

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Helmut Gamerith,  
Walter Holzer

Mai 2010

03

97 – 160

## Beiträge

### Das neue Widerspruchsverfahren im Markenrecht *Guido Donath* ➔ 100

Verwirkung von Kennzeichenrechten *Michael Horak* ➔ 103

Die Beschränkung von Patenten und deren  
erster Anschein *Rainer Beetz* ➔ 110

## Leitsätze

Nr. 68 – 85

Masterplan II *Manfred Büchele* ➔ 118

## Rechtsprechung

### Goldhase IV – „Goldhasenstreit“: Rückverweisung an das Berufungsgericht *Helmut Gamerith* ➔ 131

Burberry-Karo – Voraussetzungen der Verwirkung eines  
Abwehranspruchs aus der Marke *Helmut Gamerith* ➔ 122

Styriagra – Ausnutzung des Rufs/der Unterscheidungskraft einer  
Gemeinschaftsmarke durch eine Markenparodie *Guido Donath* ➔ 123

Nebivolol I – Patenteingriff durch Antrag auf Aufnahme eines  
Generikums für ein noch geschütztes Arzneimittel in  
den Erstattungskodex ➔ 134

Sägerundholz III – Keine Streitverkündung und keine  
Nebenintervention in Kartellverfahren ➔ 155

## → Hausdurchsuchung durch BWB auf Ersuchen des deutschen Bundeskartellamts

1. Art 3 Abs 1, Art 5, 6, 12, 22 VO (EG) 1/2003; Art 81, 82 EGV; § 83 KartG

→ Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003 sieht eine (ggf parallele) Anwendung der Art 81 und/oder 82 EGV vor. Diese führt dazu, dass die Vorschriften in Kap IV der VO (EG) 1/2003 über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission (EK) und den Wettbewerbsbehörden der MS zum Tragen kommen. Damit wurde ein Netzwerk der Wettbewerbsbehörden in der Gemeinschaft zur dezentralen Anwendung der Art 81 und/oder 82 EGV eingerichtet. Einzelstaatliche Wettbewerbsbehörden sind demnach ua befugt, gem Art 12 VO (EG) 1/2003 mit der EK und anderen einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden Informationen auszutauschen und als Beweismittel zu nutzen und unter den Voraussetzungen des Art 22 VO (EG) 1/2003 andere MS um Amtshilfe zu ersuchen.

Maßnahmen richten sich ausschließlich nach nationalem Recht.

→ Die VO (EG) 1/2003 enthält keine Vorgaben, wann eine nationale Wettbewerbsbehörde ein Ersuchen nach Art 22 stellen darf. Ein solches Ersuchen wird aber jedenfalls nur dann berechtigt sein, wenn die Voraussetzungen für einen entsprechenden innerstaatlichen Ermittlungsakt nach dem nationalen Recht der ersuchenden Behörde (insb ein Anfangsverdacht) gegeben sind; Ermittlungsakte im Ausland sollen damit nicht niedrigeren Anforderungen unterliegen als im Inland.

→ Der Wortlaut des Art 22 VO (EG) 1/2003 legt nahe, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nur unverbindliche Ersuchen aneinander richten, aber keine rechtlich verbindlichen Ansprüche auf Durchführung von Ermittlungen geltend machen können.

2. Art 22 VO (EG) 1/2003; Art 81, 82 EGV

→ Jede mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde darf im Hoheitsgebiet dieses MS im Namen und für Rechnung einer anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde alle Nachprüfungen und sonstigen Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung durchführen, um festzustellen, ob eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 und/oder 82 EGV vorliegt. Die Befugnisse und Verfahrensregeln für derartige

3. Art 81 und 82 EGV; LLBeeintr

→ Nach den Leitlinien der EK über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 EGV sind Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, die auf einen einzigen MS begrenzt sind und nicht direkt Einfuhren und Ausfuhren betreffen, insb dann geeignet, den Handel zwischen MS zu beeinträchtigen, wenn sie eine Marktabschottung bewirken und so Unternehmen

### ÖBl 2010/29

Art 10, 81, 82 EGV; Art 3 Abs 1, Art 5, 6, 12, 22 VO (EG) 1/2003; §§ 1 bis 4, § 12 Abs 1 und 3 WettbG; § 83 KartG

OGH als KOG  
15. 7. 2009,  
16 Ok 7/09  
(OLG Wien als KG  
24 Kt 15/09)

Feuerwehrfahrzeuge

aus anderen MS den Zutritt zum nationalen Markt erschweren.

→ Ein Kartell, das sich auf das Gesamtgebiet eines MS erstreckt, hat schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen; es verhindert damit die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung und stützt die inländische Produktion.

**4. Art 22 VO (EG) 1/2003; §§ 1 bis 4, § 12 Abs 1 und 3 WettbG**

Inhalt des Ersuchens ist die Durchführung einer Hausdurchsuchung in den inländischen Ge-

**Sachverhalt:**

Die ASt (BWB) beantragte am 20. 5. 2009, das Kartellgericht möge gem § 12 Abs 1 und 3 WettbG iVm Art 22 Abs 1 VO (EG) 1/2003 eine Hausdurchsuchung in den Geschäftsräumlichkeiten der R Aktiengesellschaft (in der Folge: verdächtigtes Unternehmen), beginnend am 28. 5. 2009, anordnen. Das deutsche Bundeskartellamt (BKartAmt) habe die ASt von einer in Österreich notwendigen Nachprüfung unterrichtet, die gegen das verdächtige Unternehmen gerichtet sei, das an wettbewerbswidrigen Absprachen beteiligt sein soll. Betroffen sei der Markt für Feuerwehrfahrzeuge (vor allem ab 7,5t) und für Aufbauten für solche Fahrzeuge in Deutschland, für die es einen sehr eingeschränkten Anbieterkreis gebe. Am 13. 5. 2009 habe das BKartAmt an sechs Standorten von vier Anbietern auf dem betroffenen Markt, darunter einem deutschen Tochterunternehmen des hier verdächtigten Unternehmens, Hausdurchsuchungen durchgeführt. Nach Auswertung der dabei sichergestellten Unterlagen habe sich der ursprüngliche Verdacht auf Submissionsabsprachen noch um den Verdacht auf Absprachen über Quoten, Gebiete und Preise erweitert. Eine Zeugenaussage weise auf eine direkte Verstrickung des Vorstandsvorsitzenden des verdächtigten Unternehmens in die Absprachen hin. Aufgrund des Anfangsverdachts und der bisher sichergestellten Beweismittel sei die beantragte Hausdurchsuchung erforderlich und angemessen, um weitere Beweismittel zu finden. Nach Auffassung des BKartAmts sei der zwischenstaatliche Handel schon deshalb berührt, weil das verdächtige Unternehmen einerseits zwei Tochtergesellschaften in Deutschland besitze, die an mutmaßlichen Absprachen beteiligt gewesen sein sollen, andererseits selbst an den wettbewerbswidrigkeiten teilgenommen habe. Das BKartAmt wende daher in diesem Verfahren Art 81 EGV iVm anderen Bestimmungen des GWB an; auch die VO (EG) 1/2003 sei anwendbar.

Der Bundeskartellanwalt hat sich am Verfahren nicht beteiligt.

Das ErstG wies den Antrag ab. Art 22 Abs 1 VO (EG) 1/2003 erlaube der Wettbewerbsbehörde eines MS im Hoheitsgebiet dieses MS nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts im Namen und für Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen MS alle Nachprüfungen und sonstigen Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung

schäftsräumlichkeiten des verdächtigten Unternehmens. Die ersuchte Behörde ist nach dem anzuwendenden inländischen Kartellrecht zu einer derartigen Ermittlungshandlung befugt, kann sie doch – wenn dies zum Erlangen von Informationen aus geschäftlichen Unterlagen erforderlich ist – beim Kartellgericht bei Vorliegen des begründeten Verdachts einer Zuwiderhandlung gegen Art 81 oder 82 EGV eine Hausdurchsuchung beantragen.

durchzuführen, um festzustellen, ob eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 oder 82 EGV vorliegt. Gem § 24 Abs 2 KartG sei das KartG nur anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den inländischen Markt auswirkt, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist. Aus den Tatsachenbehauptungen der ASt ergebe sich keine Auswirkung der zu untersuchenden Verhaltensweisen auf den inländischen Markt; eine solche ergebe sich auch nicht aus den mit dem Antrag vorgelegten Beilagen. Österr Kartellrecht sei daher vom Kartellgericht hier nicht anzuwenden; solches werde auch weder von der ASt noch von der ersuchenden deutschen Behörde behauptet. Gem Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003 dürften die nationalen Wettbewerbsbehörden das EU-Wettbewerbsrecht nur dann anwenden, wenn auf den Sachverhalt grds auch das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden ist, wenn also die tätig werdende Wettbewerbsbehörde nach nationalem Recht überhaupt zuständig ist. Damit solle ausgeschlossen werden, dass etwa im Falle eines spanischen Kartells, das Auswirkungen auch auf Frankreich, Italien und Portugal habe, bspw die finnische Wettbewerbsbehörde einschreite und wegen der zu bejahenden Zwischenstaatlichkeit (nur) das EG-Wettbewerbsrecht anwende. Dass das verdächtige Unternehmen zwei Tochtergesellschaften in Deutschland habe, berühre den zwischenstaatlichen Handel ebenso wenig wie die Mutmaßungen, der Vorstandsvorsitzende habe selbst an Treffen in der Schweiz und in Deutschland teilgenommen. Aus dem Antrag ergebe sich auch nicht, dass die vermuteten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen den gesamten Markt für Feuerwehrfahrzeuge und Aufbauten für Feuerwehrfahrzeuge in Deutschland beträfen; aus Beil .A sei zu erschließen, dass nur die deutschen Bundesländer Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Hessen betroffen seien. Mangels Anwendbarkeit österr Kartellrechts könnten davon losgelöst auch Art 81 und 82 EGV nicht nach Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003 angewendet werden. Die ASt habe nicht konkret behauptet, es liege ein begründeter Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen §§ 1, 5 oder 17 KartG 2005 vor. Das Kartellgericht könne Art 81 und 82 EGV nicht losgelöst vom nationalen Kartellrecht anwenden. Dem Antrag auf Hausdurchsuchung im Rahmen eines nationalen Verfahrens zur Durchführung der europäischen Wettbewerbsregeln nach § 12 Abs 1 WettbG sei daher nicht stattzugeben.

Der OGH als KOG gab dem Rek der ASt wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung Folge und ordnete die beantragte Hausdurchsuchung an.

Der OGH als KOG setzte sich aufgrund des Art 22 VO (EG) 1/2003 ausführlich mit den Voraussetzungen auseinander, unter denen dem Ansuchen der Wettbewerbsbehörde eines anderen MS zur Aufdeckung eines Kartellverstößes durch eine Hausdurchsuchung im Inland durch die Bundeswettbewerbsbehörde nachzukommen ist.

**Aus der Begründung:**

Die ASt macht geltend, Art 22 Abs 1 VO (EG) 1/2003 sei unmittelbar und direkt anwendbar und sehe Amtshilfe zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden beim Vollzug der Art 81 und 82 EGV vor. Mit der dezentralen Anwendung der Art 81 und 82 EGV bestehe ein Netzwerk nationaler Kartellbehörden, die Informationen im Weg der Amtshilfe erlangen und austauschen könnten. Das Kartellgericht verkenne, dass in diesen Fällen nicht die ersuchte Behörde konkret für die Anwendung einer materiellen Norm (hier: Art 81 EGV) zuständig sein müsse. Das Recht auf Amtshilfe bestehe schon im Rahmen der abstrakten Kompetenz des ersuchten Organs, die hier gem Art 22 Abs 1 VO (EG) 1/2003 iVm §§ 1 bis 4 WettbG und § 83 KartG vorliege, sofern nur die ersuchende Behörde konkret zuständig sei. Alle nach nationalem Recht vorgesehenen Ermittlungsbefugnisse der ASt stünden auch für das Amtshilfeverfahren zur Verfügung. Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit der MS untereinander (Art 10 EGV) bedinge, dass die ersuchte Behörde ein auf nicht ausreichende Informationen gestütztes Amtshilfeersuchen nicht sofort zurückweisen dürfe, sondern der ersuchenden Behörde ihre Bedenken mitzuteilen und einen ergänzenden Informationsaustausch einzuleiten habe.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen:

**[Parallele Anwendung des nationalen und europäischen Kartellrechts]**

1. Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003 verpflichtet Kartellbehörden und Gerichte der MS, neben ihrem nationalen Recht stets auch die Art 81 und/oder 82 EGV anzuwenden, sofern das fragliche Unternehmensverhalten zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den MS geeignet ist. Die korrespondierende Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte zur Anwendung der Art 81 und/oder 82 EGV ist in Art 5 und 6 VO (EG) 1/2003 geregelt. Die alleinige Anwendung einzelstaatlichen Rechts in Fällen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug ist somit ausgeschlossen, während die alleinige Anwendung des Gemeinschaftsrechts stets möglich bleibt (*Sura* in *Langen/Bunte*, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht II<sup>10</sup> Art 3 VO (EG) 1/2003 Rz 8 mwN).

2. Diese (ggf parallele) Anwendung der Art 81 und/oder 82 EGV führt dazu, dass die Vorschriften in Kap IV der VO (EG) 1/2003 über die Zusammenarbeit zwischen der EK und den Wettbewerbsbehörden der MS zum Tragen kommen. Eingerichtet wurde damit ein Netzwerk der Wettbewerbsbehörden in der Gemeinschaft zur dezentralen Anwendung der Art 81 und/oder 82 EGV. Einzelstaatliche Wettbewerbsbehörden sind demnach ua befugt, gem Art 12 VO (EG) 1/2003 mit der EK und anderen einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden Informationen auszutauschen und als Beweismittel zu nutzen. Sie können auch unter den Voraussetzungen des Art 22 VO (EG) 1/2003 Amtshilfe erbitten (*Dalheimer* in *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, EU-Kartellverfahrensverordnung Art 3 Rz 7).

**[Zur Amtshilfe nach Art 22 VO (EG) 1/2003]**

3. Durch diese Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts werden die nationalen Wettbewerbsbehörden in die

Lage versetzt, Fällen nachzugehen, in denen sich Beweismittel in anderen MS befinden. Diese Möglichkeit hätten sie ohne die Unterstützung durch andere Behörden nicht, da die Eingriffsbefugnisse jeder nationalen Behörde wegen des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips auf das eigene Hoheitsgebiet beschränkt sind (*Sura*, aaO Art 22 Rz 1 f).

4.1. Gem Art 22 VO (EG) 1/2003 darf jede mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde im Hoheitsgebiet dieses MS im Namen und für Rechnung einer anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde alle Nachprüfungen und sonstigen Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung durchführen, um festzustellen, ob eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 und/oder 82 EGV vorliegt. Die Befugnisse und Verfahrensregeln für derartige Maßnahmen richten sich ausschließlich nach nationalem Recht (Art 22 Abs 1 VO (EG) 1/2003; Bekanntmachung der EK über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl C 2004/101, 43 Rz 29).

4.2. Art 22 VO (EG) 1/2003 ermächtigt demnach die Wettbewerbsbehörden der MS, die in ihren nationalen Rechten vorgesehenen Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung auch für eine andere Wettbewerbsbehörde durchzuführen und die auf diese Weise erhaltenen Informationen an diese Behörde weiterzuleiten. Entgegenstehendes nationales Recht ist aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unwirksam (*de Bronett*, Komm zum europäischen Kartellverfahrensrecht Art 22 Rz 2). Die Ermittlungshilfe ist auf Verfahren begrenzt, in denen es um eine mögliche Verletzung von Art 81 und/oder 82 EGV geht. Wettbewerbsverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EG) 1/2003 sind damit nicht umfasst, insb nicht Verfahren zur Untersuchung möglicher Verletzungen nationaler Vorschriften (*Miersch* in *Dalheimer/Feddersen/Miersch*, EU-Kartellverfahrensverordnung Art 22 Rz 6).

**[Zulässigkeit des Amtshilfeersuchens]**

4.3. Die VO (EG) 1/2003 enthält keine Vorgaben, wann eine nationale Wettbewerbsbehörde ein Ersuchen nach Art 22 stellen darf. Ein solches Ersuchen wird aber jedenfalls nur dann berechtigt sein, wenn die Voraussetzungen für einen entsprechenden innerstaatlichen Ermittlungsakt nach dem nationalen Recht der ersuchenden Behörde (insb ein Anfangsverdacht) gegeben sind; Ermittlungsakte im Ausland sollen damit nicht niedrigeren Anforderungen unterliegen als im Inland. Die ersuchende Wettbewerbsbehörde wird daher Angaben zu sämtlichen Umständen zu machen haben, die nach dem nationalen Recht der ersuchten Behörde erforderlich sind, um das Vorliegen der danach benötigten Eingriffsvoraussetzungen prüfen zu können. Insb werden die betroffenen Unternehmen sowie Hinweise auf einen Anfangsverdacht, der Gegenstand und der Zweck der Untersuchung zu spezifizieren sein (*Barthelmeß* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht I VerfVO Rz 7 f).

**[Ablehnungsgründe]**

4.4. Der Wortlaut des Art 22 VO (EG) 1/2003 legt nahe, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nur unverbindliche Ersuchen aneinander richten, aber keine rechtlich verbindlichen Ansprüche auf Durchführung

von Ermittlungen geltend machen können. Selbst wenn jedoch eine solche Verpflichtung bejaht wird, muss die ersuchte Wettbewerbsbehörde jedenfalls berechtigt sein, in begründeten Ausnahmefällen ein Ersuchen abzulehnen, insb wenn die ersuchende Behörde nicht in der Lage ist, überzeugend darzulegen, dass ein legitimer Anlass für eine Ermittlung besteht und die Ermittlung verhältnismäßig ist (*Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht<sup>2</sup> Art 22 VO 1/2003 Rz 2).

#### [Zulässigkeit des konkreten Amtshilfeersuchens]

5. Auf dem Boden dieser Rechtslage hat das Kartellgericht dem über die ASt eingebrachten Amtshilfeersuchen des BKartAmts aus unzutreffenden Gründen nicht stattgegeben.

5.1. Das Amtshilfeersuchen wurde von einem Mitglied im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden in der Gemeinschaft an die ASt als einem anderen Mitglied dieses Netzwerks gerichtet. Ihm liegt nach dem durch Urkunden bescheinigten Sachverhalt ein kartellrechtliches Ordnungswidrigkeitenverfahren der ersuchenden Behörde ua gegen zwei deutsche Tochterunternehmen des verdächtigten Unternehmens wegen vermuteten Verstoßes gegen Art 81 Abs 1 EGV durch wettbewerbswidrige Absprachen bzw abgestimmte Verhaltensweisen zugrunde.

5.2.1. Hinreichend behauptet und durch Urkunden bescheinigt ist, dass die ersuchende Behörde neben ihrem nationalen Recht auch Art 81 EGV anzuwenden hat. Nach dem bescheinigten Sachverhalt gibt es auf dem betroffenen Markt für große Feuerwehrfahrzeuge (vor allem ab 7,5t) und für Aufbauten für solche Fahrzeuge in Deutschland einen sehr eingeschränkten Anbieterkreis. Das Verfahren der ersuchenden Behörde richtet sich gegen vier der auf diesem Markt führenden Anbieter, die verdächtigt werden, sich seit 2001 bei der Abgabe von Angeboten abzusprechen (Beil ...).

#### [Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels]

5.2.2. Nach den Leitlinien der EK über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 EGV (LLBeeintr; ABl C-2004/101, 81) sind Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, die auf einen einzigen MS begrenzt sind und nicht direkt Einfuhren und Ausfuhren betreffen, insb dann geeignet, den Handel zwischen MS zu beeinträchtigen, wenn sie eine Marktabschottung bewirken und so Unternehmen aus anderen MS den Zutritt zum nationalen Markt erschweren (Rz 84).

5.2.3. Nach der Rsp des EuGH hat ein Kartell, das sich auf das Gesamtgebiet eines MS erstreckt, schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen; es verhindert somit die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung und schützt die inländische Produktion (Nw bei *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Komm zum Europäischen Wettbewerbsrecht Art 81 Abs 1 EGV Rz 202 FN 925). So kann ein Kartell oder ein abgestimmtes Verhalten von Versicherungsgesellschaften, das in einem gegenseitigen Informationsaustausch besteht, der eine durch die Marktbedingungen nicht gerechtfertigte Erhöhung der Prämien für

die Kfz-Haftpflichtversicherung ermöglicht, und das gegen die nationalen Vorschriften über den Schutz des Wettbewerbs verstößt, auch gegen Art 81 EGV verstoßen, wenn unter Berücksichtigung der Merkmale des relevanten nationalen Markts eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass das betreffende Kartell oder abgestimmte Verhalten den Abschluss dieser Versicherungen in dem betreffenden MS durch Wirtschaftsteilnehmer aus anderen MS unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann und dieser Einfluss nicht nur geringfügig ist (EuGH 13. 7. 2006, C-295/04, *Manfredi*, Rz 52).

5.2.4. Nach diesen Grundsätzen besteht kein Zweifel, dass kartellrechtswidrige Absprachen zwischen vier von einigen wenigen marktführenden Unternehmen auf einem nationalen Markt geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel iSd Art 81 Abs 1 EGV spürbar zu beeinträchtigen. Die vorliegenden Verdachtsmomente sprechen zunächst auch dafür, dass sich die vermuteten Absprachen auf das gesamte Gebiet Deutschlands erstrecken. Dem steht nicht entgegen – worauf das ErstG verweist –, dass im Amtshilfeersuchen Ermittlungsergebnisse (nur) für drei bestimmte deutsche Bundesländer dargestellt werden. Die ersuchende Behörde wendet daher in ihrem Ermittlungsverfahren zutr auch Art 81 EGV an (Art 3 Abs 1 VO (EG) 1/2003).

#### [Befugnis der ersuchten Behörde]

5.3. Inhalt des Ersuchens ist die Durchführung einer Hausdurchsuchung in den inländischen Geschäftsräumlichkeiten des verdächtigten Unternehmens. Die ersuchte Behörde ist nach dem anzuwendenden inländischen Kartellrecht zu einer derartigen Ermittlungshandlung befugt, kann sie doch – wenn dies zur Erlangung von Informationen aus geschäftlichen Unterlagen erforderlich ist – beim Kartellgericht bei Vorliegen des begründeten Verdachts einer Zuwiderhandlung gegen ua Art 81 oder 82 EGV eine Hausdurchsuchung beantragen (§ 12 Abs 1 und 3 WettbG). Entgegen der Auffassung des ErstG ist es für die Bewilligung eines Amtshilfeersuchens hingegen unerheblich, ob die ersuchte Behörde dafür zuständig ist, den ihr von der ersuchenden Behörde bekanntgegebenen Sachverhalt im Rahmen eines von ihr selbst geführten inländischen Verfahrens unter Anwendung nationalen Kartellrechts zu untersuchen.

5.4. Die ersuchende Wettbewerbsbehörde hat schließlich auch dargelegt und durch Urkunden hinreichend bescheinigt, dass die nach dem nationalen Recht der ersuchten Behörde erforderlichen Eingriffsvoraussetzungen vorliegen. So werden im Amtshilfeersuchen die betroffenen Unternehmen, die bisher vorliegenden Hinweise auf einen Anfangsverdacht (der sich nach Durchführung von Hausdurchsuchungen in Deutschland noch auf andere Tatbestände erweitert hat) sowie der Gegenstand und der Zweck der Untersuchung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Auch ein ausreichender Tatverdacht gegenüber dem verdächtigten Unternehmen ist nachgewiesen, soll doch der Vorstandsvorsitzende des verdächtigten Unternehmens selbst an Treffen der vermuteten Kartellanten in der Schweiz und in Deutschland teilgenommen haben, bei denen

Quoten für die beteiligten Unternehmen (darunter zwei Tochterunternehmen des verdächtigten Unternehmens) vereinbart worden sein sollen (Beil ...).

6. Dem Rek war daher Folge zu geben und die im Amtshilfeweg beantragte Hausdurchsuchung zu genehmigen.

### Anmerkung:

Im gegenständlichen Fall richtete das deutsche Bundeskartellamt (BKartAmt) an die österr Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) ein Ersuchen um eine in Österreich durchzuführende Nachprüfung gegen ein Unternehmen, das an wettbewerbswidrigen Absprachen beteiligt gewesen sein soll. Betroffen war der Markt für Feuerwehrfahrzeuge und Aufbauten solcher Fahrzeuge in Deutschland. Das BKartAmt hatte in Deutschland Hausdurchsuchungen durchgeführt, ua auch bei einem deutschen Tochterunternehmen des betreffenden Unternehmens. Dabei erweiterte sich der Verdacht auf Submissionsabsprachen auch auf den Verdacht auf Absprachen über Quoten, Gebiete und Preise. Zudem weist eine Zeugenaussage auf eine direkte Verstrickung des Vorstandsvorsitzenden des betreffenden Unternehmens in die Absprachen hin.

Deshalb erachtet das BKartAmt eine Hausdurchsuchung in den Geschäftsräumlichkeiten des hier betroffenen Unternehmens in Österreich für erforderlich und angemessen.

Das BKartAmt ersuchte die BWB (ASt) gem Art 22 Abs 1 VO 1/2003, eine Hausdurchsuchung durchzuführen. Das KG gab dem betreffenden Antrag der BWB nicht statt, zumal es eine Auswirkung des Sachverhalts auf den inländischen Markt gem § 24 Abs 2 KartG nicht annahm. Das Kartellgericht vertrat die Auffassung, dass gem Art 3 Abs 1 VO 1/2003 die nationalen Wettbewerbsbehörden das EU-Wettbewerbsrecht nur dann anwenden dürften, wenn auf den Sachverhalt auch das (betreffende) nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden sei, die tätig werdende Wettbewerbsbehörde daher nach nationalem Recht überhaupt zuständig sei.

Das KOG gab dem Rek gegen diese Entscheidung statt. Der Abweisung des Antrags auf Genehmigung der Hausdurchsuchung liege eine unrichtige rechtliche Beurteilung zugrunde; die im Amtshilfeweg beantragte Hausdurchsuchung wurde angeordnet.

Der wesentliche Punkt dieser Entscheidung ist, dass nationale Wettbewerbsbehörden auch bei Sachverhalten Hausdurchsuchungen durchführen können, die keine kartellrechtlich relevante Auswirkung auf den inländischen Markt haben. Insofern wird die nationale Wettbewerbsbehörde daher nur als „Vollzugsorgan“ einer Wettbewerbsbehörde eines anderen MS tätig. Dies allerdings nur insofern, als Letztere ihr Ersuchen auf Art 81 und 82 EGV (jetzt Art 101 oder 102 AEUV) und nicht etwa auf ihr rein nationales Wettbewerbsrecht stützt. Nur in diesem Fall kommt der „Amtshilfemechanismus“ des Art 22 Abs 1 VO 1/2003 zum Einsatz.

Dieser Ansatzpunkt geht zum einen über die Annahme des Kartellgericht als Unterinstanz in dieser Sache hinaus, dass Art 3 Abs 1 VO 1/2003 bestimme, nationale Wettbewerbsbehörden könnten die VO 1/2003 (und damit Art 22 Abs 1 VO 1/2003) nur anwenden, wenn sie zunächst aufgrund ihres einzelstaatlichen

Wettbewerbsrechts zuständig wären. Wenn man diese These des Kartellgerichts verallgemeinert, wäre das EU-Kartellrecht gem VO 1/2003 generell (dh auch für andere Maßnahmen als Hausdurchsuchungen) nie durch die nationalen Wettbewerbsbehörden anzuwenden, wenn nicht auch das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht eine Zuständigkeit vorsehen würde. Nationales Kartellrecht könnte somit durch eine besonders zurückhaltende Zuständigkeitsbestimmung die Anwendung von EU-Kartellrecht durch die nationalen Wettbewerbsbehörden in seinem MS aushebeln (zB indem es das Auswirkungsprinzip entsprechend eng fasst). Die nationalen Gesetzgeber hätten es dadurch in der Hand, ihre Wettbewerbsbehörden mehr oder weniger in die Vollziehung der Art 101 und 102 AEUV zu involvieren. Zwar bestünde dann immer noch die Zuständigkeit der EK, in dem MS vorzugehen (Art 7 VO 1/2003), jedoch ist die Zielsetzung der VO 1/2003 gerade, primär die nationalen Wettbewerbsbehörden für die Vollziehung der Art 101 und 102 AEUV heranzuziehen.<sup>1)</sup> Diesem Zweck würde eine Delegation der Entscheidung an den nationalen Gesetzgeber, inwiefern die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Vollziehung des EU-Kartellrechts zuständig sind, widersprechen.<sup>2)</sup>

Zum anderen wird durch die Entscheidung des KOG das Primat des EU-Kartellrechts auch auf eine andere Weise entsprechend manifestiert. Selbst wenn der betreffende Sachverhalt keinerlei kartellrechtliche Auswirkung (dh auch nicht nach den Maßstäben der Art 101 und 102 AEUV) auf den MS der ersuchten Wettbewerbsbehörde hat, aber EU-Kartellrecht dennoch auf diesen anwendbar ist, kann sich diese auf Art 22 Abs 1 VO 1/2003 stützen.<sup>3)</sup> Um ein Beispiel zu nennen, könnte somit eine Hausdurchsuchung aufgrund eines Ersuchens der spanischen Wettbewerbsbehörde erfolgen, die sich dabei auf einen Fall bezieht, der Auswirkungen nur auf den Handel zwischen Portugal und Spanien hat. Dies wirkt vielleicht auf den ersten Blick erstaunlich, ist aber durchaus nachvollziehbar, zumal auch die EK keinerlei Nachweis einer kartellrechtlichen Auswirkung auf den MS der ersuchten Wettbewerbsbehörde erbringen muss, wenn sie diese gem Art 22 Abs 2 VO 1/2003 um eine Ermittlungshandlung ersucht.<sup>4)</sup> Weshalb sollte dies dann bei dem Ersuchen einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde, die gem



1) Vgl VO (EG) 1/2003 ErwGr 3, 6 ff.

2) Dies unbeschadet der Besonderheit des Art 22 Abs 1 VO 1/2003, der ausdrücklich keine Verpflichtung der ersuchten Wettbewerbsbehörde normiert, und somit bewusst eine Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers hier eine Regelung zu treffen, offenlässt.

3) Vgl ua *Bischke* in Münchener Kommentar I (2007) Art 22 VO 1/2003 Rz 2; *Burrichter* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2<sup>4</sup> (2007) Art 22 VO 1/2003 Rz 1 ff.

4) Vgl ua *Sura* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II<sup>19</sup> (2006) Art 22 VO 1/2003 Rz 6; *Bischke* in Münchener Kommentar I (2007) Art 22 VO 1/2003 Rz 5.

VO 1/2003 ebenfalls zur Vollziehung des EU-Kartellrechts angehalten ist, anders sein?<sup>5)</sup>

Insofern konnte das KOG daher auch aussprechen, dass einer Anwendung des EU-Kartellrechts und im konkreten Fall der VO 1/2003 entgegenstehende Bestimmungen ohne weiteres unwirksam sind. Allerdings unbeantwortet geblieben ist (und mangels entsprechender Bestimmungen im KartG bzw WettbG hat sich die Frage auch nicht gestellt), inwiefern der nationale Gesetzgeber die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Durchführung der Nachprüfungen gem Art 22 Abs 1 VO 1/2003 durch entsprechende Verfahrensbestimmungen einschränken darf, zumal sich die diesbezüglichen Befugnisse und Verfahrensregeln nach dem nationalen Recht der ersuchten Behörde richten.<sup>6)</sup> Hier wird man wohl iSd EU-rechtlichen Äquivalenzgrundsatzes annehmen müssen, dass die für Ersuchen gem Art 22 Abs 1 VO 1/2003 vorgesehenen Verfahrensregeln nicht ohne sachlichen Grund strenger sein dürfen als für ein Vorgehen derselben Wettbewerbsbehörde aufgrund eines Sachverhalts, der dem KartG unterliegt.

Abschließend zu erwähnen ist auch, dass in derartigen Konstellationen ein wesentlicher Aspekt einer materiellen Prüfung durch die ersuchte Wettbewerbs-

behörde zu beachten ist und dies auch in der vorliegenden KOG-Entscheidung entsprechend dargestellt wird. Die nationale Wettbewerbsbehörde, die ein Ersuchen gem Art 22 Abs 1 VO 1/2003 erhält, muss beurteilen, ob Art 101 bzw 102 AEUV überhaupt anwendbar ist. Dies ist wohl umso prekärer, wenn es, wie das KOG anmerkt, sogar um das Außerachtlassen nationaler Bestimmungen geht. Hier wird daher der von der ersuchenden Wettbewerbsbehörde geschilderte Sachverhalt auch ausreichend detailliert sein müssen, um eben eine entsprechende Beurteilung durch die ersuchte Wettbewerbsbehörde zu erlauben. Dies war jedoch offensichtlich in der vorliegenden Entscheidung kein Problem.

*Raoul Hoffer*

5) Mit dem schon erwähnten Unterschied, dass gem Art 22 Abs 2 VO 1/2003 eine Verpflichtung zum Tätigwerden besteht.

6) Vgl ua *Bischke* in Münchener Kommentar I (2007) Art 22 VO 1/2003 Rz 2.