

# Aktuelle Herausforderungen für ein modernes Wettbewerbsrecht -

## Handlungsempfehlungen für den europäischen und nationalen Gesetzgeber

### Vorwort

Die Digitalisierung ist ein gesamtgesellschaftliches und gesamtwirtschaftliches Phänomen; sie beeinflusst die Rechts- und Wirtschaftsordnung umfassend und weitreichend. Der Fokus des gegenständlichen Positionspapiers liegt auf der Erarbeitung und Vorlage gemeinsamer Ideen und Empfehlungen der an dieser Arbeit beteiligten Interessenvertretungen Bundesarbeitskammer, Industriellenvereinigung, Landwirtschaftskammer Österreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund und Wirtschaftskammer Österreich zur Fortentwicklung des österreichischen (und europäischen) Wettbewerbsrechts. Wettbewerbs- und Kartellrecht können keinesfalls alle Probleme lösen, welche Digitalisierung, Globalisierung und disruptive Geschäftsmodelle auf den Märkten auslösen. Dieser Rechts- und Politikbereich ersetzt auch nicht spezielle Regulierungsüberlegungen, welche in Hinblick auf die Fragen der Nutzung und des Schutzes von Daten oder die Spielregeln für Plattformunternehmen als Anbieter, Vermittler oder Regelsetzer angestellt werden müssen. Neue Entwicklungen im Wettbewerbsrecht müssen vielmehr in einen einheitlichen wirtschaftspolitischen Gesamtzusammenhang eingebettet und konsistent in eine den Erfordernissen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen angepasste rechtliche Umgebung gestellt werden. Die Durchdringung der Wirtschaft mit digitalen Lösungsansätzen trifft diese nicht überfallsartig, sondern stellt einen sich bereits seit längerer Zeit entwickelnden kontinuierlichen Prozess dar; Entwicklungen im digitalen Bereich wurden in der Rechtsetzung der vergangenen Jahre und Jahrzehnte in wachsendem Maße mitgedacht. Daher sind Reformen des nationalen Wettbewerbsrechts in die bisherigen Entwicklungsschritte einzubetten und konsequent entsprechend den beiden Studien des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen zur Wettbewerbspolitik<sup>1</sup> weiterzuführen. Unabhängig von den notwendigen inhaltlichen Fortentwicklungen ist auf eine systemkonforme Effizienzsteigerung im Rahmen des Vollzugs des Wettbewerbsrechts besonderes Augenmerk zu legen.

Wenn auch der Hauptfokus dieses Papiers auf der Fortentwicklung des nationalen Wettbewerbsrechts liegt, so weisen viele Sachverhalte und wirtschaftliche Zusammenhänge über den einzelnen EU-Mitgliedstaat hinaus und erfordern - zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft - die Entwicklung einer wirtschaftspolitischen Gesamtstrategie auf europäischer Ebene.

In den letzten Jahren sind viele Studien zu wettbewerblichen Fragen der Digitalisierung vorgelegt worden, welche für die Erarbeitung des vorliegenden Positionspapiers in Hinblick auf ihren Mehrwert für die Fortentwicklung des österreichischen und europäischen Kartellrechts durchgesehen und als Ideensammlung herangezogen worden sind. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die den Binnenmarkt betreffenden Wettbewerbsregeln auch unter den neuen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen funktionieren. Sie müssen daher nicht neu gedacht werden, sondern sind vielmehr dort, wo dies aus gesamteuropäischem Interesse geboten erscheint, zu adaptieren und zu ergänzen.

---

<sup>1</sup> Studie Nr. 84, 2010 „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“; Studie Nr. 87, 2014 „Effizienz - Rechtsstaatlichkeit - Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht“

Die in dieser Arbeit ausgesprochenen Empfehlungen sind nach Diskussion mit Expertinnen und Experten unter anderem aus folgenden mit Wettbewerb befassten Institutionen erarbeitet worden: Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW), Bundesministerium für Justiz (BMJ), Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR) und Studienvereinigung Kartellrecht.

Wesentliche Entwicklungen in der wettbewerbspolitischen Diskussion seit dem Erscheinen der letzten Studie werden berücksichtigt (z.B. RL 2019/1<sup>2</sup>, VO 2019/1150<sup>3</sup>, Rechnungshofbericht 2019/28<sup>4</sup>, Vorschläge für die 10. GWB-Novelle in Deutschland<sup>5</sup>) und die bestehenden Empfehlungen entwicklungskonform angepasst.

Soweit im Folgenden von Interessenvertretungen gesprochen wird, sind darunter die Bundesarbeitskammer, die Industriellenvereinigung, die Landwirtschaftskammer Österreich, der Österreichischer Gewerkschaftsbund und die Wirtschaftskammer Österreich zu verstehen.

Personenbezogene Bezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter in gleicher Weise.

Wien, am 11.09.2020

---

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABI 2019 L 11 (RL ECN+)

<sup>3</sup> Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABI 2019 L 186

<sup>4</sup> „System der Wettbewerbsbehörden außerhalb des Finanzmarkts“, [https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/System\\_Wettbewerbsbeho\\_rden\\_Finanzmarkt.pdf](https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/System_Wettbewerbsbeho_rden_Finanzmarkt.pdf)

<sup>5</sup> <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/gwb-digitalisierungsgesetz.html>

# Inhaltsverzeichnis

Überblick über die Empfehlungen

Positionen im Detail

1. Offene Empfehlungen aus den Beiratsstudien Nr. 84 und 87
2. Erfordernisse im Zuge der Umsetzung der RL ECN+
3. Erfordernisse in Hinblick auf Digitalisierung und Globalisierung
  - 3.1. Themenblock Kartellverbot
    - 3.1.1. Algorithmen und Wettbewerb
    - 3.1.2. Horizontale Kooperationen
  - 3.2. Themenblock Missbrauchs- und Fusionskontrolle
    - 3.2.1. Relevanter Markt und Marktdefinition
    - 3.2.2. Marktmacht
    - 3.2.3. Missbräuchliches Verhalten
    - 3.2.4. Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (Daten, Online-Plattformen)
    - 3.2.5. Fusionskontrolle
  - 3.3. Verfahrensbeschleunigung zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes
  - 3.4. Weitere Politikempfehlungen

Anhang

# Überblick über die Empfehlungen

Bundesarbeitskammer, Industriellenvereinigung, Landwirtschaftskammer Österreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund und Wirtschaftskammer Österreich geben für die kommende Reform des Kartell- und Wettbewerbsrechts 2020/2021 sowie künftige Reformen auf europäischer Ebene zusammengefasst folgende Empfehlungen ab:

## A) Allgemeine Empfehlungen

- Erarbeitung einer wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie: Gerade die aktuellen Entwicklungen und Rahmenbedingungen machen es notwendig, für Österreich eine wettbewerbspolitische Gesamtstrategie zu entwickeln und diese mit der nationalen Datenstrategie und der nationalen Strategie zum Umgang mit bedeutenden internationalen Plattformunternehmen zu koordinieren.
- Aufwertung der Wettbewerbskommission (WBK): Das BMDW sollte in Zusammenarbeit mit der WBK - unter Einbindung der BWB - eine Ausweitung des Aufgabenbereichs der WBK ausloten und allenfalls notwendige gesetzliche Anpassungen vornehmen.
- Verbesserung der Verfahrensgarantien: Die Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren vor der BWB sind den aktuellen Entwicklungen anzupassen (z.B. Akteneinsicht ermöglichen).

## B) Empfehlungen im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie ECN+

- Das österreichische Vollzugssystem ist in Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinie bereits jetzt rechtskonform, erfüllt die geforderte Unabhängigkeit und bietet einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Gebot der Effizienz. Es sind daher im Vollzugssystem nur geringe Anpassungen an die europäischen Vorgaben notwendig (z.B. Regelung einer „Cooling Off-Phase“).
- Die Befugnisse der Wettbewerbsbehörden erfüllen die rechtsstaatlichen Ansprüche; es sind lediglich richtlinienkonforme Klarstellungen vorzunehmen. Das Kartellgericht soll weiterhin für die Erlassung von Einstweiligen Verfügungen zuständig sein.
- Im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben bezüglich der nationalen Kronzeugenprogramme wird angeregt, die derzeit in einem Handbuch der BWB aufgenommenen Regelungen in eine Rechtsverordnung zu überführen. Der über die Richtlinie hinausgehende Anwendungsbereich der Kronzeugenregelung auf vertikale und nicht geheime Sachverhalte ist beizubehalten.

## C) Empfehlungen für ein modernes Kartell- und Wettbewerbsrecht

- Die vielfältige Anwendung von Algorithmen in der Digitalwirtschaft birgt die Gefahr des Entstehens neuer Formen von Verhaltenskoordination. Durch eine aktive Vollzugstätigkeit der zuständigen nationalen Behörden im Bereich der digitalen Wirtschaft sollen jene Erfahrungen und konkrete Anwendungsfälle generiert werden, auf deren Grundlage eine Anpassung des rechtlichen Rahmens vorzunehmen wäre.

Dabei wird empfohlen, vom Instrument der Einstweiligen Verfügung verstärkt Gebrauch zu machen.

- Der österreichische und europäische Gesetzgeber sollte die Möglichkeiten zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei wünschenswerten horizontalen Kooperationen zum Beispiel im Bereich von Klima- und Umweltschutz oder Digitalwirtschaft ausschöpfen (etwa durch Ausweitung der Verordnungsermächtigung in § 3 KartG). In diesem Zusammenhang wird begrüßt, dass die BWB auf Anfrage von Unternehmen und Verbänden unverbindliche Beurteilungen von komplexen horizontalen Sachverhalten durchführt. Dieses Angebot sollte noch ausgebaut werden.
- Aufgrund der einschlägigen Bedeutung europäischer Rechtsentwicklungen sind die Ergebnisse der auf dieser Ebene derzeit laufenden Diskussion zur Marktabgrenzung (Evaluierung und Konsultation) abzuwarten. Gleiches gilt hinsichtlich der aktuellen europäischen Diskussion über die Entwicklung von Regulativen für bedeutende Online-Plattformen. Im Rahmen einer ex ante-Regulierung sollte auf bestehenden Regulierungsstrukturen aufgebaut werden.
- Zur Verbesserung der Aufsicht über marktmächtige Unternehmen wird eine Überarbeitung von § 4 Kartellgesetz empfohlen. In die Definition „überragende Marktstellung“ ist auch das Verfügen über wettbewerblich relevante Daten aufzunehmen sowie die Intermediärmacht als neuer Marktbeherrschungstatbestand einzuführen. Weiters wird angeregt, das Nahversorgungsgesetz hinsichtlich plattformspezifischer Problembereiche zu ergänzen.
- Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle wird empfohlen, den bestehenden Marktbeherrschungstest und die einschlägigen Vermutungstatbestände beizubehalten.
- Die volkswirtschaftliche Rechtfertigung sollte als eigenständiges Prüfkriterium bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen Berücksichtigung finden.
- Der europäische Gesetzgeber sollte ein dynamisches Element in die wettbewerbsökonomische Analyse von Fusionen einbauen, um das globale Wettbewerbsumfeld besser berücksichtigen zu können.
- Die Initiative der Europäischen Kommission im Rahmen des Weißbuches zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten wird grundsätzlich begrüßt und wäre in den Rahmen einer europäischen wirtschaftspolitischen Gesamtstrategie einzubetten.
- In der europäischen Fusionskontrolle sollte die Einführung eines Instruments zur Verhinderung von „Killer-Akquisitionen“ erwogen werden.

## Positionen im Detail

### 1. Offene Empfehlungen aus den Beiratsstudien Nr. 84 und 87

Einleitend ist festzuhalten, dass bereits wesentliche Empfehlungen aus den bisherigen Sozialpartnerstudien vom Gesetzgeber aufgegriffen und umgesetzt worden sind. In diesem Abschnitt sollen jene Empfehlungen der beiden Beiratsstudien aufgezeigt werden, die in den bisherigen Reformschritten noch nicht bzw. nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden haben. Dabei ist zu beachten, dass manche Empfehlungen zeitgebunden waren und in der gegenwärtigen Diskussion keine Schwerpunkte mehr darstellen.

#### Wettbewerbspolitische Gesamtstrategie einführen

In ihren Beiratsstudien sprachen die Sozialpartner zu diesem Punkt folgende Empfehlungen aus:

*„Als Ausdruck des allgemeinen politischen Willens - Wettbewerb zu fördern und die Wettbewerbsgesinnung in Österreich zu verbessern - sollte sich das „Grand Design“ einer proaktiven Wettbewerbspolitik (wettbewerbspolitische Strategie) sowohl im Regierungsprogramm der Bundesregierung als auch in konkreten Handlungen der zuständigen Ministerien wiederfinden.*

*Es ist ein Jahresbericht darüber zu erstellen, welche Umsetzungsschritte und Maßnahmen seitens der Bundesregierung bzw. der zuständigen Ministerien stattgefunden haben, um die Weiterentwicklung der wettbewerbspolitischen Strategie verfolgen und messen zu können („Lagebericht Wettbewerb“).“<sup>6</sup>*

*„Wettbewerbspolitik erschöpft sich nicht in der Erlassung kartellrechtlicher Normen und im Vollzug derselben. Daher sind von der Bundesregierung konkrete, langfristig gültige und nachhaltige wettbewerbspolitische Leitlinien im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik zu entwickeln („wettbewerbspolitische Gesamtstrategie“).*

*Der Abschnitt Wettbewerbspolitik im „Wirtschaftsbericht Österreich“ soll dahingehend ausgebaut werden, dass über die Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden hinaus die konkreten Fortentwicklungen und Umsetzungsmaßnahmen in Bezug auf die wettbewerbspolitische Gesamtstrategie dargestellt werden („Lagebericht Wettbewerb“).“<sup>7</sup>*

Ähnliches fordert auch der Rechnungshof im jüngsten Bericht zu diesem Thema:

*„Es wäre eine umfassende bundesweite Wettbewerbsstrategie zu erarbeiten und umzusetzen, die u.a. den zusammengefassten Regelungsrahmen für die Ziele, Aufgaben und Organisation der österreichischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden bilden sollte.“<sup>8</sup>*

Diese aus wirtschaftspolitischer Sicht zentrale Politikmaßnahme hat bisher keine Umsetzung gefunden. Die Notwendigkeit einer mit anderen Politikbereichen (Handel, Industrie, Steuern, Arbeitsbedingungen, Klima und Umwelt, persönliche Rechte, Digitalisierung, etc.) koordinierten Wettbewerbspolitik wird in den Expertendiskussionen auf europäischer Ebene regelmäßig als dringliches Erfordernis dargestellt, um die Wettbewerbsfähigkeit Europas gegenüber Staaten wie den USA und China zu stärken. Hier sei auf die jüngsten Initiativen der

---

<sup>6</sup> Studie 84/2010, S.10

<sup>7</sup> Studie 87/2014, S. 9

<sup>8</sup> siehe FN 4, S. 11

EU im handelspolitischen Bereich<sup>9</sup> verwiesen. Darunter ist auf nationaler Ebene eine konsistente Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik zu formulieren; dies erweist sich somit als notwendiger denn je.

#### Wettbewerbskommission aufwerten

Der gesetzliche Aufgabenkatalog der Wettbewerbskommission (WBK) ist seit ihrer Einrichtung im Jahr 2002 unverändert und beschränkt sich gemäß § 16 Abs 1 WettbG auf folgende Tätigkeiten: Erstattung von Gutachten über allgemeine Fragestellungen der Wettbewerbspolitik auf Antrag, jährliche Erstattung von Vorschlägen für Tätigkeitsschwerpunkte der BWB, Abgabe von Empfehlungen zu angemeldeten Zusammenschlüssen.

Vorschläge des Beirates, der WBK sowohl inhaltlich als auch finanziell einen größeren Handlungsspielraum einzuräumen<sup>10</sup>, wurden bislang nicht aufgegriffen. Wenngleich die WBK in regelmäßigen Sitzungen mit der BWB und dem BMDW ihre Expertise zu unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Fragestellungen beratend einbringt, so könnte das Potential der WBK noch stärker genutzt werden. Dies wäre beispielsweise bei der Einbindung der WBK bei von der Europäischen Kommission (EK) geprüften Zusammenschlüssen der Fall, die in eine zweite Prüfphase gehen und direkt oder indirekt auch Österreich betreffen. Die WBK sollte auch in diesen Fällen frühzeitig informiert werden und die Möglichkeit erhalten, gegenüber der BWB Empfehlungen auszusprechen, welche diese wiederum bei ihrer Positionierung im Beratenden Ausschuss gemäß EU-Fusionskontrollverordnung berücksichtigen sollte. Angeregt wird darüber hinaus, dass die WBK gemeinsam mit dem BMDW (unter Einbindung der BWB) mögliche zusätzliche Aufgabenstellungen prüft und allenfalls notwendige gesetzliche Anpassungen vorgenommen werden.

#### Verbesserung der Verfahrensgarantien bei der BWB (Akteneinsicht)

*„Im Verfahren bei der BWB ist die Einhaltung der einzelstaatlichen und europarechtlichen Verfahrensgarantien von hoher Bedeutung. Dazu zählen etwa die Absicherung des Kronzeugenstatus, die Frage der Akteneinsicht für betroffene Unternehmen und Geschädigte, die Hinzuziehung einer Vertrauensperson in sensiblen Situationen und die Ermöglichung von rechtlichem Gehör im Vorverfahren.“<sup>11</sup>*

In Hinblick auf Änderungsnotwendigkeiten infolge der RL ECN+ ist dieser Empfehlung Rechnung zu tragen, z.B. auch in Hinblick auf den strafrechtlichen Grundsatz, dass sich eine Person, gegen die ermittelt wird, nicht selbst belasten muss. In Ermittlungsverfahren vor der BWB ist daher etwa den Verfahrensparteien ein in Anlehnung an § 17 AVG (Akteneinsicht) gewährtes Recht vorzusehen.

---

<sup>9</sup> Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABI 2019 L 79; Weißbuch zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten COM(2020) 253 final vom 17.06.2020

<sup>10</sup> Studie 84/2010, S. 38f., Studie 87/2014, S. 19

<sup>11</sup> Studie 87/2014, S. 10

## 2. Erfordernisse im Zuge der Umsetzung der Richtlinie ECN+

Die EK hat 10 Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung 1/2003<sup>12</sup>, welche den Mitgliedstaaten mehr Befugnisse bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verliehen hat, eine Analyse dahingehend vorgenommen, ob das europäische Wettbewerbsrecht durch die nationalen Wettbewerbsbehörden auch effizient vollzogen wird; dazu wurde auch ein Konsultationsverfahren durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass in einigen Mitgliedstaaten einerseits unzulängliche Bestimmungen bezüglich der Unabhängigkeit der vollziehenden Behörden vorliegen, andererseits nicht alle für einen wirksamen Vollzug der Wettbewerbsvorschriften notwendigen Befugnisse gegeben sind. Auch wurde festgehalten, dass es hinsichtlich der Anzahl der Verfahren große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten gibt.

Die Interessenvertretungen waren intensiv mit der Materie befasst. So wurde im Oktober 2018 im Rahmen der 2. Veranstaltung des Austrian Competition Network (ACN), auf Einladung der AK Wien und der Wirtschaftskammer Österreich, eine Vertreterin der EU-Kommission eingeladen, welche die Eckpfeiler der Reform präsentierte und mit den österreichischen Institutionen den Reformbedarf eingehend diskutierte. Es wurde dabei unmissverständlich festgehalten, dass das österreichische System des Kartellrechtsvollzugs nicht im Fokus der EK für einen Reformbedarf gestanden ist. Im Weiteren haben die Interessenvertretungen auch auf Brüsseler Ebene zahlreiche Gespräche geführt und sich wesentlich in die Entwicklung des Entwurfes für eine neue Richtlinie eingebracht.

Die gegenständliche Richtlinie<sup>13</sup> legt nun Mindestvoraussetzungen für einen effizienten Vollzug des EU-Wettbewerbsrechts für die Mitgliedstaaten fest und muss bis Februar 2021 in nationales Recht umgesetzt werden.

Zu den wesentlichen Punkten:

### Unabhängigkeit und Ressourcen

Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden ist Voraussetzung für einen effizienten und fairen Rechtsvollzug. Die Interessenvertretungen begrüßen daher die von der EU-Kommission geforderte Unabhängigkeit der Behörden im Vollzug des Wettbewerbsrechts.

Die Interessenvertretungen sehen allerdings dann einen rechtsstaatlichen Interessenskonflikt, wenn die Vollzugsorgane über die eigentliche Vollzugstätigkeit hinaus bestimmend an der Gestaltung der rechtlichen Vorschriften und Rahmenbedingungen - vor allem auf europäischer Ebene - mitwirken oder diese in Einzelfällen sogar erlassen. Dies ist mit dem Prinzip der Gewaltentrennung schwer in Einklang zu bringen. Positiv hingegen ist eine behördliche Praxis, wo unter Einbindung der wesentlichen Stakeholder Leitlinien oder ähnliche Auslegungshilfen ausgearbeitet und den betroffenen Verkehrskreisen zur Verfügung gestellt werden.

Das österreichische System ist in Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinie bereits jetzt rechtskonform und die von der Kommission geforderte Unabhängigkeit ist durch das österreichische System weitestgehend erfüllt. Das bestehende Vollzugssystem (BWB und Bundeskartellanwalt als Amtsparteien; Regulierungsbehörden als Antragsteller; Kartellgerichte als Entscheidungsbehörden) hat sich etabliert und gut bewährt. Die österreichische Organisationsform

---

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln

<sup>13</sup> siehe FN 2



schaft Transparenz und Rechtssicherheit und trägt dem Grundgedanken einer effizienten Verwaltung umfassend Rechnung.

In Bezug auf die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden sind daher nur minimale Anpassungen notwendig, wie z.B. die Regelung einer „Cooling Off-Phase“ (Art. 4 Abs 2 lit c)<sup>14</sup>.

#### Befugnisse der Wettbewerbsbehörden

Auch die Durchsetzungsmöglichkeiten im österreichischen System sind effizient und rechtsstaatlich ausgeprägt, es bedarf daher auch in diesem Punkt keiner größeren Anpassung; lediglich richtlinienkonforme Klarstellungen sind in folgenden Punkten vorzunehmen:

- Informationsbereitstellung an die EK bei Einstellung eines Durchsetzungsverfahrens durch die BWB im Auftrag des Kartellgerichts (Art. 10 Abs 2).
- Die Interessenvertretungen bekennen sich dazu, dass das Kartellgericht weiterhin für die Erlassung von Einstweiligen Verfügungen zuständig sein soll (Art. 11); eine Benachrichtigung an die EK über ein diesbezügliches Verfahren müsste noch in das KartellG bzw. das WettbG aufgenommen werden.
- Hinsichtlich der Verhängung von Geldbußen (§ 29 KartG) und Zwangsgeldern (§ 35 KartG) müssen einzelne nationale Bestimmungen nachgeschärft werden (z.B. bei Nicht-Duldung einer Hausdurchsuchung, bei der Nicht-Beantwortung von Fragen im Rahmen einer Hausdurchsuchung oder im Falle eines Siegelbruches).
- Der größte Umsetzungsbedarf besteht im Rahmen der sehr detaillierten Vorgaben der Richtlinie bezüglich der nationalen Kronzeugenprogramme. Nach Ansicht der Interessenvertretungen wären hierbei auch die Regelungen, die derzeit in einem Handbuch der BWB aufgenommen sind, in eine Rechtsverordnung überzuführen<sup>15</sup>. Der in Österreich über die Richtlinie hinausgehende Anwendungsbereich der Kronzeugenregelung auf vertikale und nicht geheime Sachverhalte ist beizubehalten.

Wie aus den bisherigen Ausführungen ersichtlich, stehen die österreichische Kartellbehördenorganisation sowie die Befugnisse der Amtsparteien und der Kartellgerichtsbarkeit in Einklang mit den europäischen Anforderungen und bieten einen ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Gebot der Effizienz. Die immer wieder aufkeimende kritische Diskussion über das gemischte österreichische Vollzugssystem ist daher nach Ansicht der Interessenvertretungen sachlich fehlgeleitet.

### **3. Erfordernisse in Hinblick auf Digitalisierung und Globalisierung**

Die Interessenvertretungen haben sich seit 2018 mit den möglichen und notwendigen Anpassungen des bestehenden Kartell- und Wettbewerbsrechts befasst und in diesem Rahmen zahlreiche Gespräche geführt sowie relevante Studien analysiert. Auch das aktuelle Regierungsprogramm 2020-2024 sieht eine „Überprüfung und Anpassung des Kartellrechts auf europäischer und nationaler Ebene in Bezug auf das moderne Wirtschaftsleben“ (§. 32) vor.

Nachfolgend finden sich die wesentlichen Themenblöcke, die in diesem Zusammenhang als relevant identifiziert wurden.

---

<sup>14</sup> siehe EW 19,20 der RL 1/2019

<sup>15</sup> siehe dazu auch die Empfehlungen der Studie 84/2010, S.12

### 3.1. Themenblock Kartellverbot<sup>16</sup>

#### 3.1.1. Algorithmen und Wettbewerb

In unserer immer stärker von der Digitalisierung durchdrungenen Welt sind Algorithmen ähnlich vielfältig wie die Anwendungen, die auf ihnen aufbauen. Das Ersetzen menschlicher Arbeitsabläufe durch computer- bzw. maschinell gesteuerte Aktivitäten leistet einen wesentlichen Beitrag zum Phänomen der Digitalisierung ebenso wie Big Data Anwendungen und Machine Learning.

Als wesentliche Probleme in diesem Themenbereich wurden beispielhaft Fragen der Verantwortlichkeit für Verhaltenskoordinationen im Wege selbst agierender Softwareprogramme, eine noch stärkere Personalisierung von Preisen sowie das Verhalten von sogenannten „algorithmischen Konsumenten“ (d.h. Konsumentenentscheidungen werden unmittelbar durch eine Maschine, nicht durch eine Person getroffen) in plattformbasierten Ökosystemen genannt.

Seitens der bisher vorliegenden internationalen Studien und dem gegenwärtigen Meinungsstand unserer Gesprächspartner legt die aktuelle Anwendungspraxis keine Änderung der bestehenden Wettbewerbsregeln im Rahmen des Kartell- und Wettbewerbsrechts nahe. Die Verantwortlichkeit für eine Verhaltensabstimmung durch Algorithmen oder andere auf Wettbewerbsparameter bezogene Software kann bisher ausreichend zugeordnet werden; allfällige Grenzfälle sind bisher zu selten, um daraus generell abstrakte Regeln ableiten zu können. Probleme einer allfälligen ungerechtfertigten Preisdiskriminierung - insoweit diese nicht durch das bestehende Missbrauchsrecht ohnedies umfasst ist - sind am effizientesten im Konsumentenschutzrecht zu regeln. Probleme im Zusammenhang mit plattformbasierten Ökosystemen sind im Rahmen des sich auf europäischer Ebene aktuell entwickelnden Regelwerks zu behandeln<sup>17</sup>.

Die Interessenvertretungen empfehlen daher vor allem den Wettbewerbsbehörden eine aktive Vollzugstätigkeit in diesem Bereich, um konkrete Anwendungsfälle und Erfahrungen zu generieren, auf deren Basis der Gesetzgeber eine allfällige Anpassung des rechtlichen Rahmens vornehmen kann. Ob dies auf nationaler oder europäischer Ebene zu erfolgen hat, hängt nicht zuletzt von den Ergebnissen der Vollzugstätigkeit ab.

#### 3.1.2. Horizontale Kooperationen

Vor allem in Hinblick auf die gemeinsame Nutzung von Daten und technologischen Innovationen wird häufig auf die Notwendigkeit der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern hingewiesen (z.B. Datenaustausch, Daten-Pooling, Innovation, Internet of Things, gemeinsamer Ausbau und Betrieb von Kommunikationsinfrastruktur). Das Regierungsübereinkommen spricht auch von wirtschaftlichen Kooperationen in der Medienlandschaft. Der aktuelle Vorschlag für die 10. GWB-Novelle sieht dafür generell verfahrensrechtliche Neuerungen vor, die den betroffenen Unternehmen erhöhte Rechtssicherheit verschaffen sollen (gesetzliche Regelung des Vorsitzendenschreibens).

### Klimaschutz und ökologische Nachhaltigkeit

---

<sup>16</sup> Art. 101 AEUV bzw. § 1ff. KartG

<sup>17</sup> siehe dazu auch Punkt 3.2.4.

Ohne Zweifel wird Themen wie ökologischer Nachhaltigkeit und Klimaschutz in jüngster Zeit größere wirtschaftspolitische Bedeutung beigemessen als dies noch der Fall war, als sich das gegenwärtige Freistellungsregime in Art. 101 Abs 3 AEUV in seiner neueren Anwendungspraxis gebildet hat. So sehen etwa die geltenden Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit<sup>18</sup> keine eigenen Bestimmungen mehr zu Umweltschutzvereinbarungen vor, im Gegensatz zur expliziten Regelung in den Leitlinien 2001. Zweifellos wird es in Hinblick auf die neue politische Ausrichtung der EK im Rahmen des europäischen „Grünen Deals“<sup>19</sup> erforderlich sein, die Diskussion über die Berücksichtigung von positiven Effizienzen für Umwelt und Klima engagiert zu führen. Die Spruchpraxis der europäischen Vollzugsinstanzen lassen die Berücksichtigung solcher Effizienzen nur in sehr engem Umfang zu - nämlich dann, wenn sie sich gleichzeitig in anderen wirtschaftlichen Effizienzen abbilden lassen. Gleichartige Überlegungen können für den Bereich der Beteiligung der Verbraucher an den Effizienzvorteilen angestellt werden. Diese zweckdienlichen Überlegungen lassen sich nicht alleine auf nationaler Ebene umsetzen; im Sinne der parallelen Anwendung der europäischen und nationalen Wettbewerbsordnung - mit Anwendungsvorrang des europäischen Rechtes in dessen Geltungsbereich - sollten zuerst Vorgaben auf europäischer Ebene erarbeitet werden, die dann im nationalen Recht nachvollzogen werden können. Dort, wo eine rein nationale Regelung möglich und sinnvoll ist, sollte die Umsetzung einer Ausnahmeregelung für Klima- und Umweltschutz geprüft werden (etwa bei der Erreichung der Energie- und Klimaziele gemäß VO 2018/1999<sup>20</sup>).

In Hinblick auf eine mögliche Freistellung vom Kartellverbot für die oben angeführten Aspekte empfehlen wir eine weitere Verordnungsermächtigung in § 3 KartG etwa in der folgenden Art aufzunehmen:

„§ 3. (1) Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV verwiesen werden.

(2) Soweit eine Verordnung nach Abs. 1 besondere Bestimmungen für Kreditinstitute, Unternehmen der Vertragsversicherung oder Pensionskassen enthält, ist sie auch im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen zu erlassen.

(3) Soweit eine Verordnung nach Abs. 1 besondere Bestimmungen in Hinblick auf eine **ökologisch nachhaltige, klimaneutrale und ressourceneffiziente Wirtschaft** enthält, ist sie auch im Einvernehmen *mit dem jeweils zuständigen Bundesministerium*<sup>21</sup> zu erlassen.“

#### Weitere horizontale Aspekte

Im Rahmen des bestehenden Kartellrechts sieht § 28 Abs 2 KartG vor, dass das Kartellgericht auf Antrag festzustellen hat, wie weit ein Sachverhalt dem Kartellgesetz unterliegt. In der Praxis spielt diese Feststellungsmöglichkeit zur Abklärung von zulässigen Kooperationen eine geringe Rolle, weil einerseits kein unionsrechtliches Negativattest möglich ist und andererseits keine ex-ante Prüfung erfolgt. Der mögliche Anwendungsbereich beschränkt sich daher auf bereits praktizierte nationale Verhaltensweisen. Im Zuge der geführten Gespräche wurde

---

<sup>18</sup> ABI 2011 C 11/1

<sup>19</sup> COM (2019) 640final

<sup>20</sup> Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz (...), ABI 2018 L 328

<sup>21</sup> Hier wären die politischen Zuständigkeiten abzuklären.

dargestellt, dass die BWB bereits heute im Rahmen ihrer wettbewerblichen Prioritäten unverbindliche Beurteilungen von relevanten Sachverhalten durchführt. Dies wird seitens der Interessenvertretungen als grundsätzlich positiv angesehen und sollte nach Möglichkeit ausgebaut werden.

Inwieweit auf europäischer Ebene ein freiwilliges Anmeldeverfahren mit Anspruch auf Entscheidungen in kurzer Frist gerade für neuartige Formen von Kooperationen in der digitalen Wirtschaft eingeführt werden kann, wäre auf dieser Ebene zu prüfen. Zusätzlich wäre jedenfalls zu überlegen, die unterschiedlichen Modelle gemeinsamer Datennutzung und Datenpools gesamthaft auf europäischer Ebene zu analysieren und durch entsprechende Guidance Tools der Kommission für die betroffenen Wirtschaftskreise aufzubereiten. Dies kann auch in Entwicklung einer eigenen Gruppenfreistellungsverordnung münden. Die Frage der Bewertung einer gemeinsamen Nutzung von Daten ist regelmäßig kein ausschließlich nationales Problem und wäre im Sinne der Subsidiarität am besten auf europäischer Ebene zu lösen.

Im Medienbereich ist eine wettbewerbsorientierte Kooperation von Wettbewerbern dort zu begrüßen, wo dies im Interesse der Medienvielfalt und der österreichischen und europäischen Contentproduktion geboten erscheint und das europäische Recht dem nicht entgegensteht<sup>22</sup>.

### 3.2. Themenblock Missbrauchs- und Fusionskontrolle<sup>23</sup>

#### 3.2.1. Relevanter Markt und Marktdefinition

Die Bestimmung des relevanten Marktes war und ist ein zentraler Bestandteil der Wettbewerbsanalyse im konkreten Einzelfall. Dabei dient die Definition des Marktes „der genauen Abgrenzung des Gebietes, auf dem Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen. (...) Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Mit der Abgrenzung eines Marktes (...) soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen. Nach Abgrenzung des Marktes ist es unter anderem möglich, Marktanteile zu berechnen, die aussagekräftige Informationen für die wettbewerbliche Würdigung der Marktposition (...) darstellen.“<sup>24</sup>

Die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der EK stammt aus dem Jahr 1997. Es besteht überwiegendes Einverständnis, dass diese Bekanntmachung auch in Hinblick auf die neueren Entwicklungen in Zusammenhang mit der Digitalisierung zu überarbeiten ist. Den jüngeren Studien ist zu entnehmen, dass eine präzise Marktabgrenzung und die Bestimmung von Marktanteilen betroffener Unternehmen eine abnehmende Rolle im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zukommen. Dieser Ansicht liegt zu Grunde, dass sich Märkte infolge der Entwicklungen im modernen Wirtschaftsleben immer schneller verändern und sich die Wettbewerbsanalyse de facto stärker am Verhalten der Unternehmen orientiert.

---

<sup>22</sup> siehe dazu das Regierungsprogramm 2020-2024 „Wirtschaftliche Kooperation ermöglichen – Überprüfung des Wettbewerbsrechts hinsichtlich kartellrechtlicher Bestimmungen in der Medienlandschaft“ (S.55)

<sup>23</sup> Art. 102 AEUV bzw. § 4ff. KartG; § 7ff. KartG und FKVO

<sup>24</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 97/C 372/03, Rz. 2

Gegenwärtig führt die Kommission eine öffentliche Konsultation mit dem Zweck durch, die bestehenden Erfahrungen mit der geltenden Bekanntmachung zu sammeln und zu analysieren, um zu entscheiden, ob und in welcher Form diese zu überarbeiten ist. Aufgrund der bisherigen Bedeutung der Methodik der Bekanntmachung auch auf nationaler Ebene, ist es aus Sicht der nationalen Vollzugspraxis effizient, in der laufenden europäischen Diskussion keine nationalen Sonderwege zu eröffnen, sondern aktiv an der Fortentwicklung der bestehenden Bekanntmachung mitzuwirken. Die Aufrechterhaltung bzw. Herstellung eines einheitlichen Marktbegriffes ist eine grundsätzliche Voraussetzung für die gleichförmige Anwendung des europäischen Rechtes auf nationaler Ebene sowie für eine konsistente Gestaltung des nationalen Rechtes, welches entweder eine parallele Geltung gegenüber dem europäischen Recht beansprucht oder unterhalb der Ebene der unionsweiten Bedeutung vergleichbare Sachverhalte regelt. Im Rahmen der laufenden Reformdiskussion betreffend die Marktdefinition und -abgrenzung sind auch spezifische Eigenschaften von zweiseitigen Märkten und Online-Plattformen in die neue Bekanntmachung zu integrieren.

Die Interessenvertretungen empfehlen daher, die Ergebnisse der laufenden europäischen Diskussion zur Reform der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes und die bereits auf europäischer Ebene entwickelte Spruchpraxis in die Anwendung des österreichischen Kartellrechts zu übernehmen und aktiv mitzugestalten.

### 3.2.2. Marktmacht

Die rechtliche und ökonomische Figur der Marktmacht wird in jüngster Zeit differenzierter gesehen; einerseits dürfte sich das deutsch-österreichische Konzept der relativen Marktmacht bewährt haben und Lösungsansätze auch für die moderne Wirtschaft bereithalten. Andererseits lösen sich die einfachen Begriffe der Marktmacht langsam auf (Möglichkeit sich unabhängig von Angebot und Nachfrage am Markt zu verhalten) und weichen flexibleren und diffuseren Konzepten (Super-Marktmacht, Intermediärsmacht, Marktstärke unterhalb der klassischen Marktmacht).

Diskussionsanstöße leistet dabei der gegenwärtige Entwurf zur geplanten 10. GWB Novelle. Ebenso hat die EK zu zwei öffentlichen Konsultationen eingeladen, bei denen die Frage der Marktmacht eine wesentliche Rolle spielt: Einerseits die Konsultation zum „Digital Services Act“<sup>25</sup>, andererseits zum „New Competition Tool“<sup>26</sup>. Vor allem in jenen Studien, die im Auftrag der deutschen Bundesregierung erstellt worden sind, wird eine Fokussierung der Missbrauchsaufsicht angeregt. Dies umfasst die Einführung des Begriffes der „Intermediärsmacht“ als dritter Säule neben der Angebots- und Nachfragemacht und richtet sich an die wirtschaftlichen Zusammenhänge in Verbindung mit den großen internationalen Plattformunternehmen. Weiterreichende Regulierungsansätze finden sich im Vorschlag der Definition von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“. Bereits im Rahmen der 9. Novelle des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurden Konkretisierungen betreffend die Bedeutung der Kontrolle über Daten für die Marktstellung der betroffenen Unternehmen eingeführt.

Die Interessenvertretungen empfehlen - unter Berücksichtigung der zwingenden Vorgaben des Datenschutzrechtes - folgende Änderungen im Kartellrecht vorzunehmen:

---

<sup>25</sup> weiterführende Informationen unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

<sup>26</sup> öffentliche Konsultation: [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_new\\_comp\\_tool/index\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html)

„Marktbeherrschung  
**Absolute Marktbeherrschung**

§ 4. (1) Marktbeherrschend im Sinn dieses Bundesgesetzes ist ein Unternehmer, der als Anbieter oder Nachfrager

1. keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder
2. eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; dabei sind insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmern, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, **das Verfügen<sup>27</sup> über wettbewerbslich relevante Daten** sowie die Umstände zu berücksichtigen, die den Marktzutritt für andere Unternehmer beschränken.

(1a) Zwei oder mehr Unternehmer sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

(2) Wenn ein Unternehmer als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt

1. einen Anteil von mindestens 30% hat oder
2. einen Anteil von mehr als 5% hat und dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmern ausgesetzt ist oder
3. einen Anteil von mehr als 5% hat und zu den vier größten Unternehmern auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben, dann trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht vorliegen.

(2a) Wenn eine Gesamtheit von Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt zusammen

1. einen Anteil von mindestens 50 % hat und aus drei oder weniger Unternehmern besteht oder
2. einen Anteil von mindestens zwei Dritteln hat und aus fünf oder weniger Unternehmern besteht,

dann trifft die beteiligten Unternehmer die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs. 1a nicht bestehen.

**(3) gestrichen**

**Relative Marktbeherrschung**

§ 4a. Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern oder Lieferanten überragende Marktstellung hat; eine solche liegt insbesondere vor, wenn diese zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind.

**Intermediärsmacht**

§ 4b. Als marktbeherrschend gilt auch ein Unternehmer, der als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist und aufgrund der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für die auf den betroffenen Märkten tätigen Anbieter und Nachfrager von überragender Bedeutung ist.

---

<sup>27</sup> „Verfügen“ umfasst jedenfalls auch den Zugang zu Daten.

*Als Unternehmer in diesem Sinne gelten auch Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen im Sinne des Art. 2 der VO (EU) 2019/1150<sup>28</sup>.“*

### 3.2.3 Missbräuchliches Verhalten

Von den unfairen Geschäftspraktiken im Lauterkeitsrecht unterscheidet sich das missbräuchliche Verhalten im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV und § 4 iVm § 5 KartG dadurch, dass es ausschließlich von Unternehmen mit Marktmacht gesetzt werden kann. Allerdings ist der Nachweis einer klassischen Marktbeherrschung in diesem Bereich oftmals langwierig und schwer zu führen. In der Diskussion der Relevanz problematischer Verhaltensweisen durch Online-Plattformen bzw. große Digitalkonzerne werden in Studien und in der Literatur eine ganze Reihe von Beispielen angeführt, die entweder im Rahmen des Wettbewerbsrechts oder durch spezielles Regulierungsrecht verboten bzw. unter Aufsicht gestellt werden sollten.

Um mögliche Lücken zwischen dem Anwendungsbereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts und einer noch zu entwickelnden Spezialregulierung im Bereich der Online-Plattformen zu schließen, hat die EK eine öffentliche Diskussion um die Einführung eines neuen Wettbewerbsinstruments (siehe oben FN 26) angestoßen. Österreich ist im Vergleich zur europäischen Rechtslage bereits heute in der vorteilhaften Position, über Instrumente zu verfügen, die Maßnahmen unterhalb einer festgestellten Marktbeherrschung ermöglichen. Dies gilt unter anderem für das Gesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen (NVG), welches sehr allgemein „Verhaltensweisen von Unternehmern im geschäftlichen Verkehr untereinander (...) untersagt (...), soweit sie geeignet sind, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden“ (§ 1 NVG). Grundsätzlich gilt dies bereits heute im Verhältnis zwischen Online-Plattformen und deren Vertragspartnern. Um plattformspezifische Problembereiche (z.B. konglomerate Strategien) transparenter und konkreter zu adressieren, sollte der Anwendungsbereich von § 1 NVG auf Intermediäre explizit erweitert werden. In diesen Diskussionsprozess sollte die Expertise von BWB und RTR jedenfalls einfließen. Es sollte im Zuge der Umsetzung des hier unterbreiteten Vorschlages erwogen werden, der RTR das Recht einzuräumen, Anträge nach § 1 NVG zu stellen.

Die Interessenvertretungen empfehlen das NVG im oben beschriebenen Sinne zu adaptieren.

---

<sup>28</sup> siehe FN 3

### 3.2.4. Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (Daten, Online-Plattformen)

Zum Thema des Umgangs mit Daten im unternehmerischen Wettbewerb bzw. zur wettbewerbsrechtlichen Stellung von Online-Plattformen gibt es grundsätzlich zwei Wege, die eingeschlagen werden können, um einen entsprechenden Ordnungsrahmen vorzugeben: das allgemeine Wettbewerbsrecht oder spezielles Regulierungsrecht.

Zu Fragen des Umgangs mit Daten ist auf die zahlreichen Initiativen auf europäischer Ebene hinzuweisen, insbesondere auf die Entwicklung der Europäischen Datenstrategie<sup>29</sup>. Wie schon oben ausgeführt, kann das Verfügen über wettbewerbsrelevante Daten, das de facto für digitale Geschäftsmodelle eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, ein wesentliches Kriterium für die Feststellung materieller Marktmacht sein. Dieser Themenbereich umfasst neben dem klassischen Wettbewerbsrecht vor allem auch das Datenschutzrecht oder das Recht des geistigen Eigentums. Diese Rechtsbereiche greifen notwendigerweise ineinander, denn die alleinige Betrachtung aus dem Blickwinkel einer Rechtsmaterie stößt hier an klare Erkenntnisgrenzen. Daher ist die Erarbeitung einer gesamtheitlichen Datenstrategie und damit die Entwicklung eines integrierten Regulierungsrahmens alternativlos.

Zu Fragen des Umgangs mit den großen Online-Plattformen sei auf das auf europäischer Ebene sich aktuell entwickelnde Regelwerk verwiesen, insbesondere die Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO)<sup>30</sup> sowie die E-Commerce Richtlinie<sup>31</sup> einschließlich der aktuellen Diskussion über ihre Nachfolgeregelung (sog. Digital Services Act<sup>32</sup>). Bisher adressieren die Regeln aber nur einen Teilbereich der sich stellenden Herausforderungen. In Fortführung der aktuellen Diskussion sind mit Blick auf eine Weiterentwicklung der P2B-VO insbesondere folgende Prinzipien zu beachten:

- Die neuen Plattformregeln haben sich an den Grundsätzen des Binnenmarktes, wie sie in den europäischen Verträgen grundgelegt sind, zu orientieren. Dabei sind insbesondere auch die leitenden Prinzipien wie Nichtdiskriminierung, Transparenz, Neutralität, Chancengleichheit im Wettbewerb und Rechtsstaatlichkeit zu berücksichtigen.
- Wiewohl das allgemeine Wettbewerbsrecht und seine Grundprinzipien in diesem Bereich volle Geltung entfalten, treten diese Regelungen in jenen Bereichen, in denen eine sektorspezifische ex ante-Regulierung einschließlich effektiver Vollzugstätigkeit zur Anwendung gelangt, in den Hintergrund. Dies umfasst in erster Linie Verhaltensregeln für die großen Online-Plattformen.
- Es ist dabei zu prüfen, ob und in welchem Umfang aktuell diskutierte Themen, wie z.B. die Begünstigung eigener Dienste, die Portabilität der Nutzer- und Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat (insbesondere für Multihoming und Plattformwechsel), verpflichtende, wirksame Verfahren zur alternativen Streitbeilegung (B2B und B2C) und Verfahrenserleichterungen (wie etwa eine Umkehr der Beweislast), die Einführung neuer rechtlicher Regeln erfordern.
- Die Fairness des Wettbewerbs zwischen Plattformunternehmen und Unternehmen mit traditionellen Geschäftsmodellen ist sicherzustellen. Bestehende regulative und

---

<sup>29</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_de](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_de)

<sup>30</sup> Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019

<sup>31</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI 2000 L 178

<sup>32</sup> siehe zur laufenden Diskussion und Konsultation FN 25



steuerliche Schlupflöcher wirken wettbewerbsverzerrend und sind daher zu schließen (siehe dazu das aktuelle Regierungsprogramm<sup>33</sup>).

Die Interessenvertretungen unterstützen die Entwicklung einer in die allgemeine Wirtschaftspolitik integrierten Datenstrategie auf europäischer und nationaler Ebene ebenso wie die Ausformung einheitlicher und effektiver Regeln für das Verhalten von Online-Plattformen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht unterstützt die Entstehung notwendiger Regularien im Bereich von Daten und Plattformen, ersetzt diese aber nicht. Im Rahmen einer ex ante-Regulierung sollte auf bestehenden Regulierungsstrukturen aufgebaut werden (z.B. RTR).

### 3.2.5. Fusionskontrolle

Ein großer Teil der gegenwärtig diskutierten Änderungsvorschläge in Wettbewerbsrecht und -politik betrifft Zusammenschlüsse und deren Kontrolle. Die Themenpalette ist dabei breit und führt von der Frage der Berücksichtigung der Verfügungsmacht über Daten über das Problem von „Killing Mergers“ bis hin zur Diskussion über international agierende europäische Unternehmen im Wettbewerb mit Unternehmen aus Drittstaaten, insbesondere aus den Vereinigten Staaten oder China (z.B. „European Champions“).

Mit Blick auf den Bedarf nach allfälligen Adaptierungen halten die Interessenvertretungen zu einzelnen wesentlichen Themenbereichen Folgendes fest:

#### Prüfkriterium

Seit einigen Jahren wird darüber diskutiert, ob der seit 2004 auf EU-Ebene praktizierte SIEC-Test auch in die österreichische Fusionskontrolle eingeführt werden sollte. Wie bereits in der Beiratsstudie 2014 festgehalten, bestehen diesbezüglich unterschiedliche Ansichten.<sup>34</sup> Dieses Bild hat sich trotz der seither gewonnenen Erkenntnisse nicht wesentlich geändert. Es gibt bis heute keine eindeutige Evidenz dafür, dass die Anwendung des bestehenden SIEC-Tests zu robusteren Ergebnissen bei der Analyse nationaler Fusionsfälle geführt hätte. Darüber hinaus führen neue Studien ins Treffen, dass der bisher praktizierte SIEC-Test selbst weiterentwickelt werden müsste, um neueste ökonomische Erkenntnisse berücksichtigen zu können. Hauptanliegen muss es sein, kritische Zusammenschlüsse zu erkennen und ihre wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bestmöglich zu analysieren. Dies kann jedenfalls auch durch einen - wie in der österreichischen Anwendungspraxis geübten - flexibel gehaltenen Marktbeherrschungstest erreicht werden.

Die Interessenvertretungen sehen daher auch aktuell keinen Anlass dafür, vom bewährten Marktbeherrschungstest samt Anwendung der einschlägigen Vermutungstatbestände abzugehen.

#### „Killer-Akquisitionen“

Fusionen, bei denen innovative Start-up Unternehmen vorzeitig insbesondere von großen internationalen Tech-Plattformen aufgekauft werden, wodurch künftiger Wettbewerb verhindert werden kann, stehen derzeit im besonderen Fokus der europäischen Wettbewerbspolitik. In Österreich und Deutschland wurde das Problem bereits frühzeitig erkannt und im Jahr 2016 ein zusätzlicher Schwellenwert (Transaktionswertschwelle; § 9 Abs 4 KartG) eingeführt. Dadurch wird sichergestellt, dass bei Akquisitionen von Unternehmen, die noch keine maßgeblichen Umsätze erzielen, für die aber dennoch hohe Akquisitionspreise gezahlt

---

<sup>33</sup> „Aus Verantwortung für Österreich“, S. 323

<sup>34</sup> Beiratsstudie Nr 87, 2014, S 51 ff.

werden, eine Anmeldepflicht gilt. Im Rahmen einer künftigen Reform der europäischen Fusionskontrolle sollte die Möglichkeit geschaffen werden, solche Vorhaben zu untersuchen und allenfalls untersagen zu können.

Die Interessenvertretungen empfehlen daher, die Diskussion über die Einführung eines adäquaten Instruments anhand der kritischen Schadenstheorien auch auf europäischer Ebene zu führen. Auf nationaler Ebene sollten die Erfahrungen mit der Transaktionswertschwellenregelung analysiert und evaluiert werden.

#### Berücksichtigung dynamischer Elemente bei der Marktabgrenzung

Wie bereits oben ausgeführt, findet derzeit auf europäischer Ebene eine Diskussion über die Adaptierung der Marktdefinition statt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es der gegenwärtigen Anwendungspraxis an der notwendigen Flexibilität mangelt, künftige aber ausreichend realistische Wettbewerbselemente in die ökonomische Analyse miteinzubeziehen.

Wiewohl bei den Entscheidungen der Kommission potentieller Wettbewerb Berücksichtigung findet, sollte im Rahmen einer Reform des EU-Wettbewerbsrechts den zukünftigen Wettbewerbsentwicklungen insbesondere durch Digitalisierung und Globalisierung noch stärker Rechnung getragen werden. Insbesondere sollten bei der Prüfung von Zusammenschlüssen von gemeinsamem europäischem und übergeordnet nationalem Interesse das mittelfristig zu erwartende globale Wettbewerbsumfeld in die Prüfung einfließen.

Die Interessenvertretungen empfehlen die Ergänzung der Fusionskontrolle durch ein solches dynamisches Element in Hinblick auf die korrekte Bewertung volkswirtschaftlicher Effizienzen wie z.B. der Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen sowie Wettbewerbsfähigkeit und Innovationskraft in der europäischen Wirtschaft.

#### Berücksichtigung von staatlichen Beihilfen aus Drittstaaten bei Zusammenschlüssen und darüber hinaus

In Hinblick auf mögliche Wettbewerbsverzerrungen im Zuge von Zusammenschlussvorhaben und darüber hinaus durch staatliche Unterstützungsleistungen von Nicht EU-Mitgliedsstaaten wird auf die laufende europäische Diskussion zum Weißbuch zur Gewährung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten<sup>35</sup> hingewiesen; dort wird über die Einführung eines neuen Kontrollinstruments auf europäischer Ebene nachgedacht.

Die Interessenvertretungen weisen auf das Potential derartiger staatlicher Interventionen hin, den Wettbewerb in der Europäischen Union zu verfälschen und empfehlen daher die Verankerung eines effektiven und effizienten Instrumentes zur Hintanhaltung solcher Wettbewerbsverzerrungen. Wo die Einrichtung dieses Instruments erfolgt, soll der weiteren Diskussion vorbehalten bleiben. Jedenfalls ist die weitere Vorgehensweise in eine europäische wirtschaftspolitische Gesamtstrategie einzubetten.

#### Änderung des § 12 KartG (Volkswirtschaftliche Rechtfertigung in der Fusionskontrolle)

Die Rechtfertigungsmöglichkeiten des § 12 Abs 2 Z 2 für die Genehmigung eines Zusammenschlusses haben sich bewährt. Durch diese Bestimmung kann ein Zusammenschluss trotz Entstehens oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auch dann genehmigt werden, wenn der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig **und** volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.

---

<sup>35</sup> [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign\\_subsidies\\_white\\_paper\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies_white_paper_de.pdf)

tigt ist. Allerdings müssen nicht alle Zusammenschlüsse, die volkswirtschaftlich aus industrie-, regional- und beschäftigungspolitischen Gründen gerechtfertigt werden können, zwangsläufig mit den Erfordernissen der internationalen Wettbewerbsfähigkeit einhergehen (so z.B. im Handelsbereich).

Daher sollte die volkswirtschaftliche Rechtfertigung als eigenständiges Prüfkriterium bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Einzelfall anerkannt werden. Freilich dürfen dabei die wettbewerbsökonomischen Aspekte nicht aus den Augen verloren werden, die weiterhin die unumstößliche Basis für die Beurteilung von Zusammenschlüssen bilden. Für die konkrete Fallbeurteilung bedeutet dies, dass eine Genehmigung allenfalls nur unter wirksamen Auflagen erfolgen kann.

Die Interessenvertretungen empfehlen vor diesem Hintergrund, die Rechtfertigungsgründe in § 12 Abs 2 Z 2 KartG wie folgt anzupassen:

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

(...)

2. der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig oder volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.“

### 3.3. Verfahrensbeschleunigung zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes

Ein wesentlicher Punkt der gegenwärtig diskutierten Reformschritte beinhaltet auch das Thema Verfahrensbeschleunigung; Ziel soll es sein, insbesondere in der sich rasch wandelnden Digitalwirtschaft zu schnelleren Entscheidungen zu gelangen.

Dem Punkt der Beschleunigung einstweiliger Maßnahmen (in Österreich durch das Instrument der Einstweiligen Verfügung (EV) geregelt) haben schon Reformschritte in jüngster Vergangenheit gegolten (z.B. Verkürzung der Rechtsmittelfristen). Es ist jedenfalls für Österreich allgemein anerkannt, dass die Voraussetzungen für die Erlassung von EVs im internationalen Vergleich niedrig sind. Jüngste Judikaturbeispiele zeigen auch, dass Entscheidungen relativ zeitnah getroffen werden. Auffallend hierbei ist, dass dieses Instrument bislang ausschließlich von Individualantragstellern in Anspruch genommen wird, während seitens der Amtsparteien bisher nicht darauf zurückgegriffen wurde. Dies liegt wohl an den Prioritäten der beiden Wettbewerbsbehörden vorrangig Kartelle und Verstöße gegen das Durchführungsverbot in der Fusionskontrolle aufzugreifen.

Die Interessenvertretungen gehen zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon aus, dass im Bereich der EVs bereits ausreichend Beschleunigungsmaßnahmen getroffen worden sind, um einen effektiven vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren und empfehlen den Amtsparteien - sofern erforderlich - davon Gebrauch zu machen.

### 3.4. Weitere Politikempfehlungen

In der gegenwärtigen Fachdiskussion werden noch zahlreiche weitere Punkte angesprochen, die eine bessere Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auch in der digitalen Welt ermöglichen sollen; dafür liegen aber zumeist keine ausreichenden empirischen Befunde vor. Jedenfalls erscheinen den Interessenvertretungen noch folgende Punkte von Bedeutung:

Im Rahmen der laufenden technischen Entwicklungen in digitalen Märkten unter Anwendung komplexer Algorithmen ist es unerlässlich, auch entsprechendes technisches Expertenwissen bei den Wettbewerbsbehörden aufzubauen oder zu verstärken.

Im Bereich von Zero-price-Markets ist in Hinblick auf die Flexibilisierung des Konsumentenwohlfahrtsstandards eine stärkere Berücksichtigung von weiteren Wettbewerbskriterien wie Auswahl, Qualität und Innovation zum Vorteil der Verbraucher vorzunehmen.

Aufgrund der Anforderung der RL ECN+ ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass bei der Ausübung ihrer exekutiven Kerntätigkeiten die vollständige Unabhängigkeit der BWB gewährleistet ist<sup>36</sup>. Es gibt aber auch Tätigkeiten der BWB, die diese Unabhängigkeit nicht erfordern (z.B. Mitwirkung an der Entwicklung neuer Rechtsakte auf EU-Ebene). In Hinblick auf die ohnedies notwendige Überarbeitung des gesetzlichen Aufgabenbereichs der BWB im Rahmen des § 2 WettbG sollten Bereiche definiert werden, in denen die Behörde an die Vorgaben des zuständigen Bundesministeriums (z.B. in Fragen der Legistik im weiteren Sinn) gebunden ist, wobei diese Bereiche klar und deutlich von jenen Aufgaben abgegrenzt werden sollten, wo die vollständige Unabhängigkeit der Behörde unabdingbar ist<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> siehe dazu Studie Nr. 84/2010, S.35

<sup>37</sup> siehe dazu auch oben den Punkt „Unabhängigkeit und Ressourcen“

Anhang:

Wichtige internationale Studien, die u.a. im Positionspapier berücksichtigt worden sind:

- „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>
- „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ (Schweitzer, Haucap, Kerber, Welker), [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15)
- „Competition Policy for the digital era“ (Crémer, de Montjoye, Schweitzer), <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- „Algorithmen und Wettbewerb“ (Bundeskartellamt), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe\\_Digitales/Schriftenreihe\\_Digitales\\_6.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_6.pdf?__blob=publicationFile&v=3)
- „Digital Platforms Inquiry“ (Australian Competition & Consumer Commission), <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-ongoing/digital-platforms-inquiry>
- „Unlocking digital competition“ (Furman-Report), [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)