

NZKart

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

www.nzkart.de

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Armin Jungbluth

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

Aus dem Inhalt

M. Vestager

**Empowering national competition authorities
(Editorial)**

205

R. Hoffer/C. Raab

**Die Novellierung des österreichischen Kartellrechts
als RL-Umsetzung PLUS**

206

G. Brei

Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung

211

A. Rinne/K. Kolb

**Die Verjährung kartellschadensersatzrechtlicher
„Altansprüche“**

217

S. Purps/M. Beaumunier

„Gun Jumping“ nach Altice

224

R. Galle/L. Rengier

Die Grundabsprache im deutschen Kartellrecht

229

S. Tsakanakis

Anmerkung zum EuG-Urteil UPS/Kommission

235

EuG

**Dokumenteneinsichtsrecht im eingestellten
Missbrauchsverfahren (Deutsche Telekom)**

238

OLG Düsseldorf

Beschluss Rundholzvermarktung

247



C.H. BECK

5/2017

S. 205–256 10. Mai 2017



P350201705

Taking action benefits the European system of competition enforcement as a whole. This system relies on national authorities being able to ask each other to gather evidence which is not located in their jurisdiction. It cannot work properly if some authorities lack effective tools to carry out inspections or to request information. For example, the Bundeskartellamt is generally not able to issue compulsory requests for information to companies in cases that can result in the imposition of a fine. It can only issue non-binding requests. This has prevented it from assisting other national authorities which needed information about infringements from companies based in Germany.

When legislating to ensure authorities have effective powers, we also need to ensure that these authorities will use these powers appropriately. Companies must have the right to know the case against them and have a chance to respond. Our proposal provides that safeguards must be in place to ensure the respect of companies' rights of defence, in line with the EU Charter of Fundamental Rights.

We will continue working hand in hand to help all Europeans get the benefits of competition: not just low prices and innovative products, but a competitive single market that creates the jobs we need. ■

Aufsätze

Dr. Raoul Hoffer und Mag. Christoph Raab, Wien*

Die Novellierung des österreichischen Kartellrechts als RL-Umsetzung PLUS

– Eine Analyse aus der Praxis zu den relevanten Änderungen in Österreich –

Anfang April hat das österreichische Parlament auf Vorschlag der Bundesregierung eine Änderung des österreichischen Kartellrechts beschlossen. Diese Gesetzesänderung dient wie die Neunte GWB-Novelle in Deutschland vornehmlich dazu, die EU-Richtlinie zum Private Enforcement umzusetzen. Allerdings wurden darin auch weitere über die bloße Richtlinienumsetzung hinausgehende Änderungen – wie eine neue transaktionswertbasierte Zusammenschlusschwelle oder ein neuer Rechtsmittelgrund – beschlossen. Diese Änderungen dürften zu einer Häufung der kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in Österreich führen.

I. Einleitung

Als am 27. Dezember 2016 die Frist zur Umsetzung der EU-Richtlinie zum Kartellschadenersatz („RL“)¹ ablief, war die Liste der Mitgliedstaaten, die die RL bereits umgesetzt hatten, deutlich kürzer als die der noch säumigen. Anfang April kam auch Österreich mit kleiner Verspätung ans Ziel. Die österreichische Novelle mit dem etwas sperrigen Titel Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2017 („KaWeRÄG 2017“)² beruht auf zwei Begutachtungsentwürfen österreichischer Bundesministerien: Während sich das Justizministerium mit den Änderungen im Kartellgesetz („KartG“), das im Wesentlichen das materielle österreichische Kartellrecht sowie die Bestimmungen für das kartellgerichtliche Verfahren regelt,³ befasste, wurden im Wirtschaftsministerium die Anpassungen im Wettbewerbsgesetz („WettbG“), das im Gegensatz dazu die Organisation und teilweise das Verfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) festlegt, ausgearbeitet.⁴

Aufgrund der in der Vergangenheit⁵ großen Relevanz von *Private Enforcement* in Österreich und der in diesem Zusammenhang aufgetauchten Unsicherheiten betreffend die Anwendung des Zivil- und Zivilprozessrechts in diesem Bereich, wurde die Umsetzung der RL mit Spannung erwartet.

II. Bisherige Rechtslage

Bereits mit der 2013 in Kraft getretenen Kartellrechtsnovelle („KaWeRÄG 2012“) wurden in § 37a KartG (i. d. F. des KaWeRÄG 2012) einige rudimentäre Sonderbestimmungen für die Geltendmachung von Schadenersatz aus Kartellrechtsverletzungen verankert. Diese werden nun zur Gänze durch die neuen Regelungen in den §§ 37a bis 37m KartG⁶ ersetzt.

Die wichtigsten Änderungen der österreichischen Novelle sollen im Folgenden vorgestellt werden. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf den österreichischen Besonderheiten in der Umsetzung der RL. Außerdem sollen an den geeigneten Stellen auch eventuelle Parallelen bzw. Unterschiede zur Neunten GWB-Novelle aufgezeigt werden. Da eine vollständige Behandlung aller Einzelheiten dieser Thematik den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, werden nur einige wesentliche Aspekte dargestellt.

III. Umsetzung der Schadenersatz-RL im KartG

1. Geltungsbereich

§ 37a beinhaltet nach der Änderung nur mehr die allgemeine Bestimmung des Geltungsbereichs der schadenersatz-

* Dr. Raoul Hoffer ist Partner, Mag. Christoph Raab Rechtsanwaltsanwarter bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1 RL 2014/104/EU.

2 Abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/BNR/BNR_00459/fname_626931.pdf.

3 Zum Entwurf des BMJ für die Kartellgesetznovelle vgl. Hoffer, NZKart 2016, 466.

4 Zum Entwurf des BMFW für die Wettbewerbsgesetznovelle vgl. Hoffer/Raab, NZKart 2016, 522.

5 Vgl etwa OGH, Beschl. v. 17.10.2012, 7 Ob 48/12 b – *Aufzugs- und Fahrtreppenkartell*; OGH, Beschl. v. 2.8.2012, 4 Ob 46/12 m – *Bankomatvertrag IV*; vgl. auch das aufgrund einer österreichischen Vorlagefrage ergangene EUGH-Urteil in der Rs. *Kone* (EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12 – *Kone*).

6 Paragraphenangaben ohne Anführung des Gesetzes beziehen sich auf das KartG i. d. F. des KaWeRÄG 2017.

rechtlichen Sonderbestimmungen im KartG sowie den Hinweis, dass hiermit die Umsetzung der Vorgaben der RL beabsichtigt ist.

2. Begriffsbestimmungen

Aus dem Charakter der RL als Instrument der Harmonisierung folgt, dass sich die darin verwendeten Begriffe nicht notwendigerweise mit den in Mitgliedstaaten gebräuchlichen decken. Dies trifft auch für das österreichische Kartellrecht zu. Der Gesetzgeber hat nun im Versuch, die Diktion der RL im österreichischen Kartell- und Schadenersatzrecht zu berücksichtigen, in § 37 b einige richtlinienspezifische Begriffsbestimmungen aufgenommen. Dennoch stimmt der Definitionenkatalog nicht zur Gänze mit jenem des Art. 2 der RL überein. So ergeben sich teilweise Unterschiede in der Textierung, z. B. bei „Kronzeugenerklärung“ (§ 37 b Z. 4) und „Vergleichsausführung“ (§ 37 b Z. 5). Außerdem greift die Novelle einige Begriffe der RL an dieser Stelle nicht auf,⁷ sondern überlässt es dem weiteren Gesetzestext, die entsprechenden Klarstellungen vorzunehmen. Mit dieser bloß teilweisen und mitunter abweichenden Übernahme der Begriffsbestimmungen könnten Schwierigkeiten in der Auslegung entstehen und in weiterer Folge Zweifel an der ausreichenden Umsetzung der RL aufkommen. Es wurde daher in der Literatur der Ansatz diskutiert, den gesamten Definitionenkatalog der RL in das KartG zu übernehmen.⁸ Nichtsdestotrotz hat der Gesetzgeber in diesem Punkt am Entwurf festgehalten und sich für eine (nur) teilweise Übernahme der Definitionen aus Art. 2 RL entschieden.

3. Haftung

Im neuen § 37 c findet sich der Grundsatz der Haftung für Schäden, die aus schuldhaften Wettbewerbsrechtsverletzungen entstanden sind. Damit entschied sich Österreich für die in der RL eröffnete Möglichkeit der Beibehaltung des Verschuldenserfordernisses für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche. Mit § 37 c Abs. 2 wird eine wesentliche Bestimmung der RL, die für Österreich ein Novum darstellt, umgesetzt. Dieser enthält nun die widerlegliche Vermutung, dass ein Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden verursacht.⁹ Damit wird eine Beweislastumkehr bewirkt, die aber nur für horizontale Kartelle, d. h. solche zwischen Wettbewerbern, gilt.¹⁰ Die Notwendigkeit dieser Klarstellung ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs „Kartell“ in Österreich: Während die RL den Begriff nur für horizontale Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen verwendet,¹¹ umfasst dieser im österreichischen Gebrauch auch vertikale Sachverhalte. Im Ergebnis bewirkt dies, dass der Kläger in Zusammenhang mit vertikalen Verstößen weiterhin den vollen Beweis für den Eintritt eines Schadens erbringen muss.¹² So vorteilhaft diese Verschiebung der Beweislast bei horizontalen Kartellen für den Kläger auch scheinen mag, so könnte ihre Auswirkung in der Praxis dadurch reduziert werden, dass sich die Vermutung nicht auf die Höhe des Schadens bezieht, d. h., dass dieser immer noch beziffert bzw. seine Höhe nachgewiesen werden muss. Nach der bisherigen Praxis kann, um eine richterliche Schätzung nach § 273 ZPO zu ermöglichen, auch eine Bandbreite (z. B. 10 bis 15%) ausreichen. Durch die Zurückhaltung der Richter bei der Ausschöpfung dieser Möglichkeit in der bisherigen Praxis, könnte hier aber ein Durchsetzungsproblem bestehen. In diesem Licht ist auch die unten zu besprechende Bestimmung über die Kooperation der Wettbewerbsbehörden mit den Zivilgerichten zu sehen.¹³

4. Gegenstand des Ersatzes

In § 37 d über den Gegenstand des Ersatzes findet sich die Feststellung, dass der Ersatz des Schadens auch den entgangenen Gewinn erfasst und der Ersatzpflichtige den Ersatzbetrag ab Eintritt des Schadens in sinngemäßer Anwendung der entsprechenden Bestimmung des österreichischen ABGB zu verzinsen hat. Diese Bestimmung entspricht der bislang geltenden Rechtslage.¹⁴

5. Mehrheit von Ersatzpflichtigen

Für den doch sehr häufigen Fall, dass sich ein Geschädigter mehreren Schädigern gegenüber sieht, trifft § 37 e Vorsorge. Entsprechend der Richtlinie enthält er zunächst den auch der allgemein zivilrechtlichen Rechtslage¹⁵ entsprechenden Grundsatz, dass mehrere Unternehmer, die durch gemeinschaftliches Handeln das Wettbewerbsrecht verletzt haben, solidarisch für den daraus entstandenen Schaden haften.

Haftungsbeschränkungen sind für KMU i. S. d. KMU-Empfehlung der Kommission sowie für Kronzeugen vorgesehen. Kronzeugen und KMUs (unter bestimmten Voraussetzungen)¹⁶ haften nur ihren mittelbaren sowie unmittelbaren Abnehmern oder Lieferanten. Für Kronzeugen besteht eine Ausnahme von der Haftungsprivilegierung, sofern die Geschädigten von den anderen Haftpflichtigen keinen vollständigen Schadenersatz erlangen können. Dabei ist anzumerken, dass diese Bestimmung auch eine Legaldefinition des Begriffs des „Kronzeugen“ vornimmt, die insofern von der bisherigen Verwendung in Österreich abweicht, als nur derjenige Rechtsverletzer als Kronzeuge von der Privilegierung profitiert, der für die Aufdeckung eines „geheimen Kartells“ vollständigen Bußgelderlass erhalten hat.

Den Regress unter den Rechtsverletzern (sog. Innenausgleich) regelt § 37 e Abs. 4. Der Regress soll demnach nur im Ausmaß der jeweiligen relativen Verantwortung der einzelnen Rechtsverletzer möglich sein. Diesbezüglich könnten sich im Einzelfall Schwierigkeiten ergeben, zumal die Kausalität bei Kartellschäden meist schwer feststellbar ist. In Anlehnung an Erwägungsgrund 37 der RL gibt das Gesetz für die Verteilung der Haftung gewisse Leitlinien vor.¹⁷ Betreffend den Regress der Rechtsverletzer gegen den Kronzeugen findet sich in dieser Bestimmung eine Absicherung der zuvor

7 Das betrifft die Ziffern 3.-6., 9.-14., 17., 19.-22. des Art. 2 RL.

8 Vgl. Hoffer, NZKart 2016, 466, 467.

9 Es konnte allerdings auch nach der bisherigen allgemeinen österreichischen Rspr. zum Schadenersatzrecht ein relevanter Anschein für die Verursachung eines Schadens bei Rechtsverletzungen unter gewissen Umständen bestehen, in der Regel oblag aber dem Kläger der Beweis für die Entstehung des Schadens.

10 So auch § 33 a Abs. 2 GWB, der zusätzlich die Definition von Kartellen gem. Art. 2 Z 14 RL übernimmt. Daraus sollte sich kein maßgeblicher Unterschied ergeben – so schon Hoffer, NZKart 2016, 466, 467 f.

11 Vgl. Art. 2 Z 14 RL.

12 Allerdings sind Kronzeugenerklärungen für solche dafür nicht von der Offenlegung gem. § 37 j) ausgenommen, was wiederum nachteilig sein kann.

13 Vgl. unten Punkt III.12.

14 Vgl. § 37 a Abs. 1 3. und 4. Satz KartG i. d. F. KaWeRÄG 2012.

15 Vgl. § 1302 ABGB.

16 Diese lauten: (i) Eigenschaft als KMU i. S. d. Empfehlung 2003/361/EG, (ii) Marktanteil stets unter 5% und (iii) die Gefährdung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit des KMUs sowie die Gefahr der vollständigen Entwertung der Aktiva im Falle der uneingeschränkten Haftung. Diese Haftungsbefreiung ist ausgeschlossen, wenn dem KMU besonderes Verschulden als Organisator oder Wiederholungstäter sowie durch Zwang zur Beteiligung anderer zu Last gelegt wird.

17 § 33 d Abs. 2 GWB ist hier wesentlich zurückhaltender und bezieht sich insbesondere darauf, „in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben“; die deutschen Gesetzesmaterialien zeigen sich hier hinsichtlich eines schematischen Abstellens auf Kriterien wie den Umsatzanteil skeptisch.

besprochenen Haftungsprivilegierung des Kronzeugen. Der Regressanspruch gegen den Kronzeugen ist demnach mit der Höhe des Schadens, den der Kronzeuge seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern bzw. Lieferanten verursacht hat, begrenzt, sodass die Haftungsfreistellung gegenüber Dritten nicht über den Weg des Innenausgleichs unterlaufen werden kann.

6. Beweislast bei Schadensüberwälzung

Die als *passing-on defence* bekannte Einrede des Schädigers, der Schadenersatz begehrende Abnehmer habe den Schaden weitergegeben, hat in der Praxis bislang große Schwierigkeiten bereitet. Diesbezügliche Klarstellungen finden sich im neuen § 37 f. Zunächst präzisiert dieser, dass die *passing-on* Einrede zwar zulässig ist, aber den Kläger nicht des Rechts beraubt, Schadenersatz wegen entgangenen Gewinns zu fordern. Das Herzstück der neuen Regelung ist aber wohl die Verteilung der Beweislast bei derartigen Sachverhalten. Den allgemeinen Grundsätzen entsprechend ist der die Einrede geltend machende Beklagte für die Überwälzung des Schadens beweispflichtig.

Eine Erleichterung sieht die Bestimmung hingegen für mittelbare Abnehmer vor, die gemäß § 37 f Abs. 2 anspruchsberechtigt sind, sofern sie beweisen können, dass der Preisauflauf an sie weitergegeben wurde. Dieser Beweis wird gemäß § 37 f Abs. 3 insofern erleichtert, als eine Weitergabe des Preisauflaufes widerleglich vermutet wird, wenn nur (i) die Wettbewerbsrechtsverletzung des Beklagten,¹⁸ (ii) der Preisauflauf für den unmittelbaren Abnehmer als Folge der Wettbewerbsrechtsverletzung und (iii) der Erwerb der diesbezüglichen Waren oder Dienstleistungen bzw. jener, die aus solchen hervorgehen oder sie enthielten, bewiesen wird.

Um dem Problem einer mehrfachen Inanspruchnahme desselben Rechtsverletzers zu begegnen, stellt § 37 f Abs. 4 dem Rechtsverletzer das allgemein zivilprozessuale Rechtsinstitut der Streitverkündung¹⁹ zur Verfügung. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Rechtsverletzer, der von einem mittelbaren bzw. unmittelbaren Abnehmer in Anspruch genommen wird, dem jeweils anderen Abnehmer den Streit verkünden kann, sodass dieser dem Rechtsstreit an seiner Seite als Nebenintervenient beitreten kann.²⁰

Die Bestimmungen über die *passing-on defence* gelten gemäß § 37 f Abs. 5 entsprechend, wenn der Kläger ein Lieferant des Rechtsverletzers ist, und der Schaden somit nicht in einem zu hohen, sondern in einem zu niedrigen Preis besteht.

7. Wirkung einer einvernehmlichen Streitbeilegung

Da auch trotz der prozessualen Verbesserungen, die die RL den Geschädigten bringt, die Prozessführung langwierig und kostenintensiv ist, soll im Rahmen der Umsetzung der RL auch die einvernehmliche Streitbeilegung gefördert werden. Dazu gehört auch, dass ein erzieltes Vergleichsergebnis gegenüber einer nachträglichen Verteuerung der einvernehmlichen Streitbeilegung für den Rechtsverletzer geschützt wird. Dieses Ziel verfolgt § 37 g, indem er festlegt, dass der sich vergleichende Rechtsverletzer gegenüber dem betreffenden Geschädigten auch nicht mehr (solidarisch) für die Anteile der anderen Rechtsverletzer haftet, außer diese sind bei den anderen Rechtsverletzern uneinbringlich.²¹ Dieses Ergebnis wird dadurch abgesichert, dass auch Rückersatzansprüche anderer Rechtsverletzer gegenüber dem sich vergleichenden Rechtsverletzer entsprechend reduziert werden. Bei einem etwaigen Rückersatzanspruch eines Rechtsverletzers aufgrund einer Zahlung an einen nicht am Vergleich beteiligten

Geschädigten sind aus dem Vergleich geleistete Zahlungen der relativen Verantwortung des betreffenden Rechtsverletzers entsprechend zu berücksichtigen.

8. Verjährung

Eine weitere tiefgreifende Änderung im österreichischen Recht ist die Anhebung der kurzen Verjährungsfrist für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche von drei auf fünf Jahre von dem Zeitpunkt an, ab dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden, von der Person des Schädigers, vom schadenverursachenden Verhalten sowie von der Tatsache erlangt hat, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsrechtsverletzung darstellt bzw. von dem Zeitpunkt an, zu dem diese Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden konnte. Zusätzlich wird eine „absolute“ Verjährungsfrist²² von zehn Jahren ab Ende der Wettbewerbsrechtsverletzung bzw. späterem Schadeneintritt eingeführt, die die allgemein zivilrechtliche 30-jährige absolute Verjährung ersetzen soll. Ganz so „absolut“ ist diese Verjährung allerdings nicht, da sie durch etwaige Verfahren vor Wettbewerbsbehörden, aber auch für die Dauer einer Untersuchungsmaßnahme der Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung und für die Dauer von Vergleichsverhandlungen i. S. d. § 37 g gehemmt wird. Da der Begriff der „Untersuchungsmaßnahme“ im KartG nicht definiert wird, könnte es in der Praxis unklar sein, wann exakt eine solche Maßnahme beginnt und wann sie endet. Ausdrückliches Ziel dieser Regelung ist, im Sinne der Gleichrangigkeit von *public* und *private enforcement* Gleichklang zwischen der wettbewerbsbehördlichen Verfolgungsverjährung gemäß § 33 und der schadenersatzrechtlichen Verjährung gemäß § 37 h zu schaffen und somit zu verhindern, dass ein Rechtsverletzer wegen einer Zuwiderhandlung zwar nicht mehr bestraft werden kann, aber dennoch eine Schadenersatzklage möglich ist.²³

9. Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde

Die prozessualen Wirkungen eines wettbewerbsbehördlichen Verfahrens werden von nun an in § 37 i geregelt. Demnach können insbesondere im Hinblick auf die Bindungswirkung der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung Schadenersatzprozesse für die Dauer eines Verfahrens vor einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde bzw. vor der Kommission unterbrochen werden. Dies entspricht der Rechtslage seit dem 1. März 2013.²⁴

10. Offenlegung von Beweismitteln

Die Offenlegung von Beweismitteln (§ 37 j) als Herzstück der RL stellt eine revolutionäre Neuerung für das österrei-

18 Dies wird ihm durch die in § 37 i Abs. 2 normierte Bindungswirkung der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung erleichtert – vgl. dazu unten Punkt 3.9.

19 Vgl. § 21 ZPO.

20 Die Bindungswirkung der betreffenden gerichtlichen Entscheidung erstreckt sich durch die Streitverkündung jeweils auch auf die Nebenintervenienten (d. h. nach dem jeweiligen Fall, auf den mittelbaren oder unmittelbaren Abnehmer, dem der Streit verkündet wurde), sodass diese in Folgeverfahren keine Einwendungen erheben können, die mit den notwendigen Elementen der Vorentscheidung in Widerspruch stehen.

21 Wobei diese (subsidiäre) Haftung des sich vergleichenden Rechtsverletzers vertraglich ausgeschlossen werden kann.

22 Absolut in diesem Sinne ist diese Verjährungsfrist, weil sie unabhängig von Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu laufen beginnt.

23 Vgl. hierzu S. 10 der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1522 BgNR, 25. GP), abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_01522/fname_618926.pdf.

24 Vgl. § 37 a Abs. 2 und 3 i. d. F. KaWeRÄG 2017.

chische Recht dar. Bislang war die Erzwingung der Vorlage von Unterlagen oder Urkunden durch die gegnerische Partei in einem Gerichtsverfahren nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich.²⁵ Somit war es für die Kläger äußerst schwierig, an das für die Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche notwendige Beweismaterial zu kommen. Durch eine Umsetzung nahe am Richtlinientext wird der neue Weg der Richtlinie hier zwar einen Schritt in Richtung US-amerikanischer *pre-trial discovery* zu gehen, aber nach Möglichkeit Ausforschungsaktionen – die berüchtigten *fishing expeditions* – zu vermeiden, auch im österreichische Recht beschränkt. Gemäß den Vorgaben der RL können österreichische Gerichte nun auf Antrag die Offenlegung von Beweismitteln, die sich beim Gegner oder bei Dritten befinden, anordnen, wobei hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. Interessensabwägung in Hinblick auf den Schutz vertraulicher Informationen vorzunehmen ist. Im Vergleich zur deutschen Regelung²⁶ weist der österreichische Entwurf die prozessuale Besonderheit auf, dass die Offenlegung nur im laufenden Schadenersatzverfahren begehrt werden kann und somit die Einbringung einer Schadenersatzklage notwendige Voraussetzung für die Informationsbeschaffung ist.²⁷

11. Offenlegung und Verwendung von aktenkundigen Beweismitteln

Ebenfalls ermöglicht wird die Offenlegung und Verwendung von Beweismitteln, die sich nicht in den Händen der Parteien oder privater Dritter befinden, sondern bei Gerichten oder (Wettbewerbs-) Behörden. Den Vorgaben der RL entsprechend dürfen zur Absicherung der Effizienz des Kartellrechtsvollzugs gewisse Unterlagen erst nach Beendigung des betreffenden Verfahrens vor diesen Behörden, Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen überhaupt nicht offengelegt werden. Dies gilt jedoch nicht für die sog. bereits vorhandenen Informationen, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorgelegen sind und somit nicht zur Kronzeugenerklärung im engeren Sinn gehören.

12. Unterstützung durch Kartellgericht, Kartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde

§ 371 sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden die Gerichte bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes unterstützen können.²⁸ Diese Regelung flankiert die Schadensvermutung in § 37 c Abs. 2.

13. Ordnungsstrafen

Ebenso neu und gegenüber dem Begutachtungsentwurf unverändert ist § 37 m, in dem Ordnungsstrafen vorgesehen sind, wenn relevante Beweismittel beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht werden. Trotz geäußerter Kritik²⁹ an der geringen Höhe wurde hier nicht nachgebessert.

IV. Sonstige Änderungen des KartG

Wenngleich der Fokus der Novelle selbstverständlich auf den Bestimmungen zum Schadenersatz lag, wurden – wie eingangs erwähnt – auch in anderen Bereichen Änderungen vorgenommen, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

1. Zusammenschlussrecht – Neuer transaktionswertbasierter Zusammenschlussstatbestand

Mit Sicherheit eines der europaweit am heißesten diskutierten Themen ist die Erfassung von Verkäufen (noch) umsatzschwacher Internetunternehmen durch die Fusionskontrolle.

Wie Deutschland ging auch Österreich hier den durchaus mutigen Weg, eine neue am Transaktionswert orientierte Zusammenschlusschwelle einzuführen. Im Begutachtungsverfahren war die Bestimmung noch im Wettbewerbsgesetz angesiedelt, was zurecht als systemwidrig kritisiert wurde,³⁰ aber wohl das Ergebnis fehlenden Konsenses zwischen den Ministerien hinsichtlich dieser Frage war. Nun findet sich die neue Anmeldeschwelle systematisch richtig neben der reinen Umsatzschwelle in § 9 KartG. Auch bei der Textierung wurde die Kritik im Begutachtungsverfahren angenommen.³¹

Ab 1. November sind nach der neuen Bestimmung des § 9 Abs. 4 KartG daher auch Zusammenschlüsse anmeldepflichtig, die die weiterhin geltenden Umsatzzschwellen des § 9 Abs. 1 KartG nicht überschreiten, wenn

- die weltweit erzielten Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt EUR 300 Mio. übersteigen,³²
- die in Österreich erzielten Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt EUR 15 Mio. übersteigen,³³
- der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss EUR 200 Mio. übersteigt³⁴ und
- das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.³⁵

Nach den Materialien ist unter „Gegenleistung für den Zusammenschluss“ die Summe „*alle[r] Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen [zu verstehen], die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss erhält (Kaufpreis), zuzüglich des Wertes etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten*“³⁶ und entspricht somit dem deutschen Begriff nach der Legaldefinition in § 38 Abs. 4 a GWB.

Während die neue Zusammenschlusschwelle trotz der Kritik Eingang ins Gesetz gefunden hat, wurde der zunächst geplante Ausspruch über die Vereinbarkeit von angemeldeten GUs mit dem Kartellverbot nach Kritik aus der Praxis verworfen.³⁷

2. Sonstige Neuregelungen

Mit der Novelle wird auch ein zusätzlicher Milderungsgrund für die Bemessung von Geldbußen eingeführt, wobei die Wiedergutmachung des Schadens durch den Schädiger mildernd zu berücksichtigen ist.

25 Vgl. § 304 ZPO.

26 § 89 b Abs. 4 GWB sowie die Begründung hierzu.

27 Was die Problematik der vorläufigen Bezifferung und Substantiierung des Schadens in einer solchen mit sich bringt.

28 Vgl. auch § 90 GWB.

29 Vgl. etwa Hoffer, NZKart 2016, 466, 470.

30 Vgl. Hoffer/Raab, NZKart 2016, 522, 523, sowie die im Begutachtungsverfahren abgegebene Stellungnahmen, z. B. der Studienvereinigung Kartellrecht zum WettBRÄG 2016 S. 5 (abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_07767/imfname_568965.pdf).

31 So wurde die problematische Formulierung, dass „aufgrund der Marktpräsenz mindestens 5 Millionen Euro auf das Inland entfallen“ müssen, gestrichen und an den mittlerweile beschlossenen § 35 Abs. 1 a Nr. 4 GWB angepasst. Außerdem wurde der Transaktionswert auf EUR 200 Mio. herabgesetzt, um der im Vergleich zu Deutschland geringeren Größe der österreichischen Volkswirtschaft Rechnung zu tragen.

32 Entspricht § 9 Abs. 1 Z. 1 KartG.

33 Entspricht der Hälfte des Schwellenwertes in § 9 Abs. 1 Z. 2 KartG.

34 Entspricht der Hälfte des Schwellenwertes in § 35 Abs. 1 a Nr. 3 GWB.

35 Entspricht § 35 Abs. 1 a Nr. 4 GWB.

36 Vgl. S. 3 der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1522 BlgNR, 25. GP).

37 Vgl. zum damals geplanten und nun verworfenen § 12 Abs. 4 KartG Hoffer, NZKart 2016, 466, 470.

Hinsichtlich der Verfolgungsverjährung wird entsprechend dem Begutachtungsentwurf eine Unterbrechung der fünfjährigen Verjährung durch auf Ermittlung oder Verfolgung der Rechtsverletzung gerichtete Handlungen der Bundeswettbewerbsbehörde herbeigeführt, sofern diese dem Rechtsverletzer bekannt werden.³⁸ Zur Sicherung des Ermittlungserfolgs bei Hausdurchsuchungen kann das Kartellgericht künftig die Zugangsgewährung zu elektronisch abrufbaren Daten mittels Zwangsgeldern erzwingen.

Desweiteren wird die Veröffentlichungspflicht von Entscheidungen des Kartellgerichts („KG“) erweitert. Es werden neben stattgebenden, nun auch ab- oder zurückweisende rechtskräftige Entscheidungen des KG sowie Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen in der Ediktsdatei³⁹ veröffentlicht.

Einer Schwäche im System der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit, der nur sehr eingeschränkten Bekämpfbarkeit von Tatsachenfeststellungen im Instanzenzug, widmet sich § 49 Abs. 3. Nach diesem neuen Rechtsmittelgrund ist das KOG nun auch gehalten, sich aus den Akten ergebende erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der der Entscheidung des KG zugrunde gelegten Tatsachen wahrzunehmen, was eine gegenüber der bestehenden Rechtslage erweiterte Prüfung der Sachverhaltsfeststellungen bedeutet.

Gegenüber dem Begutachtungsentwurf neu ist die nun vorgesehene Sektorausnahme vom Kartellverbot für Pressegrößen und den Vertrieb von Printmedien im stationären Einzelhandel.⁴⁰ Durch die Beschränkung der Ausnahme auf jene Vereinbarungen, die für den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Printmedien im stationären Einzelhandel erforderlich sind, ergibt sich aber wohl keine wesentliche materielle Änderung, da solche Vereinbarungen wahrscheinlich auch nach bisheriger Rechtslage kartellrechtlich gerechtfertigt gewesen wären.

Die übrigen Anpassungen beziehen sich zum einen auf die Eintragung der kartellrechtlichen Sachverständigen in die allgemeine Sachverständigenliste, zum anderen auf die für das Kartellverfahren zu entrichtenden Gebühren sowie deren Aufteilung zwischen den Parteien. Organisatorische Veränderungen betreffen die Erweiterung des Stabs des Bundeskartellanwalts um einen weiteren Stellvertreter und die Zweckbindung eines Teils der Geldbußeneinnahmen.

Für die im KartG angesiedelten Vorschriften der Novelle wurden komplexe Inkrafttretensregelungen vorgesehen: Während die RL-Umsetzungsbestimmungen rückwirkend mit 27. Dezember 2016 in Kraft treten sollen, wird die neue Zusammenschlusschwelle erst ab 1. November 2017 wirksam und die Zweckwidmung eines Teils der Geldbußen überhaupt erst mit 1. Januar 2018. Die verbleibenden Bestimmungen sind ab 1. Mai 2017 anzuwenden.

V. Änderungen im WettbG

Im Folgenden sollen die wesentlichen Neuerungen im WettbG kurz dargestellt werden. Die Änderungen in diesen beiden Gesetzen entsprechen im Grunde den im Begutachtungsentwurf zum WettbRÄG 2016 vorgeschlagenen.

1. Änderungen betreffend die Arbeit der BWB

Eher eine Klarstellung denn eine wirkliche Änderung bringt § 2 Abs. 4 WettbG. Er berechtigt die BWB zur Information der Öffentlichkeit über bedeutende (laufende) Verfahren, Branchenuntersuchungen und Wettbewerbsmonitorings.

Auch soll die Zusammenarbeit der BWB mit Verwaltungsbehörden, der Finanzmarktaufsicht und den Strafverfolgungsbehörden gefördert werden. Ausdrücklich wird die BWB nun zum Informationsaustausch mit allen Verwaltungsbehörden, der Finanzmarktaufsicht sowie den sonstigen Strafverfolgungsbehörden ermächtigt. Bisher war im WettbG nur die Kooperation mit anderen österreichischen, europäischen und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden,⁴¹ der Wettbewerbskommission und den Regulatoren⁴² explizit erlaubt.

2. Pauschalgebühr für Zusammenschlüsse

Die für die Praxis wohl relevanteste Änderung im Bereich des WettbG ist die Anhebung der Pauschalgebühr für Zusammenschlussanmeldungen von derzeit EUR 1.500 auf EUR 3.500. Diese Gebühr gilt für Phase-I-Verfahren. Wird aufgrund eines Prüfungsantrags zumindest einer der Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) eine Phase-II-Prüfung eingeleitet, so ist für dieses Verfahren vor dem Kartellgericht ohnedies eine zusätzliche gerichtliche Rahmengebühr in der Höhe von bis zu EUR 34.000 (§ 50 Z.1 KartG) zu entrichten, ohne dass die Pauschalgebühr nach § 10 a WettbG darauf angerechnet wird.

3. Veröffentlichungspflicht für Anträge der Amtsparteien und rechtskräftige Entscheidungen

Hatte die BWB nach § 10 b Abs. 2 WettbG auf ihrer Website nur von ihr oder dem Bundeskartellanwalt nach den §§ 26, 27 oder 28 KartG⁴³ gestellte Anträge bekannt zu machen, so wird diese Veröffentlichungspflicht nun auch auf Bußgeldanträge gem. § 29 KartG ausgedehnt.

Im Gegensatz dazu erweitert § 10 b Abs. 3 WettbG die Veröffentlichungspflichten der BWB bzgl. rechtskräftigen Entscheidungen des KG.⁴⁴ Für Kronzeugen sind verpflichtend der Name des Unternehmens sowie ein Hinweis auf seinen Status als Kronzeuge zu veröffentlichen. Dies gilt allerdings nur für Kronzeugen i. S. d. RL, also für jene, denen aufgrund des Vorgehens der BWB nach den § 11 b Abs. 1 lit. a und b WettbG die Geldbuße vollständig erlassen wurde. Mit dieser konstitutiven Veröffentlichung verzichtet die BWB gem. § 10 b Abs. 3 a. E. WettbG endgültig auf Stellung eines Bußgeldantrags.

4. Kronzeugen

Entsprechend dem Begutachtungsentwurf übersiedeln die Regelungen zur Kronzeugenregelung in eine eigene Bestimmung (§ 11 b WettbG).⁴⁵ Neu ist die Verpflichtung der BWB, gegen einen Kronzeugen, dem die Geldbuße vollstän-

38 Auf die Unschärfe des Begriffes „Untersuchungshandlung der Bundeswettbewerbsbehörde“ wurde bereits oben zur Verjährung des Schadenersatzanspruchs hingewiesen.

39 Diese ist unter www.ediktsdatei.justiz.gv.at abrufbar.

40 Diese wurde vom Verband österreichischer Zeitungen gefordert – s. unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_07500/imfname_562692.pdf.

41 Das sind das Kartell- und Kartellobergericht, der Bundeskartellanwalt, die Europäische Kommission sowie die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden.

42 Ein Regulator i. S. d. Bestimmung ist beispielsweise die sondergesetzlich eingerichtete Regulierungsbehörde für die Energiewirtschaft, Energie-Control Austria.

43 Das sind die Anträge auf Abstellung einer Zuwiderhandlung (§ 26), auf Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen (§ 27) und auf Feststellung einer Zuwiderhandlung (§ 28).

44 Schon bisher hat die BWB Zusammenfassungen von kartellgerichtlichen Entscheidungen auf ihrer Homepage veröffentlicht.

45 Die neuen § 11 b Abs. 1 – 5 KartG entsprechen somit im Grunde den aufgehobenen § 11 Abs. 3 – 7 WettbG.

dig erlassen wurde, einen Antrag auf Feststellung der Zuwiderhandlung zu stellen. Der neue § 11 b Abs. 6 WettbG bildet die Grundlage dafür, dass die BWB – wie auch die Europäische Kommission – ein internetbasiertes anonymes Hinweisgebersystem (sog. „Whistleblower-System“) errichten darf.

5. Offenlegung aus den Akten der BWB nach der RL

Spiegelbildlich zu den Bestimmungen über die Offenlegung von aktenkundigen Beweismitteln und den diesbezüglichen Beschränkungen⁴⁶ im KartG sind in § 13 a WettbG nun abermals jene Informationen bzw. Unterlagen aufgeführt, die die BWB keinesfalls bzw. nur beschränkt offenlegen darf bzw. muss.

Wichtig für das österreichische wettbewerbsbehördliche Verfahren ist die Bestimmung, dass die Setzung einer nach außen tretenden Ermittlungshandlung als bislang nicht vorgesehene formale Verfahrenseröffnung gilt. An diesen Verfahrensbegriff werden nun z. B. insofern rechtliche Folgen geknüpft werden, als erst nach Beendigung eines Verfahrens die in § 13 a WettbG sowie § 37 k KartG genannten Unterlagen herausgegeben werden dürfen.

6. Übergangsbestimmungen und Änderung im Nahversorgungsgesetz

Im Gegensatz zu den Änderungen im KartG sehen die Übergangsbestimmungen für das WettbG keinen besonderen Inkrafttretenszeitpunkt vor, sodass die entsprechenden Regelungen gemäß der allgemeinen Regel mit dem der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag in Kraft treten (25. April 2017).⁴⁷

Neben dem KartG und dem WettbG, die den Schwerpunkt des KaWeRÄG 2017 bilden, wird auch eine kleine Anpassung im Nahversorgungsgesetz, das in den 1970er-Jahren in Österreich für spezifische Fragen der Diskriminierung bzw. Forderung ungebührlicher Konditionen im Verhältnis zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern in der Nahversorgung eingeführt wurde, vorgenommen. Der bisher nur selten relevanten Bestimmung des § 1 NahVersG⁴⁸ werden neue Beispieltatbestände angefügt,⁴⁹ um eine Handhabe gegen in der Vergangenheit aufgetretene Probleme im Zusammenhang mit Händlermarken im Lebensmitteleinzelhandel zu schaffen.

VI. Fazit

Im Großen und Ganzen bringt das KaWeRÄG 2017 einen Sprung hin zu attraktiverem *Private Enforcement*. Konkret

ist es vor allem im Sinne der von der RL angestrebten Harmonisierung und der gleichförmigen Anwendung der Wettbewerbsregeln zu begrüßen, dass die RL vom österreichischen Gesetzgeber größtenteils sehr nah am Wortlaut umgesetzt und die entsprechenden Bestimmungen darüber hinaus in einem eigenen Abschnitt des KartG gebündelt wurden. Insbesondere die Einführung der Offenlegung lässt für die nächste Zeit ein Ansteigen der Schadenersatzklagen erwarten, da wohl einige Unternehmen mit der Einbringung ihrer Klagen das Inkrafttreten der RL-Umsetzung abgewartet haben.

Die neue transaktionswertbezogene Anmeldeschwelle dürfte zu einem Ansteigen der Zahl der Zusammenschlussanmeldungen führen. Aufgrund der teilweise noch stark auslegungsbedürftigen Bestimmungen ist zu erwarten, dass vermehrt Zusammenschlüsse „vorsorglich“ angemeldet werden, um das Risiko, gegen das Vollzugsverbot zu verstoßen, zu minimieren.

Die in Österreich vorgenommene Umsetzung der RL wählt teilweise interessante, innovative Ansätze,⁵⁰ die aber auch viele systematische Interpretationsfragen aufwerfen sowie auch aufgrund der verwendeten unklaren Formulierungen, geänderten Terminologie und der Einfügung der in der RL festgelegten neuen Rechtsinstitute (wie z. B. der Offenlegung). Nicht zu vergessen ist dabei zudem, dass einige Bestimmungen z. T. in beträchtlichem Spannungsverhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen bzw. zivilprozessualen Regelungen stehen. Mehrere Aspekte, die im Vorfeld zu dieser Novelle diskutiert bzw. in der Literatur aufgezeigt wurden, sind allerdings nicht aufgegriffen worden.⁵¹ Somit bleiben in Österreich auch für die nächste Novelle noch genügend Themen übrig. ■

⁴⁶ Vgl. § 37 k KartG.

⁴⁷ Die Veröffentlichung im BGBl. erfolgte am 24. April 2017 (BGBl. I Nr. 56/2017).

⁴⁸ Vgl. *Ditz* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG, 2. Aufl. 2016, § 1 NVG Rn.4.

⁴⁹ Zusätzlich zu den schon bisher in § 1 Abs. 2 NahVersG genannten Rabatten und Sonderkonditionen werden nun auch besondere Ausstattungen, Rücknahmeverpflichtungen oder Haftungsübernahmen genannt.

⁵⁰ Insbesondere sei dabei an die Streitverkündung im Zusammenhang mit *passing-on* und das differenzierte Verfahren bei Offenlegung von Beweismitteln gedacht.

⁵¹ Z. B. eine Bereinigung der Vielzahl an Vermutungstatbeständen für die Marktbeherrschung in § 4 Abs. 2 KartG, die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle im Zusammenschlussrecht oder die Beseitigung von Rechtsschutzlücken bei der Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls (vgl. z. B. Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht WettbRÄG 2016 S. 12).

Gerald Brei, Zürich*

Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung – eine mehr als fragwürdige Rechtsfigur im Europäischen Kartellrecht

Der EuGH hat in seinen Urteilen vom 26. Januar 2017 im Fall *Badezimmerausstattungen* (NZKart 2017, 119) alle Rechtsmittel im Zusammenhang mit der Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung zurückgewiesen. Er hat in diesen Urteilen insbesondere bestätigt, dass sich Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht auf Unternehmen beschränkt, die auf dem betroffenen Markt tätig sind. Der Beitrag skizziert zunächst die Entstehung und Weiterentwicklung dieser

fragwürdigen Rechtsfigur. Anschließend wird sie einer kritischen Würdigung unterzogen.

* Dr. Gerald Brei ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Eversheds Sutherland in Zürich. Der Beitrag ist die schriftliche und leicht erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser bei der Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht am 21.2.2017 in Brüssel gehalten hat.