK 2009, 167; *Thurnher*, Einige Thesen zur Reform des österreichischen Kartellrechts, RdW 2000, 526; *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich (2007).

Übersicht

| | | |
|------|--|-------|
| I. | Errichtung der Bundeswettbewerbsbehörde | 1–4 |
| II. | Ziele der Bundeswettbewerbsbehörde | |
| A. | Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs..... | 5–9 |
| B. | Anwendung des KartG..... | 10 |
| 1. | Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht | |
| a) | Grundsätzliches..... | 11–13 |
| b) | Neuerungen durch die ECN+ Richtlinie..... | 14–17 |
| 2. | Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren... | 18–24 |
| III. | Aufbau und Organisation der Bundeswettbewerbsbehörde | |
| A. | Allgemeines..... | 25 |
| B. | Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit der BWB | |
| 1. | Allgemeines..... | 26–34 |
| 2. | Berichtspflicht nach Abs 4..... | 35–40 |

I. Errichtung der Bundeswettbewerbsbehörde

- 1 Obwohl Österreich bereits seit längerer Zeit über ein Kartellgesetz verfügt,¹ war dieses – ua aufgrund des institutionellen Gefüges und des damit einhergehenden sehr eingeschränkten Vollzugs² – lange totes Recht.³ Dies stieß

1 Kartellgesetz 1988, BGBl 1988/600.

2 *Görg/Brandstätter* 491.

3 *Thurnher* 526 ff.

sowohl europäisch als auch international immer öfter auf Kritik, ua von Seiten der OECD,⁴ da wettbewerbsbeschränkende Absprachen sowie Missbräuche von marktbeherrschenden Stellungen weltweit in ständig steigendem Ausmaß volkswirtschaftliche Schäden, va in Form von erhöhten Preisen und verminderten Angeboten, verursachen, die sich schlussendlich negativ auf jeden einzelnen Nachfrager, insb die Konsumenten, auswirken können.⁵ Am 1.7.2002 wurde auf Grundlage des WettbG die **Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)** errichtet, da die bis dahin bestandenen Strukturen und strafrechtlichen Sanktionen auf dem Gebiet des Kartellrechts als nicht ausreichend wirksam erachtet wurden.⁶

Die BWB ist eine **monokratisch organisierte Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde**, die ihre Aufgaben durch entsprechende Antragstellung an das KG wahrzunehmen hat. Durch die Einrichtung der BWB (sowie des BKartAnw) wurde somit auch die mit der KartGNov 1999⁷ eingeführte und vom Gesetzgeber als unbefriedigend bezeichnete Befugnis zum amtswegigen Einschreiten des KG im öffentlichen Interesse beseitigt,⁸ die ein Zusammenfallen von Ankläger und Richter statuierte. Das von Österreich gewählte Institutionengefüge einer Verwaltungsbehörde, die ihrerseits nicht zugleich Entscheidungsbehörde ist, stellt dabei im europäischen Vergleich eine Minderheitenposition dar, zumal in den meisten Mitgliedstaaten die nationalen Wettbewerbsbehörden in der Sache selbst entscheiden und daran anschließend eine vollinhaltliche Kontrolle der Gerichte geknüpft wird.⁹

Demgegenüber herrscht in Österreich ein **zweistufiges System**, auf dessen 3 erster Ebene das Verfahren vor der BWB als Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde geführt und auf zweiter Ebene, über entsprechenden Antrag (sowie die damit zusammenhängende Amtsparteistellung) der BWB, vor dem KG, und zwar dem OLG Wien, dh einem ordentlichen Gericht, abgewickelt wird. Damit orientiert sich das österr System nicht an dem in der Union vorherrschenden Modell, sondern eher noch am US-amerikanischen, welches eine strikte Gewaltentrennung vorsieht. Auch wenn der BWB bestimmte Entscheidungskompetenzen – in der Form von Ladungsbescheiden (§ 11 WettbG iVm § 19 AVG) und Auskunftsbeseiden (§ 11a WettbG) – zukommen, kann das von Österreich gewählte Modell durchaus als positives Beispiel für eine strikte Trennung zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde angesehen werden.

4 Vgl OECD, Länderempfehlung für Österreich 2001, 17.

5 Vgl Bericht der OECD, Hard Core Cartels 2000.

6 ErlRV 1005 BlgNR 21. GP 17.

7 BGBl I 1999/126.

8 ErlRV 1005 BlgNR 21. GP 18.

9 Vgl dazu den Bericht der EK, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

- 4 Organisatorisch wurde die BWB unabhängig und weisungsfrei **beim Bundesministerium für Wirtschaft** (vormals Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, BMDW, jetzt Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft, BMAW) durch Ausgliederung der ehemaligen Wettbewerbsabteilung dieses Ministeriums eingerichtet. Insofern ist die BWB keine dem BMAW nachgeordnete Behörde, sondern diesem vielmehr beigeordnet. Der/die BMAW ist zuständige Dienstbehörde, der Generaldirektor jedoch gem § 8 Abs 5 WettbG Dienststellenleiter. Das bedeutet, dass bspw der Dienstplan (regelt die Dienstzeit) von der Behördenleitung erlassen wird.

Da auch außenwirksame Akte im Namen der BWB (und nicht im Namen des/der BMAW) erlassen werden, spricht *Raschauer* davon, dass es sich bei der BWB um ein „*teilweise verselbständigtes Amt*“ handelt, welches jedoch trotz Ausgliederung dem Ministerium nicht als eigenständig-unabhängige Behörde zur Seite gestellt ist.¹⁰ Da das Handeln der BWB ein Verwaltungshandeln des Bundes darstellt, sind jedenfalls die Bestimmungen zur **Amtsverschwiegenheit** (Art 20 Abs 3 B-VG), zur **Auskunftspflicht** (Art 20 Abs 4 B-VG) und zur **Amtshilfe** (Art 22 B-VG) zu beachten.

II. Ziele der Bundeswettbewerbsbehörde

A. Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs

- 5 Bis zum KaWeRÄG 2021 standen die in § 1 Abs 1 lit a WettbG genannten Ziele der BWB, nämlich (i) **funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen** und (ii) **Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen** iSd KartG oder der Europäischen Wettbewerbsregeln in Einzelfällen **entgegenzutreten**,¹¹ gleichrangig nebeneinander. Die Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs ging somit inhaltlich weit über das bloße Aufgreifen und Verfolgen konkreter, wettbewerbsrechtlicher Beeinträchtigungen hinaus.¹² Aufgrund der beschriebenen negativen (volkswirtschaftlichen) Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ging die Zielsetzung für die BWB – unter Anwendung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel – klar in Richtung einer umfassenden Aufrechterhaltung eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs unter den jeweiligen Marktteilnehmern. Damit wurde gleichsam ein funktionierender Wettbewerb als ordnungspolitisches Prinzip festgeschrieben.
- 6 Mit dem KaWeRÄG 2021 wurde die bisherige Gleichordnung der in § 1 Abs 1 lit a WettbG genannten Ziele angepasst, da nach dem Verständnis des Gesetzgebers die BWB als Vollzugsbehörde nicht gesamthaft für die Sicherstellung funktionierenden Wettbewerbs zuständig sein könne.¹³ Folglich ist es nunmehr primär Ziel der BWB, funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen,

10 *Raschauer* 30.

11 Eingefügt mit der WettbG-Novelle 2005, BGBl I 2005/62.

12 So auch *Matousek* Rz 1.

13 ErlRV 951 BlgNR 27. GP 25.

indem Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen in Einzelfällen entgegengetreten wird. Diese Änderung führt zumindest nach ihrem Wortlaut zu einer gewissen Verengung des Bedeutungsinhalts des § 1 Abs 1 lit a WettbG. Die Erl sprechen allerdings von einer redaktionellen Anpassung.¹⁴ Daher ist der Bereich der „**Competition Advocacy**“, in deren Rahmen die BWB durch Beratung und Bewusstseinsbildung der Öffentlichkeit eine proaktive Sicherstellung des Wettbewerbs betreibt, wohl weiter vom Aufgabenkatalog umfasst. Um zukünftigen Verstößen entgegenzuwirken und Marktteilnehmer wie Rechtsvertreter auf wettbewerbsrelevante Themenkomplexe aufmerksam zu machen sowie die Behördenpraxis transparent zu gestalten, veröffentlicht die BWB auf ihrer Homepage etwa unverbindliche und unpräzise **Standpunkte und Leitfäden** zu diversen Bereichen (bspw Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen; zur Anmeldebedürftigkeit von Zusammenschlüssen usw, s nunmehr § 2 Abs 5 WettbG). Darüber hinaus veranstaltet die BWB in regelmäßigen Abständen auch Vorträge, welche zur Schärfung des Bewusstseins und zur Prävention beitragen sollen.

Aufgrund diverser Anmerkungen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum KaWeRÄG 2021 wurde in den Erl noch explizit festgehalten, dass unter dem Begriff „Entgegenreten“ sowohl ein „Abstellen“ als auch ein „Verhindern“ zu verstehen ist und somit nicht nur die Verfolgung konkreter Verstöße, sondern auch Ex-ante-Maßnahmen von den Zielen der BWB umfasst sein können.¹⁵ Beispielhaft genannt werden etwa die Beratung von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die Erstellung von Leitfäden über die Ermessensausübung der BWB (s *Ranftl/Harsdorf-Borsch* § 2 WettbG Rz 63) oder die Abgabe von Stellungnahmen, die das Aufgabengebiet der BWB betreffen (s *Ranftl/Harsdorf-Borsch* § 2 WettbG Rz 54 ff u § 10 WettbG Rz 35 ff). Diese Ex-ante-Maßnahmen sollen dabei keine Kernaufgaben der BWB darstellen und dürfen nicht zu Lasten der Verfolgung konkreter Verstöße gehen. Die BWB kann folglich auch weiterhin Maßnahmen im Bereich der Competition Advocacy treffen, auch wenn diese nach den Erwägungen des Gesetzgebers keine explizite Kernaufgabe der Behörde darstellen sollen. **7**

Vor diesem Hintergrund ist auch die Neugliederung der Aufgaben der BWB in § 2 WettbG und der Entfall der Stellungnahmemöglichkeit der BWB zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik (vormals § 2 Abs 1 Z 5 WettbG) zu sehen. Die Neuregelung des § 10 Abs 2 WettbG sieht eine eigenständige Stellungnahmemöglichkeit der BWB nur mehr im Rahmen von Begutachtungsverfahren sowie der Vollziehung des Wettbewerbsrechts zu ihr Aufgabengebiet betreffenden wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbsökonomischen Fragen vor. **8**

14 ErlRV 951 BlgNR 27. GP 25.

15 ErlRV 951 BlgNR 27. GP 25.

Diese Klarstellung in den Erl ist dabei auch vor dem Hintergrund der ECN+ RL¹⁶ zu beachten, die Competition Advocacy als eine wichtige Aufgabe nationaler Wettbewerbsbehörden im Bereich der Bewusstseinsbildung und Prävention sieht. Diesem Auftrag der nationalen Wettbewerbsbehörden trägt Art 5 Abs 2 IS der ECN+ RL insofern Rechnung, als demnach Wettbewerbsbehörden, nach Maßgabe des nationalen Rechts, öffentliche Einrichtungen und Stellen zu Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die sich auf den Wettbewerb im Binnenmarkt auswirken könnten, gegebenenfalls beraten können und die Öffentlichkeit verstärkt für die Art 101 und 102 AEUV sensibilisieren sollen.

- 9 Unverändert bleibt die Möglichkeit der BWB, nicht nur aktuellen oder bereits abgeschlossenen Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen, sondern gerade auch **zukünftigen Beeinträchtigungen** entgegenzutreten. Dieser sich schon aus den Erl zur WettbG-Novelle 2005¹⁷ ergebende Umstand wird auch in den Erl zum KaWeRÄG 2021 noch einmal betont (arg „*verhindern*“).¹⁸ Damit sind vom Ziel eines Entgegentretens gegen Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen nicht nur die Ex-post-Beurteilung von Kartell- und Missbrauchsfällen (iSd § 1 und 4 KartG; Art 101 und 102 AEUV) erfasst, sondern insb auch eine Ex-ante-Prüfung marktstrukturell erheblicher Veränderungen aufgrund geplanter **Zusammenschlussvorhaben**. Wegen der kurzen Fristen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wandelt sich die Funktion der BWB hier jedoch von einer Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde hin zu einer Art „Aufsichts- und Prüfbehörde“. In diese Richtung gehen ebenfalls die Befugnisse der BWB, Branchenuntersuchungen oder ein Wettbewerbsmonitoring durchzuführen.

B. Anwendung des KartG

- 10 § 1 Abs 1 lit b WettbG enthält ein weiteres, dem in lit a normierten Ziel gleichgeordnetes, nämlich die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und eine den Zusammenhang mit **Entscheidungen der Regulatoren** (§ 4 Abs 2 WettbG) wahrende Anwendung des KartG zu gewährleisten.

1. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

a) Grundsätzliches

- 11 Das Ziel, die **Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht** sicherzustellen, ergibt sich aus der Bestimmung des Art 3 VO 1/2003, der das Verhältnis zwischen nationalem und unionalem Kartellrecht regelt. Gem **Art 3 Abs 1 VO 1/2003** sind die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte verpflichtet,

16 RL 2019/1 vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl L 11/3.

17 ErlRV 942 BlgNR 22. GP 2.

18 ErlRV 951 BlgNR 27. GP 25.

neben nationalem Recht **parallel** dazu auch **Unionsrecht anzuwenden**, soweit die konkreten kartellrechtlich bedenklichen Vereinbarungen bzw. Marktmissbräuche geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dabei darf gem **Art 3 Abs 2 VO 1/2003** die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und abgestimmten Verhaltensweisen führen, die zwar die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen, jedoch den Wettbewerb iSd Art 101 Abs 1 AEUV nicht einschränken oder verfälschen, die Einzelfreistellungsvoraussetzungen des Art 101 Abs 3 erfüllen oder von einer Gruppenfreistellung als zulässig erklärt werden. Vergleichbares gilt auch in Bezug auf die Missbrauchsaufsicht nach Art 102 AEUV, allerdings mit der Maßgabe, dass Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet strengere nationale Vorschriften in Bezug auf einseitige Handlungen von Unternehmen erlassen oder anwenden dürfen. Die Bestimmung des Art 3 Abs 2 VO 1/2003 in Bezug auf von Art 101 AEUV erfasste bi- oder multilaterale Verhaltensweisen bezeichnet dabei keinen echten Anwendungsvorrang, sondern entfaltet vielmehr eine **faktische Verdrängungswirkung**, die dazu führt, dass innerstaatliches Recht zwar im Einzelfall anwendbar bleibt, dessen Rechtsfolgen aber durch das mildere Unionsrecht verdrängt werden.¹⁹ Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass für den Fall, dass nationales Recht zu einer anderen Rechtsfolge führen würde, als es das EU-Kartellrecht (bei entsprechender Zwischenstaatlichkeit) vorsieht, die nationale Rechtsfolge außer Acht zu lassen ist und ausschließlich jene nach Art 101 AEUV einzutreten hat.²⁰

Die praktische Relevanz dieser **Vorrangregel** wird jedoch erheblich durch den Umstand gemindert, dass sowohl § 1 als auch § 5 KartG weitgehend dem **Unionsrecht nachgebildet** wurden.²¹ Dies hat auch zur Folge, dass die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte zu Art 101 und 102 AEUV für eine Auslegung des KartG heranzuziehen ist. Mit den Bestimmungen zur **parallelen Anwendungspflicht des Unionsrechts** und der Konvergenzregel in Art 3 VO 1/2003 soll vermieden werden, dass die für die Anwendung des unionalen Wettbewerbsrechts primär zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte nicht dessen Anwendbarkeit unterlaufen bzw. unterschiedliche Regelungsstandards anwenden. IdZ ist auch die der BWB eingeräumte Amtsparteistellung (§ 2 Abs 1 Z 1 WettbG iVm § 40 KartG) zu beachten, die es der BWB ermöglicht, auf die Anwendung des KartG Einfluss zu nehmen, und zwar auch dann, wenn sie selbst nicht Antragstellerin ist, und somit eine entsprechende Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht sicherzustellen. Auf eine entsprechende Kohärenz hinzuwirken ist somit ebenfalls Ziel und Aufgabe der BWB.

19 Vgl *Rehbinder* Rz 19.

20 *Bechtold/Bosch/Brinker* Rz 12.

21 ErlRV 926 BlgNR 22. GP 4.

b) Neuerungen durch die ECN+ Richtlinie

- 14 Durch die VO 1/2003 wurde ein **dezentrales Durchsetzungssystem** der Art 101 und 102 AEUV geschaffen, welches neben der EK auch die nationalen Wettbewerbsbehörden verpflichtet, EU-Wettbewerbsrecht zu vollziehen. Die Ausgestaltung dieses Systems, mit dem eine effektive Vollziehung des EU-Wettbewerbsrechts sichergestellt werden sollte, wurde dabei weitestgehend den Mitgliedstaaten überlassen. Im Zuge des zehnjährigen Jubiläums der VO 1/2003 wurde von der EK eine Evaluierung der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln durch die EK und die nationalen Wettbewerbsbehörden durchgeführt (zum Netzwerk der Wettbewerbsbehörden-ECN s *Ranftl/Harsdorf-Borsch* § 3 WettbG Rz 8 ff).²²
- 15 Dabei zog die EK ein durchaus positives Fazit den materiellen Rechtsrahmen betreffend, identifizierte jedoch **Mängel der mitgliedstaatlichen Verfahrensregelungen**, die geeignet erschienen, die effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu beeinträchtigen. Diese Ergebnisse fanden 2018 in der sog ECN+ RL Niederschlag, die bis zum 4.2.2021 in nationales Recht umzusetzen war. So wird etwa in den Erwägungsgründen dieser RL angeführt, dass nationales Recht häufig den Garantien im Hinblick auf die Unabhängigkeit, die Ressourcen und die Befugnisse im Bereich der Durchsetzung und der Verhängung von Geldbußen entgegensteht.²³ So würden nationale Wettbewerbsbehörden vielfach nicht über angemessene personelle und finanzielle Ressourcen verfügen und keine hinreichende operative Unabhängigkeit aufweisen. Insofern ist die ECN+ RL als Instrument zur Stärkung nationaler Wettbewerbsbehörden zu verstehen.
- 16 Da im Rahmen der österreichischen Umsetzung aufgrund bereits bestehender konformer Regelungen nicht sämtliche Bestimmungen in nationales Recht umzusetzen waren, werden die konkreten Änderungen bzw Neuregelungen durch die ECN+ RL im Zuge der einzelnen Bestimmungen besprochen. Zusammengefasst betrifft die ECN+ RL folgende Bereiche:
- **Grundrechtliche Garantien** betreffend die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art 3 ECN+ RL);
 - **Unabhängigkeit und Ressourcen** in Bezug auf die Behörden selbst sowie ihrer Mitarbeiter, die Festsetzung eigener Prioritäten und einer „Cool-off-Phase“ (Art 4 und 5 ECN+ RL);
 - **Befugnisse der Wettbewerbsbehörde** betreffend Hausdurchsuchungen („Nachprüfungen“), Auskunftsverlangen und Befragungen, Feststellung/Abstellung von Zuwiderhandlungen, einstweilige Maßnahmen und Verpflichtungszusagen (Art 6 bis 12 ECN+ RL);

22 Mitteilung der EK, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives (SWD[2014] 230) (SWD[2014] 231).

23 Erwägungsgrund 5 der ECN+ RL.

- **Geldbußen und Zwangsgelder** auch im Hinblick auf diverse sonstige Verstöße, wie bspw die Nichtduldung einer Hausdurchsuchung oder das Nichterscheinen zu einer Einvernahme; darüber hinaus werden Grundsätze für die Berechnung von Geldbußen aufgestellt (Art 13 bis 16 ECN+ RL);
- **Kronzeugenprogramme**, hinsichtlich derer es zu einer Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Programme unter Wahrung nationaler Spielräume kommt, etwa bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen, Form und Inhalt der Kronzeugenerklärung sowie der Implementierung eines „Marker“-Systems; auch ein entsprechendes Zusammenspiel mit der EK im Rahmen von Kurzanträgen („summary applications“) ist vorgesehen (Art 17 bis 23 ECN+ RL);
- **Zusammenarbeit** zwischen den **nationalen Wettbewerbsbehörden** in Bezug auf Ermittlungsmaßnahmen, Mindestvoraussetzungen für nationale Verjährungsfristen für Zuwiderhandlungen gegen Art 101 oder 102 AEUV, die Rolle der Verwaltungsbehörde vor nationalen Gerichten, Akteneinsicht und die Zulässigkeit von Beweismitteln (Art 24 bis 32 ECN+ RL).

Dabei verfolgt die ECN+ RL das Ziel einer **Mindestharmonisierung**. Die einzelnen Mitgliedstaaten sind daher grundsätzlich nicht daran gehindert, weitergehende Ermittlungs- oder Sanktionsbefugnisse einzuführen bzw bereits bestehende beizubehalten. Selbiges gilt auch für weitergehende institutionelle Garantien in Bezug auf die Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden.²⁴ 17

2. Zusammenhang mit Entscheidungen der Regulatoren

Gem § 1 Abs 1 lit b WettbG hat die BWB darüber hinaus auch eine den Zusammenhang mit **Entscheidungen der Regulatoren** (zur Begriffsbestimmung s *Ranftl/Harsdorf-Borsch* § 4 WettbG Rz 7 ff) wahrende Anwendung des KartG zu gewährleisten. Die genaue Stoßrichtung dieser Zielbestimmung muss aus verschiedenen Gründen differenziert gesehen werden. 18

Regulatoren bestehen va in jenen **Industrien und Sektoren**, die sich vormalis **in der Hand des Staates** befanden und für die Gesellschaft versorgungswesentliche Leistungen (Daseinsvorsorge bzw Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse) bereitstellen. Zumeist sind solche Industrien netzwerkgebunden – wie etwa die Telekommunikations-, Elektrizitäts-, Gas- oder Eisenbahninfrastruktur – und weisen wesentliche Elemente eines natürlichen Monopols auf, deren Kosten zur Errichtung der Netzwerkinfrastruktur, um entsprechende Leistungen anbieten zu können, als versunkene Kosten anzusehen sind. 19

Auch wenn es in den vergangenen Jahrzehnten europaweit zu einer **Entmonopolisierung bzw Liberalisierung** in den regulierten Sektoren gekom- 20

²⁴ Vgl *Harsdorf/Koprivnikar* 919.

men ist, sind die heute dort auftretenden Marktteilnehmer häufig immer noch relativ marktmächtige Unternehmen, die ein Zusammenspiel von Regulierungsvorschriften und Kartellrecht va im Bereich der Missbrauchskontrolle als geboten erscheinen lassen. Die wettbewerbs- und regulierungspolitischen Probleme, die sich in diesen Sektoren ergeben, sind einerseits die Möglichkeit vormaliger Monopolisten, unverhältnismäßig hohe Preise zu verlangen oder Wettbewerber vom Markteintritt abzuhalten (iSd *essential facility doctrine* usw); andererseits wird ihnen aber oft auch eine **Universaldienstverpflichtung** auferlegt, die es erforderlich macht, solche Unternehmen teilweise vor Wettbewerb zu schützen, damit sie diesen Verpflichtungen für die Gesellschaft nachkommen können. Einige der im Regulierungsrecht enthaltenen Bestimmungen, wie zB Mitbenutzungsrechte an kritischen Infrastrukturen oder eine nicht diskriminierende und verhältnismäßige Behandlung von Mitbewerbern, lehnen sich zwar an kartellrechtliche Überlegungen und Prinzipien an, andere, wie bspw mögliche Preisgrenzen, widerstreiten hingegen der Idee des freien Wettbewerbs.

- 21 Aufgrund der umrissenen Grundsätze erweist sich eine Berücksichtigung von Entscheidungen der Regulatoren oft schon deshalb als schwierig, da dem **ex post anwendbaren Kartellrecht** eine rückwärts gerichtete Betrachtungsweise innewohnt, die auf historischen Beweisen eines Missbrauchs (oder einer Verletzung des Kartellverbots) aufbaut. Das **ex ante ansetzende Regulierungsrecht** hingegen versucht mit seiner – auf öffentlichen Interessen beruhenden – Beschreibung von Marktverhalten zukünftige Sachverhalte zu erfassen und bestimmte Handlungen zu verhindern. Auch der Umstand, dass Regulatoren häufig mit Aufgaben der Wettbewerbsregulierung oder -aufsicht betraut sind, dabei aber wohl zumeist andere Zielrichtungen ausschlaggebend sind und oft andere Indikatoren bei der Bestimmung missbräuchlichen Verhaltens herangezogen werden (etwa bei den heranzuziehenden Kostenmodellen), lässt die Zielbestimmung des § 1 Abs 1 lit b WettbG unklar erscheinen.²⁵ Insofern können Regulatoren sowohl als eine besondere Art von Wegbereitern von Wettbewerb als auch als Garanten anderer politischer und wirtschaftlicher Ziele betrachtet werden, bis sich entsprechende Bedingungen für effektiven Wettbewerb herausgebildet haben.
- 22 Darüber hinaus sind in den Regulierungsvorschriften zumeist auch Bestimmungen enthalten, die explizit darauf verweisen, dass die Zuständigkeit des KG unberührt bleibt, und somit eine **parallele Anwendung von Regulierungsrecht und Kartellrecht** festschreiben (etwa § 2 Abs 4 TKG). Dies ist auch in mittlerweile stRsp sowohl auf österr als auch auf unionaler Ebene verankert. So hielt etwa der OGH fest, dass bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Verfahren zur Abstellung eines Missbrauchs nach dem KartG unabhän-

25 Vgl zu möglichen Lösungen *Eilmansberger* 358 f.