

Vorwort

Am Anfang stand die Idee des Verlages, einen kurzen Praxiskommentar zum österreichischen Kartellrecht herauszubringen. Im Zuge der Planungen stellte sich jedoch heraus, dass in Österreich der Bedarf nach mehr besteht. Dafür galt es ein entsprechendes Team zusammenzustellen, was mit mehr als 30 Autorinnen und Autoren nicht nur aus den Wettbewerbsbehörden Österreichs, sondern auch mit führenden Köpfen aus der Advokatur und – erstmals für ein solches Werk – auch Mitarbeitern der Europäischen Union auch gelungen ist.

Mit diesem Rückgrat an Experten entstand mit der Zeit ein immer umfangreicherer Kommentar. Dazu beigetragen haben auch die während der Arbeiten verabschiedeten Novellen zum Kartell- und zum Wettbewerbsgesetz, nämlich die Novelle BGBl I 2005/61 und das KaWeRÄG 2021, samt den dazu ergangenen Verordnungen sowie das Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (FWBG). Hinzu kamen noch die zahlreichen Neuerungen auf Unionsebene, die es in einem Kommentar des „nationalen“ Rechts zu behandeln galt.

Doch auch die Praxis lieferte immer wieder Stoff für die juristische Auseinandersetzung, wobei das „Baukartell“ nur einen – wenn auch den wichtigsten – Impetus bildete.

Mit dem Ziel der Praxistauglichkeit vor Augen war uns klar, dass auch in Bezug auf die Aktualität keine Abstriche gemacht werden sollten. Das bedingte wiederum die Einarbeitung selbst der jüngsten Entwicklungen.

Insgesamt war es uns ein Anliegen, die Entscheidungspraxis der österreichischen Wettbewerbsbehörden sowie – wo angebracht – auch der Unionsorgane einzuarbeiten. Dabei war die jahre-, teils jahrzehntelange Erfahrung des Teams auf unionaler und nationaler Ebene von unschätzbbarer Bedeutung. Nicht zu kurz sollte auch das Schrifttum kommen, wobei darauf Bedacht genommen wurde, nicht nur die „österreichische“ Lehre angemessen zu berücksichtigen. Eingearbeitet wurde die relevante Entscheidungspraxis bis einschließlich des ersten Halbjahres 2022 und die Literatur bis Ende 2021. Durch die kritische Auseinandersetzung mit so mancher Entscheidung und Publikation wurde auch ein Beitrag zur wissenschaftlichen Aufarbeitung des Kartellrechts geleistet.

Dem engagierten Team sowie dem Verlag, insbesondere der Lektorin Frau Mag. *Angelika Glaser*, sei für die Begleitung der sehr umfangreichen und formal anspruchsvollen Kommentierungen gedankt.

Möge die Lektüre leichter sein als das Werk ...

Wien, im September 2022

Alexander Egger
Natalie Harsdorf-Borsch

Geleitwort Sabine Völkl-Torggler

Das österreichische Kartellgesetz ist auf einer weiten Reise.

Mit Beginn des Jahres 2006 trat es in Kraft und schrieb den 2002 eingeleiteten Systemwechsel hin zum Kartellverbot fest. Er löste die gänzlich anders geartete Auffassung von Kartellen als unvermeidliche Erscheinungen des Geschäftslebens, die genehmigt und unter Aufsicht mit einem Kartellregister verwaltet werden müssen, ab. Noch im Kartellgesetz 1988 wurde für die Mitglieder eines Kartells gut gesorgt, mit materiellen Bestimmungen über Kündigung und Austritt, Mäßigung von Vertragsstrafen etc, und mit zivilprozessualen Bestimmungen für Verfahren, die Kartellverträge betrafen – all das seit 1995 im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei Kartell- und Kartellobergericht.

Allein dass uns dies heute so fremd und völlig aus der Zeit gefallen erscheint, zeigt, welchen tiefgreifenden Wandel das Kartellgesetz 2005 gebracht hat.

Durch das Wettbewerbsgesetz 2002 wurde eine neue Behördenstruktur mit den beiden Amtsparteien Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt und durch das Kartellgesetz 2005 ein die neuen Anforderungen erfüllendes Rahmenwerk geschaffen. Es kam es zur inhaltlichen Angleichung des materiellen innerstaatlichen Kartellrechts an das Unionsrecht. In verfahrensrechtlicher Hinsicht entschied sich der Gesetzgeber im Wesentlichen für die Anwendung des eben erst tiefgreifend novellierten Außerstreitgesetzes.

Und so kam es, dass damals auf den Schreibtischen aller, die mit österreichischem Kartellrecht befasst waren, die bloßen Gesetzestexte und -materialien lagen, mit der Einladung, die Zeitenwende mit Leben zu erfüllen. Und dies gelang, Schritt für Schritt, auf beeindruckende Art und Weise.

Im materiellen Kartellrecht konnte auf die deutschen Kommentare zum europäischen Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden. Was das Verfahren betrifft, so fanden sich im Kartellgesetz selbst nur wenige Bestimmungen. Zu den Verfahrensbestimmungen im Außerstreitgesetz kam eine Verweisungstechnik auf die Zivilprozessordnung, wonach nur bestimmte Paragraphen der ZPO im außerstreitigen Verfahren zur Anwendung kamen. All dies musste für das Kartellverfahren umgesetzt und angepasst werden.

Damals wurde der Grundstein für eine bis heute funktionierende Kartellrechts-Community gelegt, die – bei allen verschiedenen Interessenlagen – das Anliegen eint, den Zielen des Wettbewerbsrechts zum Durchbruch zu verhelfen. Es wurde sowohl intern als auch zwischen der Kartellgerichtsbarkeit, den Amtsparteien, der Rechtsanwaltschaft, der Wissenschaft und allen, die mit Wettbewerbsrecht befasst waren, das Gespräch gesucht. Seminare wurden veranstaltet, erste Werke zum Kartellverfahrensrecht und zur Kommentierung des Kartell- und Wettbewerbsgesetzes erschienen. Von einem Großkommentar mit über 1.700 Seiten hätte damals wohl niemand zu träumen gewagt.

Der Reiseantritt war gelungen. Doch ein zufriedenes Zurücklehnen brachte er nicht. Keine lange Reise ist vor den Mühen der Ebene gefeit.

Mit den Kartell- und Wettbewerbsänderungsgesetzen 2012, 2017 und 2021 gab es wohl ähnlich große Paradigmenwechsel wie mit der Einführung des Kartellgesetzes 2005. Das Wettbewerbsrecht sah – und sieht – sich vor völlig neue Herausforderungen gestellt. Sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene musste auf Digitalisierung und Plattformökonomie reagiert werden. Das Dogma, dass der Wettbewerb und damit die Konsumentenwohlfaht praktisch allein durch den niedrigsten Preis und das größte Wachstum bestimmt werden, gibt es nicht mehr. Geplante Obsoleszenz weicht der Ressourceneffizienz. Und wie der europäische Green Deal durch Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln unterstützt werden kann, wie es zu einem „level playing field“ für kollektive Nachhaltigkeitsinitiativen ohne „green washing“ oder „green killer acquisitions“ kommt – das alles sind große Fragen, auf die das Wettbewerbsrecht Antworten finden muss.

Und so ist ein neuer Großkommentar zum Kartell- und Wettbewerbsgesetz nicht nur eine willkommene Hilfe bei der täglichen Arbeit, sondern auch ein Raum, sich mit diesen Fragen in einer immer schnelleren Entwicklung auseinander zu setzen und Antworten darauf zu finden. Ein solches Format gab es bisher in der österreichischen Literatur zum Kartellrecht noch nicht. Die Fülle an hochqualifizierten Autorinnen und Autoren spricht für sich.

Ich wünsche dem vorliegenden Werk, dass es ein guter Reisebegleiter für alle, die mit Wettbewerbsrecht befasst sind, sein wird.

Dr. Sabine Völkl-Torggler
Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien iR

Geleitwort Andreas Mundt

Der Bitte meiner geschätzten Kollegin und Mitherausgeberin dieses Kommentares, Dr. Natalie Harsdorf-Borsch, ein Vorwort für den vorliegenden Großkommentar zum österreichischen Kartellrecht zu verfassen, habe ich mit großer Freude entsprochen. Es ist mir aufgrund der traditionell engen Beziehungen zwischen dem Bundeskartellamt und der Bundeswettbewerbsbehörde eine große Ehre, ein Vorwort zu einem Kommentar zum österreichischen Kartellrecht beizutragen. Deutschland und Österreich verbindet vieles. Dies beginnt mit der geografischen Nachbarschaft mit einer seit Jahrzehnten offenen gemeinsamen Staatsgrenze und setzt sich mit sehr vielen sprachlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Gemeinsamkeiten fort. Und natürlich arbeiten das Bundeskartellamt und die Bundeswettbewerbsbehörde besonders intensiv zusammen. Dies ist nicht zuletzt in der engen wirtschaftlichen Verflechtung beider Länder begründet. Deutschland ist mit Abstand der wichtigste Handelspartner Österreichs. Mit einem Handelsvolumen von über 100 Mrd Euro im Jahr 2021 zählt Österreich gleichzeitig zu den wichtigsten Handelspartnern Deutschlands. Viele österreichische und deutsche Unternehmen unterhalten in dem jeweiligen Nachbarland Niederlassungen, beschäftigen Arbeitnehmer aus dem Nachbarland oder liefern Waren und erbringen Dienstleistungen für Kunden aus dem Nachbarland. Solche engen Handelsbeziehungen machen eine Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörden unverzichtbar – bilateral, auf europäischer Ebene und darüber hinaus.

Auf internationaler Ebene sind die Bundeswettbewerbsbehörde und das Bundeskartellamt in vielen etablierten Foren enge Partner. Hervorzuheben sind insbesondere das International Competition Network (ICN), die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit (OECD) und die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD). Die Bundeswettbewerbsbehörde ist seit ihrem Bestehen Mitglied des ICN, des einzigen globalen Gremiums, das sich ausschließlich mit der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts befasst und dessen Mitglieder nationale wie multinationale Wettbewerbsbehörden sind. Seit dem Jahr 2001 ist das ICN von seinerzeit 14 Gründungsmitgliedern – zu denen auch das Bundeskartellamt zählt – auf derzeit 140 Mitgliedsbehörden aus 130 Ländern gewachsen. Als Gründungsmitglieder arbeiten Österreich und Deutschland auch im Rahmen der OECD zusammen, in der Österreich seit vielen Jahren eine Führungsrolle zukommt. Dr. Harsdorf-Borsch nimmt seit 2018 die Rolle der Koordinatorin der OECD-Länder im Rahmen der Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE) der UNCTAD wahr, womit Österreich auch im Competition Bureau, dem Lenkungs-gremium des OECD Competition Committee, vertreten ist.

Der intensivste Austausch auf internationaler Ebene zwischen österreichischer und deutscher Wettbewerbsbehörde findet zweifelsfrei im Rahmen des

Netzwerks der Europäischen Wettbewerbsbehörden (ECN) statt. Das ECN ermöglicht eine enge bilaterale Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Gerade für Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellamt ist das ECN für die Kartellrechtsdurchsetzung von großer Bedeutung. Oftmals haben die Beteiligten eines Verfahrens ihren Unternehmenssitz im jeweiligen Nachbarland. Kartelle und Fusionen betreffen nicht selten beide Länder. Teilweise sind auch identische (Endkunden-)Märkte möglich, beispielsweise wenn Märkte entlang von Sprachräumen abzugrenzen sind. Hieraus erwächst ein Bedarf an Koordinierung, Informationsaustausch und Amtshilfe in einem Ausmaß, wie er seitens des Bundeskartellamts mit keinem anderen Mitgliedstaat besteht. Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellamt unterstützen sich regelmäßig bei Verfahren. Dies betrifft insbesondere Bußgeldverfahren und damit verbundene Durchsuchungen. Beide Behörden können auf eine enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit zurückblicken. Daneben haben Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellamt in mehreren Kartellfällen parallele Verfahren geführt. Das prominenteste Beispiel dürfte das sog Zuckerkartell sein, das von beiden Wettbewerbsbehörden mit Bußgeldern belegt wurde. Dabei kam die Frage auf, wie der Grundsatz „ne bis in idem“ (Verbot der Doppelbestrafung, Art 50 EU-Grundrechtecharta) bei der dezentralen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch verschiedene mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden in parallelen Bußgeldverfahren auszulegen ist. Diese Frage wurde vom Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des österreichischen Obersten Gerichtshofs behandelt. Der EuGH bestätigt in seinem Urteil vom 22. März 2022, dass der Grundsatz „ne bis in idem“ dahin auszulegen ist, dass mehrere Verfahren und Geldbußen verschiedener nationaler Wettbewerbsbehörden zur Durchsetzung des Kartellverbots gemäß Art 101 AEUV zulässig sein können. Voraussetzung ist laut EuGH, dass die Wettbewerbsbehörden die Taten jeweils nur wegen des wettbewerbswidrigen Zwecks oder wegen der wettbewerbswidrigen Wirkung im Inland verfolgen und bebußen. Hieran sehen sich Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellamt jeweils schon durch das im jeweiligen nationalen Recht vorgesehene Auswirkungsprinzip bzw den Territorialitätsgrundsatz gebunden, deren Anwendbarkeit in dieser Fallkonstellation auch Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen vom 2. September 2021 inzident bestätigte.

Neben den institutionalisierten internationalen Foren gibt es einen regen informellen Austausch. Hervorzuheben ist das regelmäßige Vier-Länder-Treffen der Wettbewerbsbehörden aus der Schweiz, Österreich, Liechtenstein und Deutschland. Auf Ebene der Anwaltschaft gibt es regelmäßige Kontakte zwischen österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertretern. So besteht seit dem Jahr 2000 innerhalb der ursprünglich auf Deutschland beschränkten Studienvereinigung Kartellrecht e.V. eine Arbeitsgruppe Öster-

reich, in der sich mehrmals im Jahr Mitglieder der österreichischen Anwaltschaft zu aktuellen Kartellrechtsthemen austauschen. Die Arbeitsgruppe organisiert zudem im zweijährigen Wechsel mit der Arbeitsgruppe Schweiz eine Arbeitssitzung für sämtliche Mitglieder der Studienvereinigung.

Auch außerhalb konkreter Verfahren arbeiten Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellamt in rechtlichen und ökonomischen Grundsatzfragen eng zusammen. 2018 haben beide Behörden einen gemeinsamen Leitfaden zur Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Hintergrund hierfür war, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Aufgreifschwelle für die Fusionskontrolle um ein kaufpreisbezogenes Kriterium ergänzt wurden. Der Leitfaden wurde zuletzt Ende 2021 angepasst, um Änderungen im österreichischen Kartellgesetz durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 (KaWeRÄG 2021) bzw im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Bereich der Umsatzzwischenrechnung zu tragen.

Mit den kürzlich erfolgten Änderungen im österreichischen Kartellrecht ergibt sich ein passender Zeitpunkt, die Kommentarliteratur zum österreichischen Kartellrecht um ein umfassendes und aktuelles Werk zu ergänzen, an dem zahlreiche renommierte Praktikerinnen und Praktiker mitwirken. Neben Vertreterinnen und Vertretern der Anwaltschaft und der Europäischen Gerichte zählt hierzu eine Vielzahl ehemaliger und aktueller Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bundeswettbewerbsbehörde. Der vorliegende Großkommentar kann damit auf ein solides Fundament aufbauen, wobei er insbesondere auf die Erfahrungen und Entscheidungspraxis der Bundeswettbewerbsbehörde zurückgreifen kann.

Die Bundeswettbewerbsbehörde blickt im Jahr 2022 auf 20 erfolgreiche Jahre zurück. Sie wurde am 1. Juli 2002 gegründet und ist seitdem eine der engsten Partnerbehörden des Bundeskartellamts. Wie das Bundeskartellamt agiert die Bundeswettbewerbsbehörde als unabhängige Wettbewerbsbehörde zum Schutz des Wettbewerbs. Mit der am 11.12.2018 verabschiedeten „ECN+“-Richtlinie (EU) 2019/1 wurde die Position der nationalen Wettbewerbsbehörden gestärkt und ihre unabhängige Entscheidungsfindung abgesichert. Vor diesem Hintergrund habe ich mit Interesse die Debatte um die zunächst vorgesehene umfassende Berichtspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde gegenüber dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort verfolgt. Die Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung ist ein wesentliches Kennzeichen von Wettbewerbsbehörden. Im Rahmen ihrer Unabhängigkeit sind Wettbewerbsbehörden dem Ziel verpflichtet, Märkte offen zu halten und Wettbewerb zu ermöglichen. Bei der Aufgabe, diesem Ziel auch im dritten Jahrzehnt ihres Bestehens gerecht zu werden, wünsche ich der Bundeswettbewerbsbehörde viel Erfolg.

Der vorliegende Kommentar liefert hierbei einen wertvollen Beitrag. Eine Inspirationsquelle kann der Kommentar darüber hinaus auch für die deutsche Kartellrechtspraxis und die Wissenschaft bieten. Dies gilt insbesondere für Fragen, bei denen wir wegen des EU-Kartellrechts einen weitgehenden Gleichlauf der nationalen Bestimmungen haben dürften, sowie für den kritischen Blick auf Sonderbereiche bzw Kartellrechtsausnahmen.

Andreas Mundt
Präsident des deutschen Bundeskartellamts

Geleitwort Theodor Thanner

Im Kartellrecht und im Wettbewerbsrecht finden sich Ordnungsprinzipien des freien, transparenten und fairen Wirtschaftslebens.

Es gibt in diesem Fachbereich bereits einige durchaus beachtliche Kommentare.

Umso mehr ist es zu begrüßen, dass nunmehr ein weiterer Kommentar erscheint, der diesen Bereich erneut intensiv beleuchtet.

Dass dies geschieht, zeigt einmal mehr die entstandene und vorhandene Dynamik dieses Fachbereiches.

Einen weiteren Kommentar zum Kartellrecht herauszugeben bzw. daran mitzuarbeiten ist auf der einen Seite ein Risiko, weil es schon mehrere Kommentierungen, Literatur und Judikatur in sehr großem Umfang gibt.

Wenn aber das Werk einen Mehrwert hat, dann hat sich das große Engagement der Herausgeber und der Autoren gelohnt.

Dies ist hier der Fall.

Aktualität, Praxisorientierung, Übersichtlichkeit und umfassende Darstellung der einzelnen Bestimmungen zeichnen den Kommentar aus.

Diese Ausgabe ist der bisher umfangreichste Kommentar. Auf über 1.700 Seiten stellen insgesamt über 20 Autoren aus der Praxis, der Wissenschaft und der Rechtsprechung die Rechtslage, die Literatur, die Judikatur dar und erläutern die jeweiligen Bestimmungen.

Im Kartellrecht gibt es aus nur teilweise nachvollziehbaren Gründen oft diametral entgegengesetzte Positionen. Die Autoren und Autorinnen stellen hier jeweils nachvollziehbar ihre Auffassungen vor.

Dass der Schwerpunkt der Kommentierung auf der Darstellung und Erläuterung der Rechtslage und nicht in deren Wertung liegt, ist auch ein Verdienst der Herausgeber Dr. Harsdorf-Borsch und Doz. Egger.

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat in der Vergangenheit eine ganze Reihe von Standpunkten und Positionen publiziert, die eine Richtschnur für die Vollziehung darstellen. Die Autoren haben diese in ihre jeweilige Kommentierung eingebaut, was sehr zur Praxisorientierung beiträgt.

Erstmals werden in diesem Kommentar die Novellen des Kartellgesetzes und des Wettbewerbsgesetzes und damit aktuell die Neuerungen aus dem Jahr 2021 intensiv bearbeitet und ausführlich dargestellt.

Erstmals liegt nunmehr auch eine aktuelle, ausführliche Kommentierung des vormaligen Nahversorgungsgesetzes, nunmehr Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz, vor.

Hervorzuheben sind insbesondere die ausführlichen Erläuterungen zu aktuellen Fragestellungen wie etwa der Nachhaltigkeit, den digitalen Problemstellungen, dem kartellrechtlichen Schadenersatzrecht sowie die ausführliche Darstellung der ökonomischen Fragestellungen im Kartellrecht.

Besonders hervorzuheben ist, dass die Kommentierungen jeweils auch die europäischen Materialien und Entscheidungen einbeziehen.

Wesentliche Entscheidungen der österreichischen Gerichte sind ebenso enthalten wie zahlreiche Hinweise auf die Literatur zum Kartellrecht.

Ganz im Sinne eines fairen Wettbewerbs wünsche ich diesem sehr praxisorientierten Kommentar eine große Verbreitung.

Dr. Theodor Thanner
Generaldirektor für Wettbewerb 2007–2022