

Grundfragen der Kartellgesetznovelle

Forum Wettbewerbsrecht, Wien 2.12.2021

Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M. (Columbia)

Einleitung

- Die Kartellgesetznovelle (KaWeRÄG 2021, BGBl I 176/2021) soll zu einer weiteren Modernisierung des österreichischen Kartellrechts beitragen
- Ziele:
 - Unmittelbarer Anlass war die Umsetzung der sog. ECN+-Richtlinie (RL (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten)
 - Anpassung an „*neuere Entwicklungen im Wirtschaftsleben*“ (RV 951 BlgNR XXVII. GP Vorblatt)
 - Berücksichtigung ökologischer Ziele
 - Digitale Plattformökonomie
 - Anpassungen bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen
 - Anpassungen und Erweiterungen in der Fusionskontrolle

Einleitung

- Die Kartellgesetznovelle ist vor dem Hintergrund der derzeit international und europaweit breit geführten kartellrechtlichen Reformdiskussionen zu sehen und entsprechend einzuordnen
 - (1) Beitrag des Kartellrechts zu einer stärker ökologisch und nachhaltig ausgerichteten Wirtschaft
 - „Green Deal“
 - Frage nach dem Beitrag zur Ökologisierung berührt Grundfragen des Wettbewerbsmodells
 - (2) Digitale Plattformökonomie
 - Verfestigte Marktmacht bei digitalen Plattformen?
 - Besteht Bedarf nach stärkerer Regulierung?
 - 10. GWB-Novelle und Diskussion um Digital Markets Act

Kartellverbot und Verbraucherbeteiligung

- Ergänzung in § 2 Abs 1 KartG
 - „Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn **der Gewinn**, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, **zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.**“
 - Betrifft nur das Merkmal der Verbraucherbeteiligung
- Die übrigen Freistellungskriterien bleiben unberührt
 - Effizienzgewinne
 - Unerlässlichkeit
 - Keine Möglichkeit zur Ausschaltung des Wettbewerbs

Kartellverbot und Verbraucherbeteiligung

- Die Einordnung im Rahmen der Verbraucherbeteiligung ist wesentlich, weil das Merkmal nur dann greift, wenn wirtschaftliche Effizienzgewinne zugrunde liegen
- Erfasst werden damit nur Kooperationen, die erhöhte Effizienz zum Ziel haben
 - Kooperationen, die keine derartigen Verbesserungen bringen, werden nicht erfasst (Preis- und Mengenkartelle, Gebietsabsprachen etc., so auch zutr RV 951 BlgNR XXVII. GP 10)
 - Anwendungsfälle sind vor allem Innovation (F&E-Vereinbarungen) und effizienterer Vertrieb bzw. effizientere Produktion (so auch zutr RV 951 BlgNR XXVII. GP 10)

Kartellverbot und Verbraucherbeteiligung

- Das entspricht einer Entscheidungspraxis, die qualitative Effizienzgewinne auch als Verbraucherbeteiligung anerkennt
 - Aus der bisherigen Praxis zB Komm, IV/32.363, *KSB*; zweifelhaft Komm, IV/E1/36.718, *CECED*
 - These: Keine unmittelbare Änderung des Schutzzwecks (Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen) durch andere Allgemeininteressen, die auch systematisch abzulehnen wäre (näher *F. Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb 239 ff)
 - Allerdings wesentliche Klarstellung, dass das ökonomische Wettbewerbsmodell nicht nur reine Preiseffekte beinhaltet und Effizienzgewinne umfassend zu berücksichtigen sind

Marktbeherrschung

- Anpassung der demonstrativen Kriterien an digitale Plattformen
 - Marktbeherrschung

„die Bedeutung seiner **Vermittlungsleistungen für den Zugang anderer Unternehmer zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, der Zugang zu wettbewerblich relevanten Daten, der aus Netzwerkeffekten** gezogene Nutzen“ (§ 4 Abs Z 2 KartG)
 - Relative Marktmacht

„Ein Unternehmer, der als **Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt tätig ist, gilt auch als marktbeherrschend, wenn die Nachfrager seiner Vermittlungsleistungen auf die Begründung einer Geschäftsbeziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile angewiesen sind.**“ (§ 4a KartG)

Marktbeherrschung

- Die neuen Kriterien haben weitgehend klarstellenden Charakter, weil sie bei richtiger Analyse bereits davor Teil der Bestimmung der Marktbeherrschung waren
- Gesetzgeberische Klarstellung verdeutlicht aber wiederum die umfassende ökonomische Beurteilung und ist daher zu begrüßen
- Ebenfalls positiv zu bewerten ist die erfolgte deutliche tatbestandliche Trennung zwischen Marktbeherrschung und relativer Marktmacht

Marktbeherrschung

- Neues Feststellungsverfahren der Marktbeherrschung für „**Unternehmer auf einem mehrseitigen digitalen Markt**“ (§ 28a KartG)
 - *Das Kartellgericht hat festzustellen, dass ein Unternehmer auf einem mehrseitigen digitalen Markt marktbeherrschend (§ 4) ist, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht. Wenn sich nach dieser Feststellung die maßgeblichen Umstände ändern, hat das Kartellgericht auf Antrag des betroffenen Unternehmers festzustellen, dass die Marktbeherrschung nicht mehr besteht.“*
 - Trotz der nicht eindeutigen Formulierung ist davon auszugehen, dass **Marktbeherrschung auf einem der betroffenen Märkte** ausreicht, wenn es sich nicht um einen einheitlichen Markt handelt

Marktbeherrschung

- Ziel sind raschere Missbrauchsverfahren, in denen nur mehr über den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung entschieden wird
 - Der Gesetzgeber verzichtet allerdings auf die Formulierung eigener Verbotstatbestände
 - Anders § 19a Abs 2 GWB und der Entwurf zum Digital Markets Act, die einen Katalog von Untersagungs- bzw. Verbotstatbeständen enthalten
 - Statisch und kann auf ausfüllungsbedürftige ökonomische Tatbestandsmerkmale nicht verzichten
 - Alle dort erfassten Verhaltensweisen können auch nach § 5 KartG erfasst werden (vgl EuG 10.10.2021 Rs T-612/17, *Google*; BGH 23.6.2020 KVR 69/19, *Facebook*)
 - Eine gesetzliche Aufzählung mit der Gefahr eines Umkehrschlusses und eines unklaren Zielverhältnisses erscheint nicht zwingend geboten

Fusionskontrolle

- Ebenfalls im digitalen Kontext aber auch darüber hinaus bedeutsam ist die Übernahme des Untersagungskriteriums, der „*erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs*“ (SIEC-Test) (§ 12 KartG)
 - Angleichung an das europäische Recht
 - Erfassung weiterer Fälle wettbewerbsbeschränkender Zusammenschlüsse neben der Marktbeherrschung
 - Die gewählte Erfassung in Ergänzung zur Marktbeherrschung (§ 12 Abs 1 Z 2 lit a und b KartG) führt im Ergebnis nicht zu einer Abweichung vom EU-Recht, da auch dort Marktbeherrschung als zentraler Beispieltatbestand explizit erfasst wird

Fusionskontrolle

- Problematisch bleibt die Regelung der Rechtfertigungsgründe (12 Abs 2 KartG), die um eine Z 3 ergänzt wird:

„Trotz Vorliegens der Untersagungsvoraussetzungen nach Abs. 1 hat das Kartellgericht auszusprechen, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, wenn

- 1. zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile des Zusammenschlusses überwiegen,*
- 2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, oder*
- 3. die volkswirtschaftlichen Vorteile die Nachteile des Zusammenschlusses erheblich überwiegen.“*

Fusionskontrolle

- Die Erweiterung der Rechtfertigungsgründe schafft eine generalklauselartige Rechtfertigungsmöglichkeit, die allgemeine Politikziele beinhaltet (so auch RV 951 BlgNR XXVII. GP 13)
- Sie sind mit dem wettbewerblichen Leitbild, das auch dem neuen Untersagungstatbestand zugrunde liegt, nicht vereinbar
- Eine Anwendung durch das Kartellgericht ist für derartige allgemeine Ziele der Industrie- oder Standortpolitik nicht sachgerecht
- Wenn überhaupt könnten sie in das Fusionskontrollverfahren nur durch politische Entscheidung integriert werden (vgl etwa 42 GWB, allerdings ebenfalls umstritten)

Unabhängigkeit der BWB

- § 1 Abs 4 WettbG enthält in der endgültigen Fassung eine weit zu verstehende Absicherung der Unabhängigkeit der BWB
 - „(4) [...] Die Bundeswettbewerbsbehörde [...] 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.**“

Fazit

- Die Kartellgesetznovelle führt zu einer positiv zu bewertenden Modernisierung des materiellen österreichischen Kartellrechts in Grundfragen
 - Qualitative Effizienzgewinne im Bereich der Nachhaltigkeit werden ausdrücklich im Rahmen der **Verbraucherbeteiligung** anerkannt
 - Das digitale Umfeld wird im Rahmen der Prüfung der **Marktbeherrschung** berücksichtigt
 - Das neue Feststellungsverfahren der Marktbeherrschung auf **mehrseitigen digitalen Märkten** könnte eine Verfahrensbeschleunigung ohne die Nachteile strikter Regulierung bewirken
 - Die Übernahme des Untersagungskriteriums **der wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs** gleicht das nationale Recht weiter an das europäische Recht an und erweitert die Untersagungsmöglichkeiten auf bisher nicht erfasste Fälle