



KARTELLE

Inhaltsübersicht	Seite
I. Kartelle	2
A. Gegenstand und Aufgabe	2
B. Beschränkung des Wettbewerbs	3
C. Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	4
II. Kartellarten (horizontal und vertikal)	7
A. Einteilung nach formalen Kartellarten (gesetzliche Tatbestandsmerkmale)	7
B. Einteilung nach dem Inhalt	15
C. Phänomenologie von (horizontalen) Hard-core-Kartellen	29
D. Vertragliche Nebenwirkungen	30
III. Begriffe, Prinzipien	32
1. Kartellfreiheitsprinzip	32
2. Verbotsprinzip (per se-Verbot)	32
3. Missbrauchsprinzip	33
4. Kartelllenkungsprinzip	33
IV. Freistellung vom Kartellverbot	33
1. Exkurs: Altes "Anmeldesystem":	33
2. Das derzeitige "System der Legalausnahme"	34
3. Die 4 Kriterien in Art 101 Abs 3 AEUV (und § 2 Abs 1 KartG)	36
V. Markterschliessungstheorie	39
VI. Bagatellkartell (Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung)	41
1. § 2 Abs 2 Z 1 KartG:	41
2. Bagatell-Bekanntmachung ("De minimis"-Bekanntmachung) der EK	42
VII. Fallprüfungsschema	44
VIII. Resümee: Wege aus dem Kartellverdacht	44
IX. Wiederholungsfragen	46

Diesen Text (und alle Skripts zu den übrigen Doppelstunden) jeweils samt allen angegebenen Links finden Sie auf www.profrugger.at/imw

Hinweis: Folgende (hier verlinkte) **Texte** sind den Studierenden bei dieser Vorlesung und den künftigen Vorlesungen hilfreich (**herunterladen und mitnehmen**); diese Texte werden nur teilweise in dieser Unterlage wörtlich zitiert:

- Kartellgesetz ([hier](#))
- Artikel 101 AEUV (Text hier als Link: <http://dejure.org/gesetze/AEU/101.html>)

Tipp:

Die im Skript blau geschriebenen Texte dienen der Illustration und Vertiefung des Stoffes, sind aber kein Prüfungstoff. Das selbe gilt für die Fußnoten.

Die im Text rot geschriebenen Texte sind Wiedergabe des Gesetzestextes und dienen der präzisen Information, sind aber ebenfalls nicht Prüfungstoff.

I. KARTELLE

A. Gegenstand und Aufgabe

Das Wort Kartell kommt von lat. charta = Papier, it. cartello = kleine Vereinbarung und deutet den Kern schon an: eine vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise.

Grundsätzlich einheitlicher Kartellbegriff (horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen) – **Kartellverbot** (war früher in Österreich so nicht vorhanden¹).

Horizontale Vereinbarung:

Vereinbarung zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern, d. h. Unternehmen auf derselben Stufe der Produktions- oder Vertriebskette, zum Beispiel auf den Gebieten Forschung und Entwicklung, Produktion, Einkauf oder Vertrieb. Horizontale Vereinbarungen können den Wettbewerb einschränken, insbesondere wenn Preise festgesetzt oder Märkte aufgeteilt werden oder wenn die Marktmacht, die sich aus der horizontalen Zusammenarbeit ergibt, negative Auswirkungen bei den Preisen, der Produktion, der Innovation oder der Vielfalt und Qualität der Produkte verursacht. Die horizontale Zusammenarbeit kann aber auch einen Weg darstellen, um Risiken zu teilen, Kosten einzusparen, Know-how zusammenzulegen und die Innovation zu beschleunigen. Insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen kann die Zusammenarbeit ein wichtiges Mittel der Anpassung an die sich verändernden Marktbedingungen darstellen.

Vertikale Vereinbarung:

Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehr Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist, und welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

In Österreich gab es von 1993 bis 2005 Sonderregeln für vertikale Vertriebsbindungen wegen geringerer (?) Schädlichkeit für den Wettbewerb.² Es wird auch vertreten, dass "bloße Vertikalvereinbarungen" keine wettbewerbliche Auswirkung haben, sondern vielmehr den Interbrand-Wettbewerb stärken; erst Spillover-Effekte (zB Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch Alleinvertriebs- oder Alleinbezugsverträge, oder: Preisbindungen zweiter Hand) könnten Horizontalwettbewerbsbeschränkungen bewirken.³ Vertreter der Chicago School of Antitrust Analysis vertreten die Auffassung, Preisbindungen in Vertriebssystemen könnten Ausdruck einer effizienten Marktstruktur sein und beeinträchtigten den Wettbewerb nicht.⁴ Diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchgesetzt.⁵

¹ Karsten Schmidt, Von der Kartellformenlehre zum Kartellverbot, wbl 1990, 121. Er vertritt drei damals zutreffende Thesen: 1. Das traditionelle Kartellrecht ist ein Recht der Kartellorganisationen - ein modernes Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen dient dagegen der Offenhaltung der Märkte; 2. Traditionelles Kartellrecht ist am Schutz der Beteiligten orientiert - ein Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat den Schutz der Marktgegenseite im Auge; 3. Traditionelles Kartellrecht blickt auf das Kartell als vertragliche oder statutarische Organisation - modernes Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterscheidet zwischen Marktverhaltenskontrolle und Marktstrukturkontrolle.

² Vgl. Johannes Peter Gruber, Preisbindungen in vertikalen Vereinbarungen, OZK 2010, 221.

³ Möschel, Markenartikel und vertikale Kooperation, WuW 2010, 1229.

⁴ Bork, The Antitrust Paradox 288; zu angeblich wettbewerbsfördernden Wirkungen vertikaler Preisbindungen auch Kasten, WUW 2007, 994 [999].

⁵ Vertikale Preisabsprachen sind Wettbewerbsbeschränkungen, weil sie ein hohes Potential negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, und zwar nicht zuletzt auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen auf Handelsebene (vgl. zB Faull/Nikpay, The EU Law of Competition³ [2014] Rz 3.188). Dem entspricht, dass auch vertikale Preisbindungen („Preisbindungen der zweiten Hand“) in Art 4 lit a) VO 330/2010 (vertGVO) als grundsätzlich unzulässige Kernbeschränkungen eingestuft werden (vgl. Kuhn, Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art 101 AEUV, ZWeR 2014/2, 148).

B. Beschränkung des Wettbewerbs

Wettbewerbsbeschränkung ist Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen.⁶ Jeder Unternehmer hat selbständig zu bestimmen, welche Politik er auf dem gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt. Dieses **Selbständigkeitspostulat** beseitigt nicht das Recht der Unternehmen, *sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen*, es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Wettbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht⁷ Zum „**Selbständigkeitspostulat**“ siehe auch „**Geheimwettbewerb**“ (II.B.d) unten Seite 22).

Das Kartellverbot dient ua dem Schutz der Abnehmer vor überhöhten Preisen.⁸

Das österr Kartellverbot ist (nur) anzuwenden, wenn nicht Unionsrecht vorrangig anzuwenden ist; das österr Kartellverbot ist dann aber im Zweifel unionsrechtskonform auszulegen, aber nicht wegen Anwendungsvorrangs, sondern weil der österr Gesetzgeber eine Angleichung des KartG an das unionsrechtliche Kartellverbot anstrebte.

Artikel 101 AEUV (ex Art 81 ex Art 85 EGV)	§ 1 KartG
Abs 1: Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und	Abs 1: Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die
eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs
innerhalb des Gemeinsamen Marktes	
bezwecken oder bewirken,	bezwecken oder bewirken (Kartelle).
insbesondere	Abs 2: Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten
a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;	1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;	2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;	3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;	4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.	5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.
Abs 2: Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.	Abs 3: Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.
---	Abs 4: Einem Kartell im Sinn des Abs 1 stehen Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preis-

⁶ Dausies/Emmerich, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Band 2, H 1, § 1 Rz 89.

⁷ EK 26.5.2004, COMP/C-3/37.980, *Souris – Topps Pokémon-Aufkleber*; EuGH verb Rs. 40-48/73, *Suiker Unie* und andere / *Kommission* [1975] Slg. 1663, Rn 173 und 174.

⁸ Zu den Wettbewerbsfunktionen s *Bunte* in *Langen/Bunte*, GWB¹⁰ Einführung Rn 63ff; *Mayer*, Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, 33 ff.

	grenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte gleich, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle). Ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird.
--	--

Zur Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV und § 2 Abs 1 KartG siehe Pkt IV unten Seite 33.

Die ersten drei Beispiele des **Gesetzestextes** (**oben gelb unterlegt**) sind sog "Kernbeschränkungen" (hard core restrictions), die praktisch nie freigestellt werden können. Die **hellblau gekennzeichneten** Beispiele betreffen vertikale Vereinbarungen und finden sich wortgleich in Art 102 AEUV und § 5 KartG (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, vgl 6. Doppelstunde), wo sie deutlich mehr Relevanz haben als in Art 101 AEUV, § 1 KartG.

Bereichsausnahmen und partielle Unanwendbarkeit:

- § 2 Abs 2 Z 2-5 KartG (keine Entsprechung im EU-Kartellrecht, gilt daher nur, wenn nicht infolge Zwischenstaatlichkeit vorrangig AEUV anzuwenden ist)
- § 24 Abs 3 KartG
- § 2 Abs 2 Z 2 KartG, BPrBG: Buchpreisbindung (3. Doppelstunde)

AEUV: Soweit bestimmte Tätigkeiten vom Geltungsbereich des Art 101 AEUV ausgeschlossen sein sollen, muss dies ausdrücklich im AEUV geregelt sein (Universalität der Wettbewerbsregeln).

Dies führt zu Rechtszersplitterung. So sieht etwa der Abschnitt über den Verkehr die Möglichkeit des Erlasses von Sonderregeln vor, Art 90, 100 Abs 2 AEUV (vollständiger Text AEUV, ca 150 Seiten siehe <http://www.profbrugger.at/kartell/Texte/AEUV.pdf>).

Noch deutlicher ist die Ausnahmestellung des Agrarmarktes, vgl Art 42 AEUV. Hier fallen jedoch zB die Märkte für Dünger und Pflanzenschutz nicht unter Art 42 AEUV. Außerdem ist die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln an die Notwendigkeit zu Erreichung der Ziele des Gemeinsamen Agrarmarktes gekoppelt. Allerdings gilt aufgrund Sekundärrechts tatsächlich in weiten Teilen eine sektorspezifische Ausnahme vom Kartellverbot und erlaubt horizontale und vertikale Preisabsprachen zwischen landwirtschaftlichen Erzeugern.⁹ Im Gegensatz zum österreichischen und deutschen Recht (GWB) kennt das Unionsrecht für sonstige Unternehmen keine Privilegien. Daher unterliegen zum Beispiel Absprachen von Rundfunkanstalten, Verlagsgesellschaften oder Fußballvereinen ohne weiteres dem Kartellverbot (vgl andererseits §§ 30 f GWB).

C. Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise

- Maßgeblich für die Beurteilung ist **der wahre wirtschaftliche Gehalt** und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts (§ 20 KartG)¹⁰.
- So genanntes "**Konzernprivileg**":
Verbundene Unternehmen, bei denen das eine Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf das andere hat, gelten als Einheit, als ein Unternehmen unabhängig von der Aufgliederung in mehrere juristische Personen (Mutter-

⁹ Kim Manuel Künstler, Ausnahme vom Kartellverbot zur Verwirklichung übergesetzlicher Nachhaltigkeitsstandards nach Art 210a Verordnung (EU) Nr 1308/2013 über die Gemeinsame Marktorganisation („GMO“), WuW 2023, 7.

¹⁰ Kritisch dazu Johannes Peter Gruber, Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" nach § 20 KartG, OZK 2011, 94.

und Tochtergesellschaften). Ihr Verhältnis zueinander unterliegt nicht Art 101 AEUV (und § 1 KartG), solange das beherrschte Unternehmen sein Marktverhalten nicht autonom bestimmen kann (allerdings sind Art 102 AEUV und § 5 KartG uU noch anwendbar). Auch ein Gemeinschaftsunternehmen (GU; dazu siehe 8. Doppelstunde Teil II/B/3) kann so gestaltet sein, dass die Muttergesellschaften gemeinsam ihre Leitungsbefugnis dergestalt vergemeinschaften,¹¹ dass das GU sein Marktverhalten nicht wirklich autonom bestimmen kann; diesfalls gilt das „Konzernprivileg“ für die Mütter und das GU als Einheit (wenn umgekehrt das GU eine ausreichend große Autonomie für sein Marktverhalten hat, gilt das Kartellverbot zwischen den gemeinsam kontrollierenden Muttergesellschaften und dem GU).¹²

Gegenbeispiel:¹³ Selbst bei mehrheitlicher Beherrschung kann es uU zur unabhängigen Eigenständigkeit kommen, so dass der Verkauf der österreichischen *Postbus AG* an die *ÖBB* als Zusammenschluss angemeldet werden musste, obwohl beide letztlich im Staatseigentum standen.

Die Kehrseite der konzernmäßigen Zusammenrechnung (Konzernprivileg) ist die gemeinsame Strafbarkeit für kartellrechtliche Zuwiderhandlungen (vgl 4. Doppelstunde bei "parental liability").

- **Handelsvertreter** iSd Wettbewerbsrechts sind
 - Handelsvertreter (§ 1 HVertrG: Er handelt als direkter Stellvertreter im fremden Namen und auf fremde Rechnung)
 - Kommissionär (§ 383 UGB: Er handelt als indirekter Stellvertreter im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung) und
 - Kommissionsagent (er handelt im Wesentlichen wie der Kommissionär, hat aber im Innenverhältnis die Stellung wie ein Handelsvertreter iSd HVertrG).

Bei diesen ist zu prüfen, ob eine kartellrechtsrelevante Vertikalbindung¹⁴ oder konzernprivilegmäßige "Eingliederung" vorliegt.¹⁵ Die Abgrenzung erfolgt gemäß Risikozuordnung zum Geschäftsherrn bei "echten Handelsvertreterverträgen".¹⁶

OGH 15.7.2009, 16 Ok 6/09 (ebenso 1.12.2009, 16 Ok 10/09 – selbe Rechtssache: BKA¹⁷ gegen *Heinrich Bauer KG* (Titel "Bravo", "Neue Post" usw), *Bazar GmbH* und *Pressegroßvertrieb Salzburg (PGV)* [sowie Großhandelsgesellschaft *Valora*] wegen

¹¹ Die zB häufig gegebene Blockademöglichkeit durch eine der beiden Muttergesellschaften ist noch keine derartige (ausreichende) Vergemeinschaftung, die zur Anwendung des Konzernprivilegs führt; vgl OGH 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p; Stefan Thomas, Konzernprivileg und Gemeinschaftsunternehmen, ZWeR 2005, 236.

¹² OGH 19. 12. 2019, 6 Ob 105/19p. Dazu *Reidlinger/Stenitzer*, Zur Reichweite des kartellrechtlichen Konzernprivilegs bei Gemeinschaftsunternehmen, GesRZ 2020, 137.

¹³ OGH als KOG 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02, *Postbus*.

¹⁴ Zur kartellrechtlichen Abgrenzung vgl auch *Wiemer*, Informationsaustausch im Vertikalverhältnis – Berichtspflicht des Vertragshändlers im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und HGB, WuW 2009, 750.

¹⁵ Ähnliches Abgrenzungsproblem auch nach HVertrG: Der Ausgleichsanspruch ("Abfertigung" für Kundenzuführung) nach § 24 HVertrG gebührt dem "echten" Handelsvertreter und dem "ähnlich eingebundenen" Vertragshändler (zB Tankstellenpächter).

¹⁶ Siehe Rn 12 ff der Leitlinien für vertikale Beschränkungen; ausf dazu *Johannes Peter Gruber*, Der Handelsvertreter im Wettbewerbsrecht, OZK 2012, 3.

¹⁷ Auftrags des BMJ, vgl Die Presse, 28. 7. 2007: "Ministerin Berger will deutschen Verlag klagen". Vgl Tätigkeitsbericht des Bundeskartellanwalts 2007, 1; Kurzdarstellung durch den Anwalt des *Bauer-Verlags*: *Johannes Willheim*, Der grenzüberschreitende Pressevertrieb auf dem kartellrechtlichen Prüfstand, mur 2010, 3. Er will eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 Abs 1 KartG. S a *Schoißwohl*, Pressegroßhandel im Fokus der Wettbewerbsbehörden, OZK 2010, 63.

Beseitigung jener Vertragsklauseln, die die Preisbindung, den Exklusivvertrieb und das Querlieferungsverbot betreffend Zeitschriften betreffen; "*Zeitschriftengrosso*"): Bei Handelsvertretern, die dem gesetzlichen Leitbild entsprechen, das heißt im Namen und auf Rechnung des Geschäftsherrn Geschäfte vermitteln und hinsichtlich der Preise und Konditionen der zu vermittelnden Geschäfte den Weisungen des Geschäftsherrn unterliegen, spricht die Vermutung für die Eingliederung in das Unternehmen des Geschäftsherrn. Widerlegt ist diese Vermutung, wenn der Handelsvertreter wirtschaftliche Risiken in Bezug auf die übertragenen Vermittlungstätigkeiten tragen muss, und nicht nur allgemeine kaufmännische Risiken, wie sie jede selbstständige geschäftliche Tätigkeit nach sich zieht. Siehe diesen Fall auch bei FN 193 und 195.

OGH 16. 11. 2009, 9 Ob A 59/09f: Handelsvertretereigenschaft liegt dann vor, wenn ein Tankstellenpächter, selbst wenn er eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, sein Verhalten auf dem Markt nicht eigenständig bestimmt, weil er vollständig von seinem Geschäftsherrn abhängig ist, sodass dieser die finanziellen und kommerziellen Risiken in Bezug auf die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit trägt.

Das Kartellverbot ist auch dann nicht anwendbar, wenn der Absatzmittler nur einen geringen Teil dieser Gefahren trägt. Das Vorliegen eines echten Handelsvertretervertrages ist nicht ausgeschlossen, wenn der Handelsvertreter die Risiken trägt, die üblicherweise mit einer solchen Tätigkeit zusammenhängen. So stellt etwa die Tragung von Personal- und Betriebskosten durch den Absatzmittler keine relevante Risikoüberwälzung dar.

EuGH 4. 6. 2020, C-828/18, *Trendsetteuse*: Ein selbständiger Handelsvertreter iSd RL 86/653/EWG muss nicht notwendigerweise über die Möglichkeit verfügen, die Preise der Waren zu ändern, um als Handelsvertreter eingestuft zu werden.

Bei entsprechender Eingliederung haftet der Geschäftsherr für Kartellrechtsverstöße des Handelsvertreters, selbst wenn der Geschäftsherr von diesen Verstößen keine Kenntnis hatte.¹⁸

- **Selbständige Dienstleister**

Der EuGH entschied,¹⁹ dass ein Unternehmen grundsätzlich nur dann aufgrund des Fehlverhaltens eines selbständigen Dienstleisters, der für das Unternehmen Leistungen erbringt, für eine abgestimmte Verhaltensweise verantwortlich gemacht werden kann, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Der Dienstleister war in Wirklichkeit unter der Leitung oder der Kontrolle des beschuldigten Unternehmens tätig, oder
- das Unternehmen hatte von den wettbewerbswidrigen Zielen seiner Konkurrenten und des Dienstleisters Kenntnis und wollte durch sein eigenes Verhalten dazu beitragen, oder
- das Unternehmen konnte das wettbewerbswidrige Verhalten seiner Konkurrenten und des Dienstleisters vernünftigerweise vorhersehen und war bereit, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen.

¹⁸ Ger 15. 7. 2015, T-418/10, *Spannstahl-Kartell voestalpine*.

¹⁹ EuGH 21. 7. 2016, C-542/14, *SIA VM Remonts*.

II. KARTELLARTEN (horizontal und vertikal)

A. Einteilung nach formalen Kartellarten (gesetzliche Tatbestandsmerkmale)

"In its simplest terms, a cartel is an agreement between businesses not to compete with each other".²⁰

Eine Vereinbarung oder vertragliche Beschränkung fällt nur unter das Verbot von Art 101 Abs 1 AEUV, § 1 KartG, wenn sie eine Beschränkung des Wettbewerbs "**bezweckt oder (bloß) bewirkt**".

- Wenn nachgewiesen ist, dass eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung **bezweckt** ("by object" restriction of competition), müssen die konkreten wettbewerblich-ökonomischen *Auswirkungen* der Vereinbarung *nicht berücksichtigt* werden;²¹ es wird dann auch die Spürbarkeit stets bejaht.²² Freilich kann diese vereinfachte Prüfung nur auf bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, weil andernfalls die EK von der Verpflichtung entbunden würde, die konkreten Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Markt zu beweisen, bei denen überhaupt nicht feststeht, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs sind.²³ Auch wenn der EuGH betont, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist,²⁴ kann bei kollusiven Verhaltensweisen, wie etwa der horizontalen Festsetzung von Preisen, die ihrem Wesen nach als geeignet anzusehen sind, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu haben, weiterhin davon ausgegangen werden, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist.²⁵
- Dem gegenüber sind bloß **bewirkte** Wettbewerbsbeschränkungen (restrictions of competition by "effect") nur verboten, wenn sie eine *tatsächliche Auswirkung haben*. Dazu auch II.D unten Seite 30. Es wurde kritisiert, dass der EuGH diese Unterscheidung nicht konsequent beibehält.²⁶

Unterschiede zwischen Wirkungs- und Absichtskartelle gibt es außerdem bei der Geldbußenhöhe.

Vereinbarte Kernbeschränkungen sind idR Absichtskartelle.

Art 101 AEUV und § 1 KartG enthalten drei Formen von "Absprachen": **Vereinbarungen** zwischen Unternehmen, **Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen**, **abgestimmte Verhaltensweisen**. Diese Regelung ist eine umfassende und zugleich abschließende materiell rechtliche Regelung.²⁷ Die Unterscheidung ist zweitrangig,²⁸ nur theoretisch und praktisch bedeutungslos;²⁹ überflüssiger Formalismus, weil immer eine übereinstimmende Willenserklärung erforderlich ist.³⁰ Die EK kann ein Verhalten – wegen rechtlicher Gleichwertigkeit – undifferenziert als "Vereinbarung

²⁰ UK Office of Fair Trading.

²¹ EK 2004 Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag, Rn 19-20. OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b, Pkt 4.4.

²² EuGH 13. 12. 2012, C-226/11, *Expedia/Autorité de la concurrence (France)*.

²³ EuGH 11. 9. 2014, C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB)*, *BNP Paribas*.

²⁴ EuGH 11. 9. 2014, C-67/13, *CB*, Rn 57; 26. 11. 2015, C-345/14, *Maxima Latvija*, Rn 18.

²⁵ EuGH 26. 11. 2015, C-345/14, „*Maxima Latvija*“ Rn 19.

²⁶ Nämlich im Fall EuGH 14. 3. 2013, C-32/11, *Allianz Hungária und Generali*.

²⁷ *Schröter in Schröter/Jakob/Meder*, Kommentar zu Europäischen Wettbewerbsrecht (2003), Art 81 Einf Rn 1.

²⁸ *Bunte in Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht¹¹ (2010) Art 81 Generell Rn 17.

²⁹ *Grill in Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag³ (2003) Art 81 Rn 1

³⁰ Ausf Darstellung der Erscheinungsformen bei *Johannes Peter Gruber*, Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, OZK 2010, 43.

und/oder abgestimmte Verhaltensweise" beurteilen.³¹

Nach § 1 Abs 4 KartG stehen dem die **Empfehlungskartelle** gleich (s.u. Seite 14).

Auch ein als **Gehilfe** beteiligtes Unternehmen (zB Beratungsunternehmen), obwohl es sonst nicht auf dem vom Kartell betroffenen Markt tätig ist, aber durch sein eigenes Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen kartellrechtswidrigen Ziele beitragen will, handelt dem Kartellverbot zuwider und wird bestraft; Beispiel: Anwalt hilft bei der Organisation des Kartells.³²

Dies entspricht weitgehend auch dem US-Kartellrecht.³³

a) Vereinbarungskartell (cartel; restrictive agreements)

Es sind horizontale und vertikale Absprachen zwischen Unternehmen erfasst, zB HPF (horizontal price fixing) und vertikales RPM (resale price maintenance, Preisbindung zweiter Hand). Auch sogenannte Gentlemen-Agreements, bei denen kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Einklagbarkeit besteht, sind – in kartellrechtlicher Sicht (und insoweit abweichend von der zivilrechtlichen Terminologie) – idR „Vereinbarungen“³⁴ (zumindest aber aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen). Auch etwaige innere Vorbehalte, die "Vereinbarung" nicht, nicht konsequent oder nur abweichend zu beachten, sind ebenso irrelevant wie die Behauptung, es würde nur zum Schein oder aus Gründen der „Verhandlungstaktik“ so gehandelt.³⁵

Beispiele:

- Vertikale Abstimmungen bis 2013 der *Kärntnermilch reg GenmbH* mit dem Lebensmitteleinzelhandel und im geringen Ausmaß mit dem Lebensmittelgroßhandel;³⁶ ähnlich *Pfeiffer HandelsgmbH* mit *Zielpunkt GmbH*.³⁷ Geld-

³¹ GerI 20.3.2002, T-9/99 Rn 186, *HFB, Isoplus*; GerI 20.4.1999 T-305/94 ua Rn 697, *Limburgse Vinyl*.

³² EK 10. 12. 2003, COMP/E-2/37.857, *organische Peroxide*, bestätigt von Ger 8. 7.2008, T-99/04, *AC Treuhand*; dazu *Dannecker*, ÖZK 2010, 171. Diesen Kriterien der Mittäterschaft als Gehilfe folgte der OGH 19. 4. 2010, 16 Ok 2/10, *Anwaltskanzlei für Feuerwehrfahrzeuge*. Später neuer Fall: EK 11. 11. 2009, COMP/38589, *Wärmestabilisatoren und Sojaöle/Ester*, bestätigt von Ger 6. 2. 2014, T-27/10, *AC Treuhand II*, und vom EuGH 22. 10. 2015, C-194/14P, *AC Treuhand II*. Das BKartA hat 2018 gegen die *DuMont Mediengruppe*, einen Partner der RA-Kanzlei *Oppenhoff* sowie eine weitere Einzelperson Bußgelder von zusammengerechnet EUR 16 Mio verhängt wegen Gebietsabsprachen zwischen DuMont und dem Bonner General-Anzeiger.

³³ Vgl *Ingeborg Simonsson*, Legitimacy in EU Cartel Control [2010] 145: "Pawns are understood as mere assistants, not as competitors of the principal, nor as market actors whose buying or selling is being controlled. Their only role, for the purpose of antitrust scrutiny, is to assist the principal actor's market behaviour. *Areeda et al* conclude that no conspiracy with a pawn should be found unless the behaviour itself violates the law. Apart from that issue there are three prerequisites for finding a conspiracy with a pawn. *First*, the pawn must have knowledge of the principal's objective to restrain trade. *Second*, the pawn must not only facilitate the principal's restraint but must also intend to restrain trade. This usually means that the pawn must have a stake in the restraint, as distinct from merely selling its own services for their usual market price. *Third*, the pawn must contribute materially to the restraint. Materiality will usually be absent where he brings no special resources or talents that the principal could not as easily accomplish through its own employees. Unless these requirements are satisfied, the pawn should be deemed an independent actor pursuing his own lawful business rather than a conspirator with the principal."

³⁴ So zB EuGH 20. 1. 2016, C-373/14P, *Toshiba Corporation (räumliche Marktaufteilung bei Leistungstransformatoren, Sparttransformatoren und Drosselspulen)*.

³⁵ OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 2 /15b, Pkt 5.6.2 mwN.

³⁶ OLG Wien als KG 17. 12. 2013, 27 Kt 142/13, *Kärntnermilch reg GenmbH*, Geldbuße EUR 375.000,-. Weiters: 13. 1. 2014, 24 Kt 152/13a, *Vereinigte Kärntner Brauereien AG*; Geldbuße EUR 195.000; 22. 1. 2014, 27 Kt 160/13-8, *Brauerei Schloss Eggenberg Stöhr GmbH & CoKG*, Geldbuße EUR 57.000; 29. 1. 2014, 29 Kt

- bußenverfahren gegen *Spar*.³⁸ Auch die Preisbindung zweiter Hand in Form einer Absprache hins Aktionspreisen ist unzulässig.³⁹
 - Vertikale Preisbindungen und Lieferbeschränkungen im Handel mit Elektronikprodukten durch ua *Media Saturn*⁴⁰ und *SSA Fluidra*⁴¹.
 - Vertikale Abstimmungsmaßnahmen von *Hewlett-Packard*, teilweise im Zusammenhang mit Preisbeschränkungen in einem Absatzkanal und Behinderung eines Absatzkanals (Online-Verkauf), im Bereich von Elektronikprodukten wie Drucker, Multifunktionsgeräte und Notebooks mit österreichischen Wiederverkäufern, wie insbesondere Tochtergesellschaften der *Media-Saturn*, im Zeitraum von Juli 2009 bis Mai 2014.⁴²
 - Generelle Untersagung des Online-Verkaufs (*Schultaschenkartell*).⁴³
 - Horizontale Preisabsprachen durch mehr als 12 Jahre im Bereich Winter Sportartikel und Dienstleistungen (Verleih von Alpinski, Schischuhen und Snowboards und Service) zwischen vier Sportartikelhändlern aus St. Anton am Arlberg.⁴⁴
 - Eine "Vereinbarung" liegt auch schon vor, wenn der andere stillschweigend dem einseitigen Fakturrehinweis "Export verboten" entspricht.⁴⁵
- *Samsung* wegen vertikaler Verkaufspreisabstimmungen mit österreichischen Wiederverkäufern, teilweise verbunden mit der Aufforderung zur Erhöhung von Online-Verkaufspreisen, im Produktbereich von Elektronikprodukten wie TV (4-er Serie), Notebooks (High), Staubsauger (Robot), Monitor (Multi-Function-Monitors), Kühlschränke (Side-By-Side), Waschmaschinen und Tablets, im Zeitraum April 2009 bis Mai 2014.⁴⁶ Das war eine Preisbindung zweiter Hand (dazu weiter unten).
 - Einer Preis- oder Konditionenabsprache sind auch jene schuldig, die sich bloß stillschweigend an einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beteiligt haben, wenn sie es unterlassen haben, sich öffentlich von dieser Verhaltensweise zu distanzieren, sie nicht bei den Behörden angezeigt haben oder keine anderen Bewei-

151/13-8 und 25 Kt 153/13, Mohrenbrauerei *August Huber KG* und *Privatbrauerei Zwettl Karl Schwarz GmbH*, Geldbuße je EUR 82.500. OLG Wien als KG 21. 5. 2014, *Stiegl*, Geldbuße EUR 196.875,-; 18. 12. 2014, 27 Kt 63/2014, *MPREIS Warenvertriebs GmbH*, Geldbuße EUR 225.000,-. OLG Wien als KG 26. 11. 2014, 29 Kt 60/14, *NÖM AG* Geldbuße 583.200,-. Alle E sind wegen Rechtsmittelverzichts rechtskräftig.

³⁷ OLG Wien als KG 2. 7. 2015, 26 Kt 9/15-6, Geldbuße EUR 562.500,- wegen Einflussnahme auf Endverkaufspreise in den fünf Produktgruppen Molkereiprodukte, Fleisch- und Wurstprodukte, Brauereiprodukte, nichtalkoholische Getränke und Mühlenprodukte zwischen März 2007 und Juli 2011; im Rahmen dieser vertikalen Preisabstimmungsmaßnahmen stimmte *Zielpunkt GmbH* mit Lieferanten Wiederverkaufspreise (sowohl Kurant- als auch Aktionspreise) ab.

³⁸ OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b, *Spar*, Geldbuße EUR 30 Mio. Weiters vertikale Preisbindungen (ua Bier, Mehl, nicht-alkoholische Getränke) OLG Wien als KG 30. 6. 2016, 29 Kt 10/16m (rk), *Spar*, Geldbuße EUR 10,2 Mio.

³⁹ Geldbußen gegen *OBI* (KG 13. 7. 2012, 27 Kt 49/12; mildernd waren die Kooperation bei der Aufklärung sowie die Reduktion des Verfahrensaufwands durch die einvernehmliche Verfahrensbeendigung) und *Hornbach* (KG 22. 8. 2012, 27 Kt 38/12; erhebliche Reduktion der Geldbuße wegen Kronzeugenstatus und wegen Kooperation bei der Aufklärung sowie Reduktion des Verfahrensaufwands durch die einvernehmliche Verfahrensbeendigung) wegen Abstimmung der Endverkaufspreise von EPS-Dämmstoffprodukten (als Dämmung unter Estrichen, als Fassadenplatte usw) mit dem Hersteller.

⁴⁰ OLG Wien als KG 25. 3. 2014, 27 Kt 20/14, *Pioneer Electronics Deutschland GmbH*, Geldbuße EUR 350.000; 23. 4. 2014, 26 Kt 19/14, *Media-Saturn BeteiligungsgmbH*, Geldbuße EUR 1.230.000,-; 21. 5. 2014, 24 Kt 17/14, *Grundig Intermedia GmbH*, Geldbuße EUR 372.000,-.

⁴¹ OLG Wien als KG 8. 5. 2014, 29 Kt 21/14, *SSA Fluidra Österreich GmbH*, Behinderung des Online-Handels, Geldbuße EUR 50.000,-.

⁴² OLG Wien als KG 1. 12. 2015, 29 Kt 34/15 (rk), *Hewlett-Packard*, Geldbuße EUR 640.000,-

⁴³ Vgl den Fall OLG Wien als KG 15. 7. 2021, 25 Kt 5/21d, *FOND OF GmbH*, *Schultaschenkartell* (außerdem vertikale Absprachen mit Händlern über Wiederverkaufspreise; weitere Beteiligte: *Kastner & Öhler*, *Thalia*, *Georg Hausmann KG*).

⁴⁴ OLG Wien als KG 28. 4. 2015, 27 Kt 5/15, (rk), *Sport Pangratz & Ess GmbH* Geldbuße EUR 144.000, *Alber Sport GmbH* Geldbuße EUR 136.000, *Sport Jennewein Martin e.U.* Geldbuße EUR 128.000, *Sport Fauner GmbH & Co KG* Geldbuße EUR 11.200.

⁴⁵ EuGH 11. 1. 1990, Rs 277/87, *Sandoz*: Der systematische Vermerk "Ausfuhr verboten" ist ein Kartellverstoß nach Art 81 EG (nun Art 101 AEUV).

⁴⁶ OLG Wien als KG 3. 9. 2015, 24 Kt 35/15 (rk), *Samsung*, Geldbuße EUR 1.050.000,-.

se zur Widerlegung dieser Vermutung vorgelegt haben.⁴⁷ Eine "Distanzierung" dadurch, dass jemand "aus persönlichen Gründen" die Sitzung verlässt, ist keine ausreichende Distanzierung.⁴⁸

Ähnlich dem Sternkartell (dazu unten) sind **Meistbegünstigungsklauseln** (siehe aber auch die English Clauses als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in 6. Doppelstunde) eine vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung durch Preisbindung.⁴⁹ Eine Meistbegünstigungsklausel liegt etwa vor, wenn ein Abnehmer seinem Lieferanten auferlegt, dass dieser seine Waren oder Dienste an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen verkaufen darf. Hierdurch wird der Anbieter in seiner Preisfestsetzung rechtlich beschränkt, was einen Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV begründet. Eine grundsätzlich unzulässige Meistbegünstigung ist aber auch gegeben, wenn die Bindung des Lieferanten nur wirtschaftlicher Natur ist. Eine solche – das Verhältnis zu anderen Abnehmern betreffende – wirtschaftliche Bindung ist anzunehmen, wenn der Lieferant sich verpflichtet, dem ihn bindenden Abnehmer immer einen mindestens genauso günstigen Preis einzuräumen wie irgendeinem anderen Abnehmer.

Nicht vom Kartellverbot erfasst sind Preisvereinbarungen (zB **Kollektivverträge**, Tarifverträge) zwischen Arbeitgebern (Unternehmern) und Arbeitnehmern (inkl "Schein-Selbstständige"⁵⁰). Da aber Selbstständige („**Solo-Selbstständige**") nach dem EU-Wettbewerbsrecht als „Unternehmen“ gelten, laufen sie Gefahr, durch eine Beteiligung an Tarifverhandlungen gegen die Wettbewerbsvorschriften zu verstoßen; die EK startete 2021 dazu eine Initiative um sicherzustellen, dass die EU-Wettbewerbsvorschriften Selbstständige, die sich in einer schwachen Verhandlungsposition befinden, nicht daran hindern, zwecks Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen Tarifverhandlungen zu führen und Tarifverträge zu schließen.⁵¹

b) Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Insbesondere von Kammern oder Interessenverbänden herausgegebenen Tarife, wenn sie rechtlich oder faktisch verbindlich sind.

Beispiele:
[Architektenhonorare HOA⁵²,](#)
[HKR⁵³,](#)
[HGR⁵⁴,](#)

⁴⁷ EuGH 21. 1. 2016, C-74/14, *Eturas* (Reisebüros, die an einem gemeinsamen rechnergestützten System für Reiseangebote beteiligt sind – Automatische Beschränkung der Rabattsätze für Online-Reisebuchungen – Mitteilung des Systemadministrators zu dieser Beschränkung – Stillschweigende Zustimmung, die als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eingestuft werden kann).

⁴⁸ EuGH 17. 9. 2015, C-634/13P, *Total Marketing Services SA*.

⁴⁹ OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b mHin *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker* EU Wettbewerbsrecht⁵ Art 101 AEUV Rz 276 mwN; *M. Walter*, Die „besten Preise“ im Fokus - Renaissance von Meistbegünstigungsklauseln im Internet im Licht des deutschen und europäischen Kartellrechts, *ZweR* 2015, 157.

⁵⁰ EuGH 4. 12. 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media/Niederlande*.

⁵¹ EK-Pressemitteilung 5. 3. 2021, IP/21/988: „Kommission bittet Interessenträger um Stellungnahmen zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge für Selbstständige“.

⁵² Über Druck von BKA und BWB (Brief 31.7.2006) widerrief die *Kammer der Architekten* die Honorarordnung Architekten (HOA) per 31.12.2006; ein Geldbußenantrag unterblieb, obwohl alle Kriterien eines Kartells bzw eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung iSd Art 81 EG (nun Art 101 AEUV) erfüllt waren.

⁵³ Die Honorar- und Kalkulationsrichtlinien (*HKR*) und das Kalkulationsprogramm "Jobman2" der *Design Austria* wurden über Druck des BKA und der BWB widerrufen. Geldbußen wurden nicht beantragt.

⁵⁴ Dazu BWB in http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/widerruf_hgr.htm: "Die Kammer der Wirtschaftstreuhandler hat [...] die Honorargrundsätze für Wirtschaftstreuhandberufe (HGR) widerrufen [...]. Die

Honorarleitlinien der Ziviltechniker⁵⁵ und Möbeltransportentgelte 2002⁵⁶, Fall Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater),⁵⁷ HOB – Honorarordnung der Baumeister 2000 (unverbindliche Verbandsempfehlung musste widerrufen werden)⁵⁸.

Hingegen ist die *Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten* eine bloß unverbindliche Richtlinie und sei daher kartellrechtlich zulässig⁵⁹ (mE unzutreffende Aussage, wenn eine nicht iSv § 1 Abs 4 KartG völlig unverbindliche - Verbandsempfehlung vorliegt).

c) Verhaltenskartell (abgestimmte Verhaltensweisen, concerted practice, tacit collusion)

Durch diese Catch-all-Bestimmung soll eine Umgehung des Kartellverbots verhindert werden: Erfasst wird die Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines formellen Vertrags gediehen ist, jedoch bewusst **eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten** lässt. Abgestimmte Verhaltensweisen können durch unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Firmen begründet werden, die bezweckt oder bewirkt, das Marktverhalten zu beeinflussen oder Wettbewerber über das für die Zukunft beabsichtigte Marktverhalten ins Bild zu setzen.

Der Begriff "abgestimmte Verhaltensweise" kann im Einzelfall problematisch sein. Charakteristisch sind eine bewusste Willensübereinstimmung (innere Seite) und ein nach außen einheitliches Verhalten (äußere Seite), ohne dass jedoch bereits eine vertragliche Vereinbarung vorhanden wäre.⁶⁰ Es ist idR nur ein Indizienbeweis möglich.

Ein Parallelverhalten (parallelism of conduct) **kann ein Indiz für abgestimmtes Verhalten** (concertation, concerted practice) **darstellen, muss es aber nicht** (vgl den Fall *CISAG*⁶¹), **weil es nicht verboten ist, "sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten mit wachem Sinn anzupassen**; sie steht jedoch streng jeder mittelbaren oder unmittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Konkurrenten zu beeinflussen oder einen solchen Konkurrenten über

Kammer hatte sich [...] sehr kooperativ gezeigt und die HGR widerrufen, weshalb ein kartellgerichtliches Verfahren vermieden werden konnte."

⁵⁵ Mit Beschluss des Kammertages vom 30.10.2006 mit Wirksamkeit 31.12.2006 wurde dem bereits seit 1.1.2006 gültigen KartG 2005 entsprochen. Dem gingen laut BWB (s http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/architekten_honorarleitlinien.htm) langjährige - zum Teil schwierige - Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden und der Bundeskammer voraus.

⁵⁶ Möbeltransportentgelte 2002 des *Fachverbandes Spedition & Logistik*. Der Fachverband ersetzte über Beanstandung die Empfehlung fester Preise durch eine Unterlage zur Kalkulation individueller Kosten. Hierauf zogen BWB und BKA ihre Anträge auf Widerruf zurück. Siehe http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2004/uve_moebeltransport_speditionen.htm.

⁵⁷ OLG Wien als KG 3.6.2004, 26 Kt 37, 76, 103, 104, 105/04-21, bestätigt von OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 21/04, *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)*.

⁵⁸ OGH 20. 12. 2005, 16 Ok 45/05, *Honorarordnung der Baumeister*. Dieser HOA fehlte ein Unverbindlichkeitshinweis.

⁵⁹ OLG Innsbruck 14. 12. 2017, 5 R 29/17d, m zutr krit Anm *Johannes Peter Gruber*, ÖZK 2018, 115.

⁶⁰ EuGH Rs 48/69, Slg. 1972, S. 619 Rn. 64 ff.

⁶¹ Ger 12. 4. 2013, T-5442/08, *CISAC (collecting society, Verwertungsgesellschaft) betreffend reciprocal representation agreements* (Aufhebung der Abstellungsentscheidung EK 16. 7. 2008, K(2008) 3435). *Anna-Zoe Steiner*, Die Beweiswürdigung im Rahmen des Nachweises einer abgestimmten Verhaltensweise – neue Rechtsprechung des EuG zu einem bekannten Problem, ÖZK 2013, 130.

das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht".⁶²

Üblich ist Verhaltensabstimmung durch Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen⁶³ (zB Preise oder Mengen), oft über Verbände. Ob ein solcher Informationsaustausch ein abgestimmtes Verhalten indiziert, hängt von den Einzelheiten ab. In einem hochkonzentrierten Markt kann der Austausch vertraulicher Informationen zu einem Nachlassen des Wettbewerbs führen⁶⁴ – siehe auch unten zum Thema Preismeldestelle statt "Geheimwettbewerb" Seite 22.

Um eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise nachzuweisen, muss nicht ermittelt werden, ob der betreffende Wettbewerber sich förmlich verpflichtet hat, eine bestimmte Verhaltensweise anzunehmen, oder sich die Wettbewerber über ihr zukünftiges Marktverhalten geeinigt haben. Es genügt, dass der Wettbewerber durch die Bekundung seiner Absicht die Ungewissheit hinsichtlich des von dem anderen im Markt zu erwartenden Verhaltens beseitigt oder zumindest wesentlich verringert hat.⁶⁵

Eine abgestimmte Verhaltensweise verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck iSd Art 101 Abs 1 AEUV, wenn sie konkret geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zu führen. Es ist weder erforderlich, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wurde, noch, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesem abgestimmten Verhalten und den Verbraucherpreisen besteht. Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen; die Kausalitätsvermutung betreffend einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung greift aber auch **bereits bei einem einmaligen Treffen**; es genügt, dass die Kartellbehörde eine Abstimmung belegen kann, dann müssen die Unternehmen nachweisen, dass ihr späteres Marktverhalten von der Absprache unbeeinflusst blieb.⁶⁶ Bei **abgestimmten Verhaltensweisen** handelt es sich nach Rsp des EuGH um **jede Form der Koordinierung des Verhaltens zwischen Unternehmen, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinn gediehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt**.⁶⁷

Beispiel:⁶⁸

Chiquita, Dole Food und *Weichert* haben jeweils die Listenpreise für ihre Marke wöchentlich, nämlich donnerstagvormittags, festgesetzt und ihren Abnehmern mitgeteilt. Der Begriff „Listenpreise“ habe sich üblicherweise auf die Listenpreise für grüne Bananen bezogen, beim Listenpreis für gelbe Bananen habe es sich normalerweise um den grünen Preis zuzüglich einer Reifungsgebühr gehandelt. Die Preise, die von Einzelhändlern und Vertriebshändlern für Bananen gezahlt worden seien (die „tatsächlichen Preise“), hätten sich aus wöchentlicher Verhandlung, nämlich donnerstag-nachmittags oder auch später, ergeben können oder aus der Anwendung von Lieferverträgen mit festgelegter Preisformel, bei der entweder auf einen Fixpreis abgestellt worden sei oder der Preis an einen Referenzpreis des Anbieters oder eines Wettbewerbers oder einen anderen Referenzpreis wie etwa den „Aldi-Preis“ gebunden gewesen sei. Die Einzelhandelskette *Aldi* habe jeden Donnerstag zwischen 11.00 und 11.30 Uhr die Angebote von ihren Lieferanten erhalten und dann einen Gegenvorschlag abgegeben; der „Aldi-Preis“, der den Lieferanten gezahlt worden sei, sei üblicherweise gegen 14.00 Uhr festgelegt worden. Ab der zweiten Hälfte des Jahres 2002 habe der „Aldi-Preis“ zunehmend als Indikator für Bananenpreisformeln bei bestimmten anderen Geschäften, auch im Zusammenhang mit Marken-Bananen, gedient. Die Adressaten der streitigen Entscheidung⁶⁹ hätten sich an bilateralen Vorab-Preismitteilungen beteiligt, in deren Rahmen Faktoren für die Festsetzung des Bana-

⁶² St Rsp seit EuGH 40 bis 48/73, *Suiker Unie*, Slg. 1974 S. 1965 ff.; EuG T-2/91, *Petrofina*, Slg. 1991, II-1087.

⁶³ Ausführlich *Dirk Schroeder*, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2009, 718; *Wiemer*, Informationsaustausch im Vertikalverhältnis – Berichtspflicht des Vertragshändlers im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und HGB, WuW 2009, 750; *Dreher/Stenitzer*, Informationsaustausch als Kartellverstoß – Aktuelle Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene, wbl 2015, 241.

⁶⁴ EuG T-34/92, *Fiatagri*, Slg. 1994, II-905 und Folge-Rsp.

⁶⁵ EK 26.5.2004, COMP/C-3/37.980, *Souris – Topps Pokémon-Aufkleber*; GerI verb Rs. T-25 usw./95 *Cimenteries CBR SA usw. /Kommission (Zement)* [2000] Slg. II-491, Rdnr. 1852; bestätigt vom EuGH 7. 1. 2004 verb Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S usw. / Kommission*,

⁶⁶ EuGH 4. 6. 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV* gegen *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Rz 43. Es ging in diesem einzigen Treffen um die Information der beabsichtigten Kürzung der Vergütung an Vertragshändler.

⁶⁷ Diese Formel wurde vom EuGH 14. 7. 1972, Slg 1972, 619, *ICI*, entwickelt und seitdem auch von der EK übernommen.

⁶⁸ EuGH 19. 3. 2015, C-286/13P, *Dole/EK*.

⁶⁹ EK 15. 10. 2008, K(2008) 5955 endg. (COMP/39.188), *Bananen*.

nenpreises, d. h. für die Festsetzung der Listenpreise der kommenden Woche relevante Faktoren, besprochen oder Preistrends erörtert oder preisgegeben oder Hinweise auf die voraussichtlichen Listenpreise für die kommende Woche gegeben worden seien. Derartige Kontakte seien erfolgt, bevor die Parteien ihre Listenpreise festgelegt hätten, üblicherweise mittwochs, und hätten sich durchweg auf die zukünftigen Listenpreise bezogen. *Dole Food* habe bilateral sowohl mit *Chiquita* als auch mit *Weichert* kommuniziert. *Chiquita* habe von den Vorab-Preismitteilungen gewusst bzw. habe zumindest vermutet, dass es zwischen *Dole Food* und *Weichert* einen solchen Austausch gegeben habe

Die betroffenen Unternehmen hätten, nachdem sie donnerstagmorgens ihre Listenpreise festgesetzt hätten, diese bilateral untereinander ausgetauscht. Dieser anschließende Austausch habe sie in die Lage versetzt, die jeweiligen Listenpreisentcheidungen anhand der zuvor kommunizierten Vorab-Preismitteilungen zu überprüfen, und habe für eine Verstärkung ihrer Zusammenarbeit gesorgt. Die Listenpreise hätten zumindest als Marktsignale, -trends und/oder Hinweise an den Markt auf die gewünschte Entwicklung der Bananenpreise gedient und seien für den Bananenhandel und die erhaltenen Preise relevant gewesen. Zudem seien bei einigen Transaktionen die Preise durch auf Listenpreisen basierende Preisformeln unmittelbar an die Listenpreise gebunden gewesen. Die betroffenen Unternehmen hätten die mit ihren Mitbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens zwangsläufig berücksichtigen müssen, *Chiquita* und *Dole Food* hätten dies sogar ausdrücklich eingeräumt (Erwägungsgründe 228 und 229 der streitigen Entscheidung).

Die Vorab-Preismitteilungen zwischen *Dole Food* und *Chiquita* sowie zwischen *Dole Food* und *Weichert* waren geeignet, die Preisfestsetzung durch die Wirtschaftsteilnehmer zu beeinflussen, und betrafen die Festsetzung von Preisen und bildeten eine abgestimmte Verhaltensweise, die eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 81 EG (nun: Art 101 AEUV) bezweckte.

Abgrenzung des Verhaltenskartells zur (indirekten) Absprache: Eine indirekte oder mittelbare horizontale Absprache liegt vor, wenn ein Händler seine Endverkaufspreise oder sonstigen Kalkulationen seinem Vorlieferanten (oder dem nachgelagerten Händler oder sonst einem Dritten) "als Boten" und Informationsdrehscheibe bekannt gibt und dieser die Information an einen anderen Händler weiter gibt ("**Sternkartell**"; tripartite or "hub and spoke conspiracy"⁷⁰ oder "wheel conspiracy")⁷¹ – Unterscheide davon wiederum die (vertikale) Preisbindung zweiter Hand!

Beispiel für Sternkartell:

- "Bestpreis"-Absprachen von 2007 bis zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchungen in der *REWE-International*-Konzernzentrale in Wiener Neudorf im Februar 2012 bei Endverkaufspreisen zwischen *REWE* und Lieferanten betreffend: „Molkereiprodukte (insbesondere Käse), Bier (darunter auch die Sparte Almrader), Obst/Gemüse, Fleisch/Wurst, Geflügel/Eier, Nahrungsfette/Öle, Feinkost/Würzen/Convenience, Eis/Tiefkühlkost, Konserven/Fertig-/Fixprodukte, Grundnahrungsmittel, Frühstück-/Baby-/sonstige Spezialnahrung, Heißgetränke, Brot/Backwaren, Süßwaren/Dauerbackwaren, Wein/Sekt /Spirituosen/sonstige alkoholhaltige Getränke, Alkoholfreie Getränke, Tiernahrung, Waschmittel/-hilfsmittel, Putz-/Reinigungsmittel, Kosmetik/Körperpflege, Hygiene/Papier.“ Das Bußgeld betrug EUR 20,8 Mio.⁷² Ähnlich Fall *AFS*.⁷³

Beispiel für ein Verhaltenskartell:

⁷⁰ "Radnabe und Speiche"-Kartell; Sternkartell

⁷¹ Vgl Fall *Argos and Littlewoods v Office of Fair Trading*; Fall OLG Wien als KG 23. 1. 2013, 29 Kt 77/12, *Berglandmilch* Geldbuße 1,124 Mio (BWB-K-311, *Milch- und Molkereiprodukte Abstimmung der Endverkaufspreise durch Sternkartell*).

⁷² OLG Wien als KG 13. 5. 2013, (Geldbuße EUR 1 Mio für *REWE International Lager- und Transportgesellschaft*, EUR 6,6 Mio. für *Merkur* und EUR 13,2 Mio. Euro für *Billa*).

⁷³ OLG Wien als KG 7. 5. 2014, 29 Kt 27/14, Geldbuße EUR 225.000 gegen die *AFS Franchise-Systeme GmbH* wegen vertikalen Abstimmungen mit Bier- und Getränkeliieferanten.

- 15 Containerlinienreedereien (diese befördern Container per Schiff nach einem festen Fahrplan auf bestimmten Strecken, z. B. zwischen den Häfen Shanghai, Hongkong oder Singapur und den Häfen Rotterdam, Hamburg oder Southampton) gaben seit 2009 regelmäßig geplante Preiserhöhungen durch Pressemitteilungen auf ihren Websites und in der Fachpresse bekannt. Mehrmals jährlich kündigten sie den Betrag und den Termin der Erhöhungen an, die in der Regel zu einem ähnlichen Zeitpunkt vorgenommen werden. Dabei gab ein Unternehmen nach dem anderen wenige Wochen vor dem angekündigten Termin seine Pläne bekannt. Die EK hatte Bedenken, dass die Unternehmen einander auf diese Weise über geplante Preiserhöhungen informieren und den Wettbewerb dadurch beeinträchtigen könnten, dass sie höhere Preise auf dem Markt für Linienschiffahrtssdienste für die Containerbeförderung auf Strecken von und nach Europa durchsetzen, und leitete 2013 ein Verfahren ein,⁷⁴ das 2016 mit Verpflichtungserklärungen der Unternehmen beendet wurde.⁷⁵
- Ähnlich der Fall *T-Mobile Netherlands* (FN 66).

Unilaterale Verhaltensweisen sind aber nicht vom Kartellverbot erfasst (siehe aber Empfehlungskartell). Daher sind unilaterale Verhaltensweisen (nur) nach Art 102 AEUV, § 5 KartG zu prüfen (Marktmachtmissbrauch). Aber auch einseitige Handlungen sind dann von Art 101 AEUV erfasst, wenn sich die Maßnahme in ein bestehendes Vertragsverhältnis einordnen lässt.

d) Empfehlungskartell

§ 1 Abs 4 KartG subsidiär zu § 1 Abs 1 KartG; **fehlt im Art 101 AEUV**, ist aber als strengere nationale Regelung ausdr lt Art 3 Abs 2 VO 1/2003 zulässig (allerdings wird in der Praxis das EU-Kartellrecht so streng angewendet, dass – nicht völlig unverbindliche – Empfehlungen auch nach EU-Kartellrecht als verboten angesehen werden).

Ein Empfehlungskartell ist eine Preis- oder Kalkulationsempfehlung, durch die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, so nicht ausdr auf die Unverbindlichkeit hingewiesen wird und auch kein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck zur Durchsetzung ausgeübt wird (erlaubte non-binding recommendation⁷⁶).

Beispiele:

- "unverbindlich empfohlener, nicht kartellierter Richtpreis".
- Aber Druckausübung (zB mündliche Drohung mit schlechteren Konditionen oder Kündigung) ist unzulässig.⁷⁷

Verbotener „wirtschaftlichen Druck“ ist nur bei einer gewissen Mindestspürbarkeit gegeben, was bei Gewährung eines „Wertsicherungsbonus“ von bloß 1,5%, wenn die „unverbindlich empfohlenen Verkaufspreise“ umgesetzt werden, noch nicht der Fall ist.⁷⁸

Je größer das Machtgefälle in einer Lieferkette ist, desto „zurückhaltender“ kann sich der drohende Lieferant hinsichtlich der Preisgestaltung äußern, ohne den Effekt sei-

⁷⁴ EK 22. 11. 2013, IP/13/1144, *Containerlinienreedereien*.

⁷⁵ Pressemitteilung EK 16. 2. 2016, IP/16/317, Fall 39850,

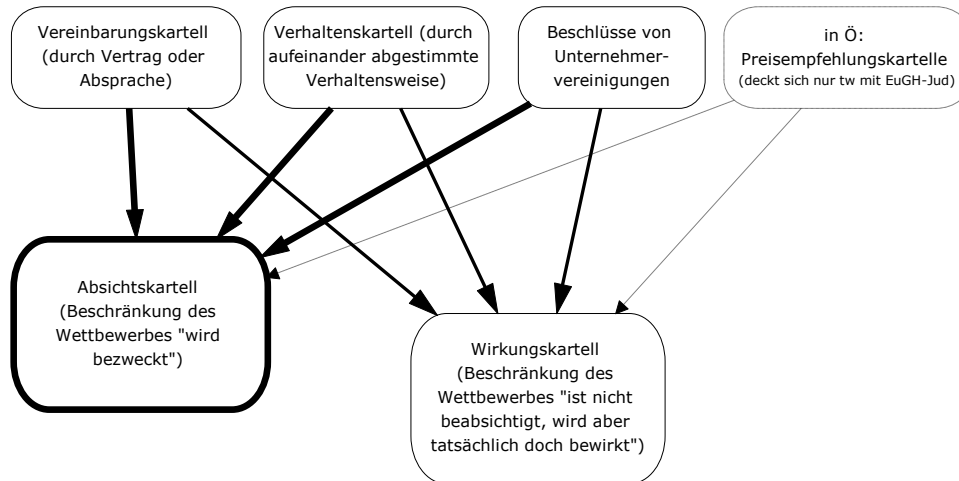
⁷⁶ OLG Wien als KG 2.2.2005, 25 Kt 542/04-7 (25 Kt 576/04): Eine Empfehlung kann auch in konkludenter Weise erfolgen, so auch durch bloße Tatsachenmitteilungen, sofern dies nicht nur der Information der Adressaten dienen.

⁷⁷ BKartA 20. 8. 2012 (Geldbuße EUR 8,2 Mio gegen *TTS Tooltechnic Systems Deutschland GmbH* als Hersteller von Elektrowerkzeugen "Festool").

⁷⁸ OGH als KOG 5. 3. 2013, 16 Ok 1/13, *kein ausreichender Verdacht für Hausdurchsuchung wegen vertikaler Preisabsprachen im LEH*.

ner Drohung aus der Sicht des Erklärungsempfängers (Detailhändlers) zu schmälern.⁷⁹

Die Empfehlung erscheint **prima vista** als **unilaterales** Verhalten; daher ist eine saubere Abgrenzung zum Missbrauch (6. Doppelstunde) schwierig; nach Ansicht der EK läuft eine unilaterale Preisempfehlung meist auf eine unzulässige vereinbarte Preisbindung hinaus,⁸⁰ so dass **im Endeffekt nur wenig Unterschied zum Unionsrecht** besteht.



B. Einteilung nach dem Inhalt

Der Beispielskatalog in Art 101 Abs 1 lit a–e AEUV (= Art 53 EWR-Vertrag = § 1 Abs 2 Z 1-5 KartG) ist nicht abschließend (nicht taxativ).

In den meisten Ländern finden sich vier Kategorien von Verhaltensweisen, die als typische Erscheinungsformen von "**Hard-core-Kartellen**" ("Kernbeschränkungen") zu sehen sind (die hard core restrictions werden am strengsten verfolgt, hohe Geldbußen):⁸¹

- Preisbindungen (price fixing)
- Gebietskartelle und sonstige Kundenaufteilung (market allocation)
- Absatzbeschränkungen (output restrictions)
- Absprachen bei Vergabeverfahren, "Submissionskartell" (bid rigging), Beispiel: "Schienenfreundekartell" (4. Doppelstunde)

In einigen Ländern gelten Absatzquotenabsprachen und Absprachen bei Vergabeverfahren manchmal als Unterfälle von Preisbindungen und/oder Gebietskartellen, da sie

⁷⁹ OLG Düsseldorf 18. 9. 2019, VI-U(Kart) 3/19, vertikale Preisbindung zweiter Hand im Möbelhandel.

⁸⁰ Vgl Rn 48 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen (2010); so auch Art 4 lit a Satzteil 2 der vertGVO.

⁸¹ *International Competition Network Working Group on Cartels*, Building Blocks for effective Anti-Cartel Regimes Vol 1. Part 1: Defining Hard Core Cartel Conduct [2005], 10. Ähnlich: *OECD Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* adopted on March 25, 1998: "A 'hard core cartel' is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce. The hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realisation of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country's own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws. However, all exclusions and authorisations of what would otherwise be hard core cartels should be transparent and should be reviewed periodically to assess whether they are both necessary and no broader than necessary to achieve their overriding policy objectives."

zur Auswirkung haben, die Preisgestaltung von Angeboten zu beeinträchtigen (etwa durch Senkung der Produktion) oder bestimmte Verträge oder Marktanteile unter den Mitbewerbern festzusetzen oder aufzuteilen.⁸²

Besonderheit in Österreich: Bid rigging (Submissionskartell) wird zusätzlich strafgerichtlich verfolgt! Siehe 4. Doppelstunde.

Das Gegenstück zum Bid rigging wäre die einseitige *Bevorzugung eines Bieters durch die ausschreibende Stelle* ("Günstlingswirtschaft und Korruption" nicht nur im öffentlichen Bereich), was durch verwaltungsrechtliche Vergabebestimmungen (Vergabebegehren) und strafrechtliche Antikorruptionsbestimmungen (Strafgesetzbuch iVm Beamtendienstrecht) eingeschränkt werden soll (diese beiden Rechtsbereiche sind nicht Thema der Vorlesung).

a) Preisbindungen, Preisabsprachen (price fixing)

Preisbindung erster Hand (horizontal)

Anmerkung: Gegen den Vorwurf unzulässigerweise abgestimmter Preise kommt vom beschuldigten Unternehmen oft das Gegenargument, die Preise seien zulässigerweise in Reaktion auf das Marktverhalten der Mitbewerber angeglichen worden (das Gegenteil ist – außer bei nachgewiesenen Meetings und Absprachen – schwer für die Behörde beweisbar, vgl oben bei FN 61). Je transparenter der Markt, zB Preisauszeichnung von mehreren Tankstellen, die innerhalb eines Dorfes in Sichtweite liegen, umso eher kann das so sein. Sonst folgen die Preise idR der Kostenentwicklung.

Beispiele:

Preisabsprachen österreichischer Banken (*Lombard-Club*);⁸³

Bankenkartell für Kartell im Devisenkassahandel⁸⁴

Liftkartell/Aufzugs- und Fahrtreppenkartell (EK,⁸⁵ BWB⁸⁶): sowohl horizontale Preisabsprachen als auch Kundenaufteilung

Mindestpreisfestlegung durch Verband von Wirtschaftsteilnehmern des gewerblichen Güterkraftverkehrs (Mindestbetriebskosten)⁸⁷

⁸² ICC Discussion Paper Document n° 225/577 [27 June 2002]: "Hard core cartels are:

- the types of cartel activities that are clearly anti-competitive and may appropriately be targeted by the most severe sanctions; and
- the types of cartel activities which may appropriately be the subject of the sharing of confidential information between international antitrust enforcers.

[...] In Draft BIAC Talking Points dated 07/02/2001 to the OECD CLP WP3 Roundtable on Information Sharing in Cartel Cases, BIAC noted that the business community has differing views on the definition of a hard core cartel based on the fact that different jurisdictions have different laws which govern activities that may be considered hard core cartel behaviour in one jurisdiction and not another."

⁸³ EK 11. 6. 2002, *Lombard-Club*: Bestraft wurden *Erste Bank, Bank Austria, Raiffeisen Zentralbank Österreich (RZB), BAWAG, P.S.K., Volksbanken AG, NÖ Landesbank-Hypothekenbank sowie Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien*. Sie müssen zusammen ein Bußgeld von insgesamt EUR 124,26 Mio entrichten. Im Rahmen eines im höchsten Maße institutionalisierten Preisfestsetzungssystems trafen sich die Generaldirektoren der Banken jeden Monat – mit Ausnahme des Urlaubsmonats August – als so genannter "Lombard-Club". Dabei sind die Einlagenzinssätze, die Kreditzinsen und sonstigen Sätze festgelegt worden. So habe einer der "Gastgeber" des Lombard-Kartells ganz offiziell die Teilnehmer mit den Worten begrüßt: "Der bankenübergreifende Erfahrungsaustausch über Konditionen hat sich in der Vergangenheit immer wieder als nützliches Instrument zur Vermeidung eines unkontrollierten Preiswettbewerbs erwiesen." Aus den beschlagnahmten Dokumenten geht hervor, dass sich die Banken der kartellrechtlichen Auswirkungen ihres Verhaltens bewusst waren. Die Geldbuße wurde von EuG 14. 12. 2006, T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 geringfügig herabgesetzt; letzteres bestätigt vom EuGH 24. 9. 2009, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P.

⁸⁴ In zwei Vergleichsbeschlüssen hat die EK gegen fünf Banken (*Barclays, RBS, Citigroup, JPMorgan und MUFG*) Geldbußen iHv EUR 1,07 Mrd wegen der Beteiligung an zwei Kartellen verhängt, die sich auf den Devisenkassamarkt für die folgenden 11 Währungen bezogen: Euro, Pfund Sterling, japanischer Yen, Schweizer Franken, US-, kanadischer, neuseeländischer und australischer Dollar sowie dänische, schwedische und norwegische Krone.; EK 16. 5. 2019, IP/19/2568.

⁸⁵ EK 21. 2. 2007, C (2007) 512 final COMP/E-1/38.823, *Aufzüge und Fahrtreppen*; bestätigt von Ger 13. 7. 2011, T-138/07 und EuGH 18. 7. 2013, C-501/11P, *Schindler ua*.

⁸⁶ OGH als KOG 8. 10. 2009, 16 Ok 5/08, *Otis, Kone, Schindler, Haushahn, Doppelmayr* – straflos blieb der erste Kronzeuge *ThyssenKrupp*.

⁸⁷ EuGH 4. 9. 2014, C-184-187, 194, 195, 208/13, *Anonima Petroli Italiana (API)*.

Auch selbstlernende Preisalgorithmen und Dynamic Pricing unter Nutzung von Artificial Intelligence können kartellrechtlich relevante (verbotene) Verhaltensweisen sein.⁸⁸

Preisbindung zweiter Hand⁸⁹ (vertikal), Resale price maintenance, ist eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen einem Lieferanten und einem Händler mit dem Ziel, unmittelbar oder mittelbar Fest- oder Mindestpreise (bzw. -preisniveaus) festzulegen, die vom Händler beim Weiterverkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung an seine Kunden einzuhalten sind. Dies wird iA als Kernbeschränkung betrachtet.

Im Falle von Vertragsbestimmungen oder abgestimmten Verhaltensweisen, bei denen der Wiederverkaufspreis direkt festgesetzt wird, ist die Beschränkung eindeutig. Allerdings kann die Preisbindung der zweiten Hand auch auf indirektem Wege erreicht werden, zB durch Festlegung der Handelsspanne oder des maximalen Preisnachlasses, den der Händler auf ein vorgeschriebenes Preisniveau gewähren darf, durch Bindung der Rabatte oder der Erstattung von Verkaufsförderungskosten durch den Lieferanten an die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus, durch Verknüpfung des vorgeschriebenen Wiederverkaufspreises an die Wiederverkaufspreise von Wettbewerbern oder durch Drohungen, Warnungen oder sogar Sanktionen gegen einen Händler, der ein bestimmtes Preisniveau nicht einhält (zB Strafen, Verzögerung oder Einstellung der Lieferungen oder Kündigung von Verträgen). Erlaubt wären (nur) tatsächlich "unverbindlich empfohlene Verkaufspreise – UVP" (nicht aber "vereinbarte UVP", weil sie dann offenbar doch nicht unverbindlich sind).

Im Zeitraum 2013–2017 entfielen auf Antrag der BWB allein 43 Urteile (von insg 61) auf RPM-Sachverhalte.⁹⁰

All dies gilt auch bei Franchise-Systemen; problematisch ist dort insb die überregionale (von der Zentrale veranlasste) Werbung mit bestimmten Preisen, wo doch der einzelne Händler in der Preisgestaltung frei sein sollte.

In Deutschland wurde dazu entschieden, dass die Hersteller-Preiswerbung – trotz faktischer Bindung – im Rahmen zeitlich begrenzter Verkaufsförderaktion mangels spürbarer Beeinträchtigung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner kartellrechtlich zulässig sei.⁹¹ Allerdings ist nicht gesichert, dass in Österreich diese Entscheidung angewendet werden wird, weil die BWB – zwar rechtlich unverbindlich, aber doch sehr klar und vehement – eine viel strengere Ansicht vertritt: "Der Aktionsverkaufspreis muss aber vom Handel festgelegt werden und darf nicht abgestimmt oder vereinbart werden".⁹²

Bspw verhängte auf Antrag der BWB das OLG Wien⁹³ eine Geldbuße in iHv EUR

⁸⁸ Beispiele bei *Marcus Becka*, Preisabsprachen zwischen selbstlernenden Preisalgorithmen, ÖZK 2019, 9.

⁸⁹ Dazu instruktiv OGH 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09: "Die hL geht davon aus, dass [...] auch bestimmte vertikale Beschränkungen, wie zB Vereinbarungen mit absolutem Gebietsschutz, die auf die Abschottung nationaler Märkte abzielen, oder Einschränkungen der Preisbildungsfreiheit, als Kernbeschränkungen gelten, die Art 101 AEUV, auch dann unterliegen, wenn schädliche Marktwirkungen nicht nachweisbar sind (vgl *Eilmannsberger* in *Streinz* EUV/EGV Art 81 EG Rz 39 und 150 ff). So gelten Preisbindungen der zweiten Hand, bei denen der Abnehmer und Weiterverkäufer sich gegenüber dem Lieferanten verpflichtet, in Verträgen mit den eigenen Abnehmern bestimmte Preise zu verlangen, unabhängig von der Feststellung ihrer Marktwirkung als verboten (*Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art 81 EG Rn 347; *Bechtold/Brinker/Posch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art 81 EG Rz 81 und 83). Auch die Verordnung (EG) Nr 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (VertGVO) schließt in Erwägungsgrund 10 und Art 4 ua Vereinbarungen, die die Beschränkung der Möglichkeiten des Käufers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, und Beschränkungen des Gebiets oder des Kundenkreises beinhalten, von der generellen Freistellung aus. Letztlich geht auch die in diesem Zusammenhang ergangene Mitteilung der Kommission - Leitlinien für vertikale Beschränkungen (LLVert) - in ihrem Erwägungsgrund 10 davon aus, dass bei Vorliegen von Kernbeschränkungen das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV grundsätzlich anzuwenden ist.

⁹⁰ *Wollmann*, Im Fokus: Vertikale Online-Preisbeschränkungen, WuW 2018, 497.

⁹¹ BGH 8. 4. 2003, KZR 3/02, *Duplo-Schokoriegel beworben mit: "1 Riegel extra"*.

⁹² BWB Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen, Juli 2014, Seite 14.

⁹³ OLG Wien als KG, 11. 4. 2019, 25 Kt 1/19p. *Anker*.

210.000 gegen *Anker Snack & Coffee Gastronomiebetriebs GmbH* wegen einer von Jänner 2006 bis August 2017 fortgesetzten Zuwiderhandlung in Form von vertikalen Abstimmungsmaßnahmen über Wiederverkaufspreise (iSv Mindest- und Fixpreisen) mit Franchisenehmern in Bezug auf die von diesen vertriebenen Produkte (insb Backwaren, Imbisse und Getränke inkl Kaffee) durch die zentrale Steuerung des von ihren Franchisenehmern verwendeten Kassensystems durch die *Anker Snack & Coffee Gastronomiebetriebs GmbH*.

Die BWB veröffentlichte am 31.7.2014 einen rechtlich nicht verbindlichen Leitfaden ("Standpunkt der BWB") über vertikale Vereinbarungen.⁹⁴

Beispiele für Preisbindung zweiter Hand:

- Preispflegesystem (vertikale Preisabsprachen von 2009–2012) von *Philips Austria* mit dem Fachhandel im Bereich Consumer Lifestyle Products (zB Küchengeräte, Körperpflegegeräte)⁹⁵
- *REWE*⁹⁶
- *KTM Fahrrad GmbH*:⁹⁷ KTM forderte 2012–2013 Händler auf, bestimmte Rabattobergrenzen für bestimmte Zeiträume einzuhalten, bestimmte im Laufen befindliche Aktionen mit höheren Rabatten zu beenden und *KTM*-Bikes von allgemeinen Rabattaktionen auszunehmen. Dabei wurde nicht ausdrücklich auf die Unverbindlichkeit der "Empfehlungen" hingewiesen und *KTM* versuchte, diese gegenüber den Händlern durchzusetzen. Für den Fall der Nichteinhaltung wurden wirtschaftliche Retorsionsmaßnahmen bis hin zu Vertragskündigungen und Nichtbelieferung angedroht.
- Die EK⁹⁸ hat 2018 (seit 15 Jahren erstmals in einem RPM-Fall) Geldbußen gegen die Elektronikhersteller *Asus*, *Denon* & *Marantz*, *Philips* und *Pioneer* verhängt, die ihren Online-Einzelhändlern Fest- oder Mindestpreise für den Wiederverkauf ihrer Produkte vorgegeben haben. Die vier Hersteller schalteten sich besonders bei Online-Einzelhändlern ein, die ihre Produkte zu niedrigen Preisen anboten. Wenn sich diese Einzelhändler nicht an die von den Herstellern verlangten Preise hielten, sahen sie sich mit Drohungen oder Sanktionen konfrontiert, wie etwa einem Belieferungsstopp. Viele Online-Einzelhändler, auch die größten, setzen **Preisalgorithmen** ein, durch die ihre Einzelhandelspreise automatisch an die Preise der Wettbewerber angepasst werden. Daher wirkten sich die Beschränkungen für die Online-Einzelhändler des Niedrigpreissegments auf die gesamten Online-Preise für die jeweiligen Elektronikprodukte aus.
 - *Berglandmilch (Milch und Molkereiprodukte)*⁹⁹
 - *Dämmstoffbranche*¹⁰⁰
 - *Vorarlberger Mühlen- und Mischfutterwerke GmbH*¹⁰¹
 - *Emmi Österreich GmbH*¹⁰²
 - *Rieder Bier*¹⁰³
 - *Vöslauer Mineralwasser*¹⁰⁴

⁹⁴ Dazu *Erharter/Harsdorf/Xeniadis*, Vertikale Preisbindung: Kein Graubereich, ÖZK 2015, 3.

⁹⁵ OLG Wien als KG 26. 3. 2013, 29 Kt 26/13 (Geldbuße EUR 2,9 Mio; Rechtsmittelverzicht); Verfahrenseinstellung aufgrund von Beschwerden von Online-Händlern.

⁹⁶ Siehe FN 72.

⁹⁷ OLG Wien als KG 9. 9. 2015, 29 Kt 6/15-14, *KTM*, rk: Geldbuße EUR 112.000,-.

⁹⁸ EK 24. 7. 2018, IP/18/4601. Die Geldbußen in Höhe von insgesamt über 111 Mio EUR wurden in allen vier Fällen aufgrund der Zusammenarbeit der Unternehmen mit der EK ermäßigt.

⁹⁹ OLG Wien als KG 23. 1. 2013, 29 Kt 77/12, *Berglandmilch Geldbuße EUR 1,125 Mio*

¹⁰⁰ Geldbuße zunächst gegen 3 Baumärkte OLG Wien als KG (Juli bis November 2012); später: OLG Wien als KG 14. 1. 2013, 27 Kt 75, 76, 77/12, Geldbußen gegen Hersteller *Steinbacher* und OLG Wien als KG 5. 11. 2012, 27 Kt 57/12, Baustoffhändler *Bauhaus*. OLG Wien als KG 13. 5. 2013, 27 Kt 32/13, *bauMax AG (Geldbuße EUR 90.000,-)*.

¹⁰¹ OLG Wien als KG 3. 9. 2013, 29 Kt 80/13, *Vorarlberger Mühlen- und Mischfutterwerke GmbH*, Geldbuße EUR 58.500,- (Rechtsmittelverzicht).

¹⁰² OLG Wien als KG 7. 10. 2013, 26 Kt 15/13, *Emmi vertikale Abstimmung von Endverkaufspreisen bestimmter Molkereiprodukte mit dem Lebensmitteleinzelhandel (Rechtsmittelverzicht)*.

¹⁰³ OLG Wien als KG 15.10.2013, 26 Kt 104/13, *Brauerei Ried e. Gen.*

Grundsätzlich:

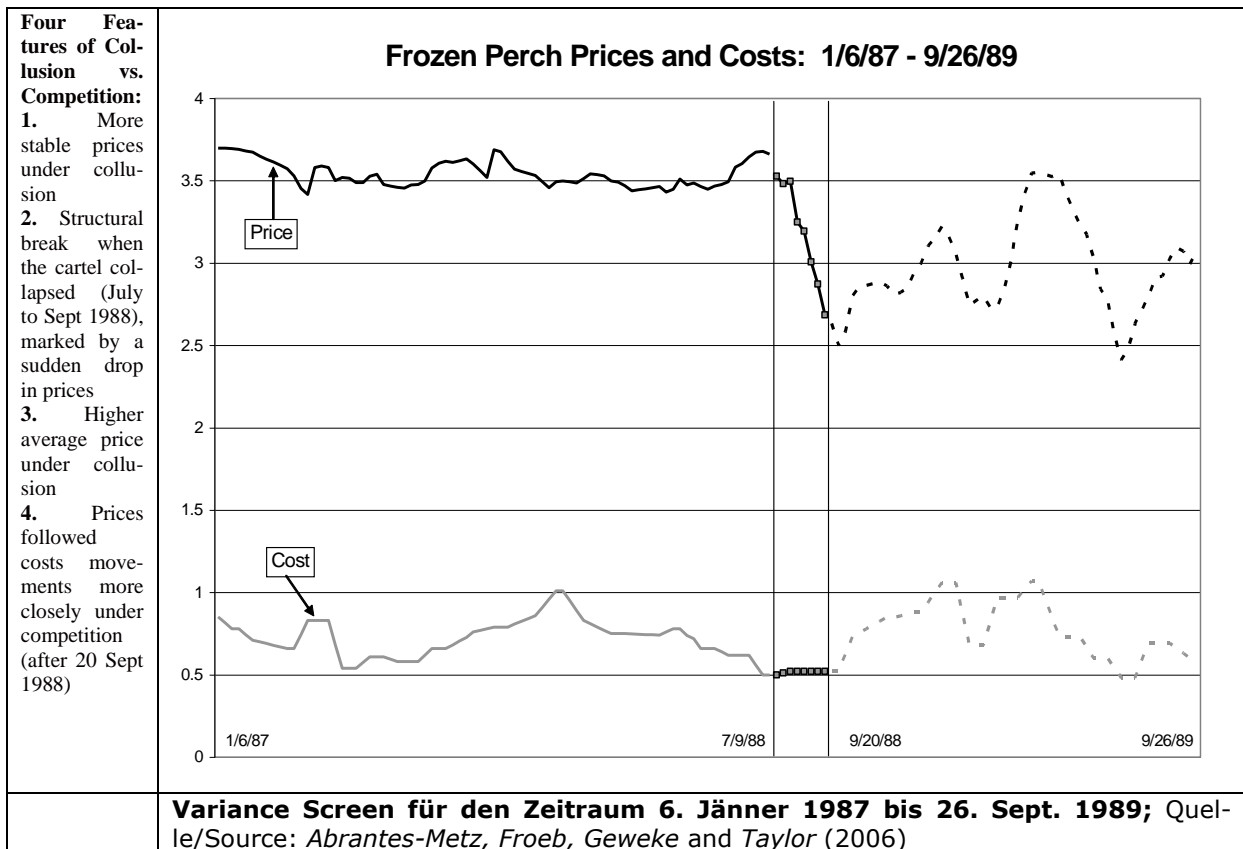
Nach der Lebenserfahrung liegen die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise höher als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise.¹⁰⁵

So auch § 37c Abs 2 KartG (Näheres siehe 4. Doppelstunde):

Es wird vermutet, dass ein Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden verursacht. Diese Vermutung kann widerlegt werden.

Beispiel:

- Preisentwicklung während eines (horizontalen) Kartells und sodann unter Wettbewerbsbedingungen nach dessen Beendigung:¹⁰⁶



Hinweis: Immer häufiger setzen Wettbewerbsbehörden Software ein, um Kartelle aufzudecken („computational approach“), nämlich softwaregestützte Screeningverfahren wie die russische „Big Digital Cat“ oder die dänische „BidViewer“.¹⁰⁷

¹⁰⁴ OLG Wien als KG 3. 3. 2015, 25 Kt 76/14, *Vöslauer Mineralwasser AG* Geldbuße EUR 653.775,- (rechtskräftig) wegen vertikalen Abstimmungen mit dem Lebensmitteleinzelhandel durch Einflussnahme auf Endverkaufspreise (Kurantpreise und insbesondere die Aktionspreise des Lebensmitteleinzelhandels) bestimmter nichtalkoholischer Getränke, insbesondere Mineralwasser, im Zeitraum Jänner 2007 bis Dezember 2012.

¹⁰⁵ So ausdr in Deutschland der BGH 28. 6. 2005, KRB 2/05, *Berliner Transportbeton I*, WuW 2005, 1257, Punkt 2 (aa).

¹⁰⁶ Quelle: Abrantes-Metz, Froeb, Geweke and Taylor (2006).

Beispiel: Die BWB leitete am 21. 3. 2022 iZm dem Ukraine-Krieg eine Branchenuntersuchung im österreichischen Markt für Kraftstoffe gemäß § 2 Abs 1 Z 3 WettbG ein. Die Ergebnisse zeigen, dass der Preisanstieg an den Tankstellen teilweise auf gestiegene internationale Preisnotierungen zurückzuführen ist. Gleichzeitig finden sich allerdings seit Beginn des Krieges auch deutlich höhere Bruttomargen bei den Raffinerien (Brutoraffinierungsmargen) der Mineralölkonzerne, sowie im März höhere Bruttomargen bei Tankstellen. Der aus dem Anstieg der Rohölpreise **nicht erklärbarere stärkere Anstieg der Preise** (Entkoppelung) an den Tankstellen von Diesel und Benzin führte über diesen Zeitraum zu einer **Verdreifachung der Brutoraffinierungsmargen**. Allerdings kam die BWB zum Schluss, dass sich aus dieser Branchenuntersuchung keine gerichtsfesten Hinweise auf Kartellierung oder Marktmachtmissbrauch ergeben.¹⁰⁸

Umgekehrt kann es aber auch nach Aufdeckung eines Kartells zu Nachwirkungen (also gerade keine Preissenkung) kommen.¹⁰⁹

Zum Nachweis (oder zur Bestreitung) wettbewerbsbeschränkender Absprachen oder Effekte soll das faktische (angeblich wettbewerbsbeschränkende) Verhalten einem hypothetischen, also kontrafaktischen (wettbewerbsrechtskonformen) Ablauf gegenübergestellt werden.¹¹⁰ Bei dieser hypothetischen Übung dürfen aber keine völlig irrationalen Idealvorstellungen herangezogen werden.¹¹¹

Beispiel: Nach Aufdeckung des Lkw-Kartells¹¹² begutachtete¹¹³ EE&MC 2018, dass die kartellbetroffenen Einkaufspreise im deutschen 2017-Datenpool zwischen 12%-28% überhöht gewesen seien. Die jeweilige kartellbedingte Preisüberhöhung ist abhängig vom Hersteller, dem individuellen Einkaufsverhalten, dem Gewicht bzw von weiteren Produktmerkmalen; EE&MC erstellte folgendes Diagramm:

¹⁰⁷ Johannes Kruse, „Computational antitrust“: Computergestützte Ansätze für die kartellbehördliche Praxis, WuW 2023, 13.

¹⁰⁸ BWB, Branchenuntersuchung, https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Bericht_BU_Kraftstoffe_2022_final.pdf.

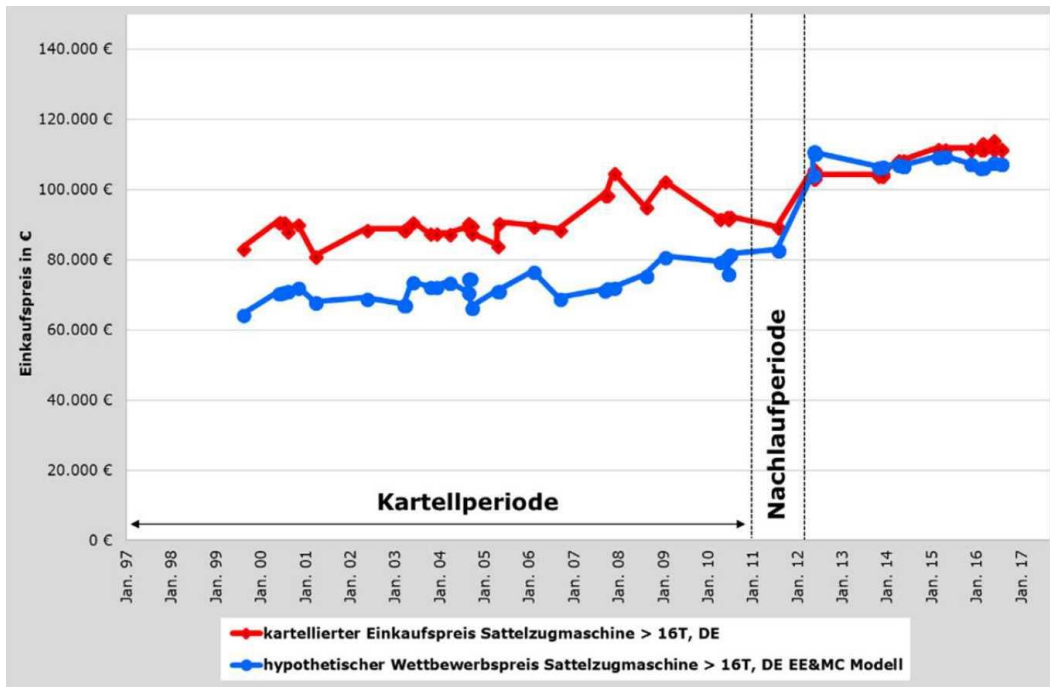
¹⁰⁹ Inderst/Jakubovic, Nachwirkungen von Kartellen, WuW 2013, 5.

¹¹⁰ EK 2004 Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag, Rn 17: "Ob eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt, bestimmt sich nach den tatsächlichen Wettbewerbsgegebenheiten, die bestünden, wenn die Vereinbarung mit ihren vermuteten Beschränkungen nicht praktiziert würde" unter Berufung auf EuGH 1966 Rs 56/65, *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*: "The competition in question must be understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute. In particular it may be doubted whether there is an interference with competition if the said agreement seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking."

¹¹¹ Ein solcher Idealsachverhalt "either could have been done, might have been done, or was ever even contemplated as something which could or might have been done, appears to us to represent a triumph of theory over commercial reality and to ignore the evidence of the events leading up to the agreement" und wurde daher mit diesen Worten vom Competition Appeal Tribunal (CAT) 2. 8. 2005, Case 1035/1/1/04, *Racecourse Assoc v Office of Fair Trading*, verworfen.

¹¹² Siehe FN 164.

¹¹³ https://www.ee-mc.de/fileadmin/user_upload/ccr_de/20180528_CCR_Mai_2018_LKW-Kartell_deutsch.pdf (abgefragt 30.5.2018).



b) Konditionenkartell

Vereinbarungen über Konditionen, wie Rabattstaffel (Rabattkartell), Skonti, einheitliche AGB usw.

c) Einschränkung der Erzeugung/des Absatzes durch Quoten (Quotenkartell)

Beispiel: Zementkartell (historisch, war damals legal)

5.5 Zur Zeit der Unterfertigung des vorliegenden Vertragstextes bestehen folgende Arbeitsansprüche:

Zementwerk Leube	9,314 %
Gmundner Zementwerke	8,779 %
Kirchdorfer Zementwerk	5,752 %
Zementwerk Eiberg	7,537 %
Vorarlberger Zementwerke	3,608 %
Perlmooser Zementwerke	45,160 %
Schretter & Cie.	3,571 %
Waltersdorfer & Peggauer Zementwerke	12,147 %
Wopfinger Stein- und Kalkwerke	4,132 %
	100,000 %

Das Zementkartell war in Österreich 1973-1995 genehmigt.¹¹⁴

¹¹⁴ Kartellvertrag der Zementindustrie, K 27 des Kartellregisters, gelöscht zu 4 Kt 1300/94. Zum Verdacht, dass es auch aktuelle Kartellrechtsverstöße der Zementhersteller gäbe, findet die BWB keine Nachweise (BWB-Bericht Februar 2012).

d) Preismeldestelle statt "Geheimwettbewerb"

Einerseits: Transparenz erleichtert den Marktteilnehmern die Reaktion¹¹⁵ und den New Entrants überhaupt erst die Teilnahme am Wettbewerb; dies sind uU Vorteile f Abnehmer, die abzuwägen sind.¹¹⁶

Andererseits: Nach der Rechtsprechung des EuGH¹¹⁷ kann - insbesondere auf einem auf einem konzentrierten oligopolistischen Markt - der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen, wenn er den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt. Umgekehrt wertet der EuGH die Zersplitterung des Angebots als positives Indiz, das gegen eine erhöhte Markttransparenz bei Informationsaustausch spricht.¹¹⁸ Nur **Geheimwettbewerb** ermöglicht jedem Marktteilnehmer, autonom zu reagieren (Selbständigkeitspostulat) und durch Preissenkungen Wettbewerbsvorteile (Zugewinn eines Marktanteils) zu erreichen. Entscheidend ist, ob auf dem zu beurteilenden Markt eine Markttransparenz geschaffen wird, die zu einer **Reaktionsverbundenheit** führt.¹¹⁹

Beispiel:

- "Traktor"-Fall:¹²⁰ Die wichtigsten Traktorenhersteller (Marktanteil gemeinsam 87%) tauschten regelmäßig alle wesentlichen Informationen (Zulassungsdaten) aus. Maßgeblich war oligopolistische Marktstruktur, Detailgrad und Aktualität der ausgetauschten Daten sowie Identifizierbarkeit der Marktteilnehmer.

Ausgewählte Kriterien zur Bewertung eines Informationsaustauschs:¹²¹ (meines Erachtens durchaus kritikabel)

	Eher prokompetitiv	Eher antikompetitiv
Zeitbezug	Vergangenes Verhalten	zukünftiges Verhalten
Zielgruppe	Verbraucher (öffentlich)	Unternehmen
Grad der Bindung	Bindung gegenüber Verbraucher	keine Bindung
Überprüfbarkeit	überprüfbar	nicht überprüfbar
Aggregationsgrad	aggregierte Daten	Individualdaten
Neuigkeit	neue Informationen	alte Informationen

Auch ein einziges Treffen mit Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen ist schon verboten (und es gilt die – schwer widerlegliche – Vermutung, dass die erhaltene Infor-

¹¹⁵ Voet van Vormizeele, Möglichkeiten und Grenzen von Benchmarking nach europäischem und deutschem Kartellrecht, WuW 2009, 143.

¹¹⁶ EuGH 23. 11. 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*, Rn 55. Vgl Karenfort, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, WuW 2008, 1154.

¹¹⁷ EuGH (FN 66) Rz 35 mwN.

¹¹⁸ EuGH 2. 10. 2003, C-194/99p, *Thyssen/Kommision (Europäische Trägerhersteller*, Rz 84 mwN). Dazu *Wagner-von Papp*, Marktinformationsverfahren [Nomos 2004]; *Tugendreich*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren [Nomos 2004].

¹¹⁹ *Ausf Dreher/Hoffmann*, Kartellrechtsverstöße durch Informationsaustausch? WuW 2011, 1181; *Ulrich Edelmann*, Der Informationsaustausch zwischen Mitbewerbern, Wbl 2013, 665.

¹²⁰ Kommission 17. 2. 1992, 92/157/EWG, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, bestätigt vom EuG 27. 10. 1994, T-35/92, *John Deere*; bestätigt vom EuGH 28. 5. 1998, C-7/95P, *John Deere*. So auch Leitlinien 2010 der EK über horizontale Zusammenarbeit Rz 86.

¹²¹ *Dewenter/Löw*, Kommunikation zwischen Unternehmen als kollusives Instrument: eine ökonomische Betrachtung, NZKart 2015, 458 (464) in Anlehnung an Swedish Competition Authority: The Pros and Cons of Information Sharing (2006).

mation auch wettbewerblich genutzt¹²² wurde, so dass idR ein abgestimmtes Marktverhalten unterstellt wird).¹²³

Im Fall *Dole* wurde für den Austausch von marktrelevanten Informationen sogar als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (infringement by object) qualifiziert.¹²⁴ Daher ist die Praxis, Preislisten nicht nur an Kunden, sondern auch an Mitbewerber zu senden, idR unzulässig. Es kann auch problematisch sein, öffentliche Aussagen zur Unternehmensstrategie (insb im Gefolge der Bekanntmachung eines Mitbewerbers) zu treffen.¹²⁵
Beispiel: Kartellverfahren gegen 15 Containerlinienreedereien¹²⁶

Problematisch sind:¹²⁷

- Wrackbörse im Kfz-Versicherungsbereich
- Eurotax-Liste im Kfz-Bereich
- "Platts" (Pressedienst Rotterdamer Produktenbörse bei Mineralölprodukten)
- Strombörsen
- LIBOR

Keine Preismeldestelle liegt hingegen vor bei einem Auskunftsregister über Zahlungsfähigkeit der Kunden.¹²⁸

Die Preistransparenzdatenbank (www.spritpreisrechnet.at) über Treibstoffpreise an Tankstellen wird aufgrund des Preistransparenzgesetzes¹²⁹ von der E-Control betrieben und im Internet als Spritpreisrechner veröffentlicht (und ist daher nach österr Kartellrecht legal, obwohl die Kommissionsleitlinien¹³⁰ in solchen Fällen eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sehen würden).

Internet-Vergleichsportale liefern letztlich auch Preisinformationen, die eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Anbietern unter dem Aspekt der Beschränkung des Geheimwettbewerbs sein oder bewirken können. Hier könnte uU je nach Sachverhaltsvariante ein verbotener Hub&Spoke-Austausch vorliegen oder eine erlaubte allgemeine ("öffentliche") Information.¹³¹

e) Marktaufteilung nach Gebieten ("Gebietskartelle") oder Kundenkreisen:

Beispiele:

¹²² Dabei ist für die Tatbestandserfüllung irrelevant, ob Endkunden geschädigt wurden oder nicht.

¹²³ EuGH FN 66.

¹²⁴ EuGH 19. 3. 2015, C-286/13P, *Dole Food (Bananas)*: The information exchanged related to, among others, competitors' own quotation prices, price trends and views on weather conditions. The pre-pricing information was found to reduce uncertainty because market trends, indications of developments and in some transactions actual prices could be inferred.

¹²⁵ *Moritz Lorenz*, Die kartellrechtlichen Grenzen für öffentliche Aussagen zur Unternehmensstrategie, WM 2012, 1113.

¹²⁶ EK FN 74.

¹²⁷ So tw *Wejwoda*, Tätigkeitsbericht der Wettbewerbskommission 2010, Punkt 2.4.

¹²⁸ EuGH 23. 11. 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax/Ausbanc*.

¹²⁹ Bundesgesetz über die Transparenz von Preisen für Erdöl, Mineralölerzeugnisse, Gas, Strom und Arzneimittel sowie der Preisauszeichnungsvorschriften (Preistransparenzgesetz). Vom VfGH weitgehend bestätigt (VfGH 6. 12. 2012, V 24/12).

¹³⁰ EK Horizontalleitlinien 2010 Rz 109.

¹³¹ *Dietmar Fiebig*, Internet-Vergleichsportale und Kartellrecht, WuW 2013, 812 (819-821).

- Fall *Volkswagen*¹³²

BMW verwendete hierauf die Klausel: "Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW-Fahrzeuge und Original-BMW-Teile an Abnehmer in Länder außerhalb des EWR zu liefern, noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten". Diese Klausel ist aus Sicht des EU-Wettbewerbsrechts nicht zu beanstanden, weil sie nur außerhalb des EWR wirkt. Aber aus Sicht der Schweiz (kein EWR-Staat) war diese Klausel doch eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung.¹³³

- Ähnlich: *Peugeot*: die Behinderung von Neuwagenexporten von den Niederlanden in andere Mitgliedstaaten im Zeitraum von 1997 bis 2003.¹³⁴ Durch die Verhinderung dieser Exporte beging *Peugeot* einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Geschäftspraktiken (Art 101 AEUV).
- Industriechemikalienkartell:¹³⁵ "Stammkunden" des anderen sollten nicht angegangen werden ("geschützt" bleiben).
- 2010 durch den Kronzeugen *Nordzucker AG*¹³⁶ aufgedecktes Zuckerkartell (Gebietskartell) und Geldbußenantrag der BWB gegen *AGRANA Zucker GmbH* und *Südzucker AG (Mannheim)*.
- 2008 bis 2014 stimmten sich die *Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB)*, die *Deutsche Bahn (DB)* und die *Société Nationale des Chemins de fer belges/Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (SNCB)* durch den Austausch von Informationen über Kundenanfragen nach wettbewerblichen Angeboten ab und verschafften sich gegenseitig höhere Preisangebote, um ihren Geschäftsbereich zu schützen (**System zur Kundenzuteilung**). Die 2021 verhängte Geldbuße für die *DB* wurde um 50 % erhöht, da das Unternehmen zuvor für ein anderes Kartell haftbar gemacht worden war¹³⁷ (Wiederholungsfall). Den *ÖBB* wurde die Geldbuße, die ansonsten insgesamt rund 37 Mio. EUR betragen hätte, vollständig erlassen. Die Geldbußen für *DB* und *SNCB* wurden ermäßigt, um ihre Zusammenarbeit mit der Kommission bei der Untersuchung zu honorieren.¹³⁸
- Pharmazeutische Produkte
 - "Co-Promotion-Vereinbarung" zwischen den niederländischen Tochterunternehmen von *Johnson & Johnson (USA)* und *Novartis (Schweiz)*, *Janssen-Cilag* und *Sandoz*, wonach *Janssen-Cilag* an *Sandoz* monatliche Zahlungen leistet, wofür *Sandoz* im Gegenzug während der Vertragslaufzeit auf die Markteinführung eines generischen *Fentanyl*-Pflasters (Schmerzmittel) verzichtete (pay for delay, reverse payment).¹³⁹
 - Problematisch sind generell "Pay for Delay-Settlements"¹⁴⁰ von Herstellern und Generikaunternehmen, zwischen denen der Patentschutz für ein Präparat strittig ist.¹⁴¹ Oft leisten Hersteller im Rahmen einer Patentvergleichsvereinbarung Zahlungen (reverse payment settlement) an ein Generikaunternehmen, wenn letzteres während der Vertragslaufzeit auf die Markteinführung seines Generikums verzichtet (Wettbewerbsverbot) oder sich dazu verpflichtet, das Patent nicht erneut in einem Nichtigkeits- oder Lösungsverfahren anzugreifen (Nichtangriffsabrede). Laut Statistik der EK sind aber "nur" 7 bis 10% der Patentstreit-Settlements wettbewerbsbeschränkend.¹⁴² Wichtige Beurteilungskriterien stellte der EuGH 2021 in der *Lundbeck-E* auf.¹⁴³

¹³² EK 28. 1. 1998 (Geldbuße EUR 102 Mio); dagegen Entscheidung des Ger 6.7.2000, T-62/98, Reduktion auf EUR 90 Mio.

¹³³ Bundesgericht 24. 10. 2017, 2 C 63/2016; bestätigte Geldbuße der Schweizer Wettbewerbskommission (WEKO) iHv CHF 157 Mio.

¹³⁴ Siehe EuG 9. 7. 2009, T-450/05, *Automobiles Peugeot SA, Peugeot Nederland NV / Kommission*; die Klage der *Automobiles Peugeot SA* und *Peugeot Nederland N.V.* gegen die Entscheidung der Kommission aus dem Oktober 2007 wurde abgewiesen, allerdings reduzierte das Ger die Höhe der verhängten Strafe auf EUR 44,55 Mio, da es befand, dass die EK die Rolle unterbewertete, die die Entwicklung des Preisunterschieds beim Einbruch der Exporte gespielt hatte (vgl IP/05/1227; EK 9. 7. 2009, MEMO/09/328).

¹³⁵ OGH als KOG 25. 3. 2009, 16 Ok 4/09 m Anm *Brugger* in *ecolex* 2009, 507.

¹³⁶ Zur Identität des Kronzeugen siehe *Wirtschaftsblatt* 10. 9. 2010

¹³⁷ Sache AT.39462, *Freight Forwarding*.

¹³⁸ EK 20. 4. 2021, IP/21/1843.

¹³⁹ EK 31. 1. 2013, IP/13/81; EK 10. 12. 2013 Geldbuße EUR 18,8 Mio.

¹⁴⁰ *Alexander Eufinger*, "Pay-for-delay-agreements" als wettbewerbswidrige Patentverlängerungen im Pharmabereich, *PharmR* 2015, 386.

¹⁴¹ EuGH 30. 1. 2020, C-307/18, *Generics (Paroxetin)*. Vgl EK 19. 7. 2013, IP/13/563, Geldbuße EUR 93,8 Mio gegen *Lundbeck* und weitere Geldbußen gegen Generikahersteller ("the parties shared the monopoly rents among themselves"). Bestätigt von Ger 8. 9. 2016, T-472/13, T-460/13, T-467/13, T-469/13, T-470/13, *Lundbeck, Sun, Arrow Group, Generics, Merck*.

¹⁴² EK, 4th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2012), published on 9 December 2013.

¹⁴³ EuGH 25. 3. 2021, C-586/16 P, *Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)*, C-588/16 P, *Generics (UK)*, C-591/16 P, *Lundbeck*, C-601/16 P *Arrow Group und Arrow Generics*, C-611/16 P, *Xellia Pharmaceuticals und Alpharma*, und C-614/16 P, *Merck*: Der EuGH stellte klar, dass solche Vereinbarungen als „bezweckte Beschränkung“ einzustufen sind, wenn ihre Prüfung ergibt, dass sich die Wertübertragungen vom Hersteller des Originalpräparats ins Vermögen der Generikahersteller allein durch das gemeinsame geschäftliche Interesse der Beteiligten an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklären lassen. In jedem Einzelfall ist zu bestimmen, ob der positive Nettosaldo der übertragenen Werte hoch genug ist, um die Generikahersteller tatsächlich dazu zu veranlassen, vom Eintritt in den Markt abzusehen und nicht mit dem Hersteller des Originalpräparats in Leistungswettbewerb zu treten. Der positive Nettosaldo muss nicht unbedingt höher sein als die Gewinne, die der

- div Fälle zum Parallelimport siehe 5. Doppelstunde
- Aufteilung der Märkte in einem Joint-Venture-Vertrag zwischen *Semperit* und der thailändischen *Sri Trang*-Gruppe betreffend gemeinsame Produktion von Latex-Untersuchungshandschuhen: exklusive Zuweisung des europäischen Absatzgebietes an *Semperit*.¹⁴⁴
- Problem **Geoblocking**¹⁴⁵ (im Internetvertrieb häufig iVm Re-Redirecting oder Re-Routing zu einer anderen nationalen Website):
 - hier liegt idR auf Basis einer vertikalen Vertriebsvereinbarung eine kartellrechtlich unzulässige Kernbeschränkung, nämlich Beschränkung des Gebiets oder des Kundenkreises, an der der Abnehmer weiterveräußern darf (**Art 4 vertGVO**), vor,¹⁴⁶ dazu **s 3. Doppelstunde**. Die Kunden sind dadurch aber nur mittelbar geschützt.

Guess praktiziert im EWR ein selektives Vertriebssystem, in dem Vertragshändler auf der Grundlage von Qualitätskriterien ausgewählt und zugelassen werden. Die EK verhängte am 17.12.2018 gegen *Guess* eine Geldbuße in Höhe von EUR 39,8 Mio, weil es Online-Werbung und Online-Verkäufe an Verbraucher in anderen Mitgliedstaaten verhindert („Geoblocking“) und damit von 2014 bis Oktober 2017 gegen EU-Wettbewerbsvorschriften verstoßen hat.¹⁴⁷ Außerdem verhinderte *Guess* den Querverkauf zwischen zugelassenen Großhändlern und Einzelhändlern und die unabhängige Festsetzung der Einzelhandelspreise für *Guess*-Produkte.

- Die seit 3. 12. 2018 anzuwendende **Geoblocking-VO**¹⁴⁸ verfolgt die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in der EU und definiert (und untersagt) ungerechtfertigtes Geoblocking, sowohl im Internetvertrieb als auch im stationären (physischen) Vertrieb.¹⁴⁹ Die VO gilt nicht für Verkehrsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen, Telekommunikation, Gesundheitswesen usw, Musik-Streaming,¹⁵⁰ E-Books, Software-Vertrieb, Cloud-Dienste. Geschützt sind Verbraucher und unternehmerische Endkunden. Bei Verstößen können qualifizierte Einrichtungen mit UWG-Klage vorgehen. Außerdem liegt gem § 33d eine Verwaltungsübertretung (Geldstrafe bis EUR 2.900,-) vor (bei einem KMU soll die Behörde primär belehren und beraten).

Details:

Sperrung des Zugangs zu Internetseiten

Gem Art 3 Abs 1 Geoblocking-VO ist es einem Anbieter von Waren grundsätzlich nicht gestattet, seinen Kunden den Zugang zu seinen Online-Benutzeroberflächen einschließlich Internetseiten (vgl. Art 2 Z 16 Geoblocking-VO) zu verwehren oder zu beschränken. Möchte ein Anbieter einen Kunden auf eine andere Version der Internetseite oder einer anderen Online-Benutzeroberfläche weiterleiten, bedarf es hierzu gem Art 3 Abs 2 Geoblocking-VO einer ausdrücklichen Zustimmung des jeweiligen Kunden. Liegt eine solche Zustimmung vor, muss die Internetseite, auf die der Kunde zunächst zugreifen wollte, für diesen weiterhin zugänglich bleiben.

Generikahersteller erzielt hätte, wenn er im Patentrechtsstreit obsiegt hätte. Der Gerichtshof stellt außerdem klar, dass es für die Einstufung von Vereinbarungen als bezweckte Beschränkung nicht darauf ankommt, ob die Parteien der Vereinbarung potenzielle Wettbewerber waren, wie stark die in Rede stehenden Verfahrenspatente waren und welche Erfolgsaussichten die eine oder andere Partei der Vereinbarung hatte, wenn die Wertübertragungen hoch genug sind.

¹⁴⁴ OLG Wien als KG 27. 6. 2016, 27 Kt 5/16m, 6/16h, 7/16f (Teilbeschluss), *Semperit*.

¹⁴⁵ On 18 March 2016, the European Commission published its initial findings on 'geo-blocking' practices, which may prevent online shoppers from purchasing goods or digital content based on their location. The Commission's figures suggest that geo-blocking is a widespread practice throughout the EU: 38% of retailers and 68% of digital content providers geo-block consumers located in other Member States (based on a survey of more than 1,400 companies from all 28 MS). The report states that where geo-blocking is the result of contractual restrictions between suppliers and distributors this may, in certain cases, breach EU competition laws. Seit Dezember 2018 gilt die GeoblockingVO.

¹⁴⁶ Dazu EK, LL zur vertGVO, Tz 52 ff.

¹⁴⁷ EK 17. 12. 2018, IP/18/6844; Geldbußenermäßigung von 50 % als Gegenleistung für Zusammenarbeit.

¹⁴⁸ Verordnung (EU) 2018/302 ... über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarktes, ABl vom 2. 3. 2018.

¹⁴⁹ Übersichtlich *Mansur Pour Rafsendjani*, Die europäische Geoblocking-Verordnung und ihre Auswirkung auf Vertriebsverträge, ZVertriebsR 2018, 210.

¹⁵⁰ Grund: Der Anbieter hat selber oft nur territorial beschränkte Lizenzen. Aber: Gemäß der Portabilitäts-VO (EU) 2017/1128 müssen EU-Bürger bei Auslandsaufenthalten die in ihrem Heimatland abgeschlossenen Abos weiterhin nützen können.

Für einen Webshop bedeutet das, dass seine Kunden in jedem Mitgliedstaat auf die Internetseiten des Webshops in anderen Mitgliedstaaten uneingeschränkt zugreifen können müssen. Es sollte demnach sichergestellt werden, dass der Zugang und ggf die obgenannte Zustimmung technisch umgesetzt werden können.

Zahlungsmethoden

Gem Art 5 Abs 1 Geoblocking-VO müssen die Zahlungsbedingungen für die vom Anbieter akzeptierten Zahlungsmethoden für alle Kunden grundsätzlich gleich gelten. Diese Einschränkung betrifft die Zahlungsmethoden, die einen Zahlungsvorgang über eine elektronische Transaktion vorsehen.

Wenn also ein Webshop eine bestimmte Zahlungsmethode in einem Mitgliedstaat akzeptiert, müssen die Zahlungsbedingungen und der Zahlungsvorgang in Bezug auf diese Zahlungsmethode für alle Kunden – auch wenn sie Waren aus einem anderen Mitgliedstaat bestellen – gleich gelten und erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass die Einschränkung gem Art 5 Abs 1 lit c Geoblocking-VO nur die Zahlungsvorgänge betrifft, die in der Währung erfolgen, die der jeweilige Anbieter akzeptiert.

Versendungsort

Der jeweilige Anbieter von Waren ist nicht verpflichtet, die Ware außerhalb des Mitgliedstaats zu versenden, für den er die Lieferung anbietet. Dies ergibt sich aus Art 4 Abs 1 lit a Geoblocking-VO.

Die Webshops können damit weiterhin – wie zuvor – nur innerhalb des von ihnen zuvor festgelegten Gebiets liefern. Bieten sie demnach Lieferungen nur innerhalb eines bestimmten Mitgliedstaats an, muss diese Praxis nicht geändert werden. Möchte ein Webshop jedoch Produkte auch in andere Mitgliedstaaten liefern, ist dies ebenfalls zulässig. Insoweit und in Bezug auf die Lieferkosten sind aus der Verordnung keine einschränkenden Vorschriften oder neue Vorgaben ersichtlich.

Preisdifferenzierung und allgemeine Geschäftsbedingungen

Den Anbietern von Waren ist es gem Art 4 Abs 2 Geoblocking-VO gestattet, in den Mitgliedstaaten unterschiedliche allgemeine Geschäftsbedingungen und Preise für die Produkte zu verwenden.

Beispiel: Die EK hat gegen das Unternehmen *Valve*, das Eigentümer der Online-PC-Spieleplattform „*Steam*“ ist, und die fünf Spieleverlage *Bandai Namco*, *Capcom*, *Focus Home*, *Koch Media* und *ZeniMax* Geldbußen von insgesamt EUR 7.8 Mio verhängt. *Valve* und die Verlage beschränkten den grenzüberschreitenden Verkauf bestimmter PC-Videospiele an Nutzer in bestimmten Ländern des EWR. Wegen dieser sogenannten Geoblocking-Praktiken wurden Geldbußen verhängt.¹⁵¹

f) (Vertikale) Vertriebsbindungen

insbesondere Exklusivitätsklauseln

wirtschaftlich wichtigste Fälle durch GVO frei gestellt (vgl 3. Doppelstunde)

Fall *Allianz Hungária*¹⁵²: Vereinbarungen, mit denen Kraftfahrzeugversicherer sich zweiseitig entweder mit als Reparaturwerkstätten tätigen Kfz-Vertragshändlern oder mit einer Vereinigung solcher Vertragshändler auf den Stundensatz verständigen, den die Versicherungsgesellschaft für die Reparatur von bei ihr versicherten Fahrzeugen zu zahlen hat, wobei vorgesehen wird, dass dieser Satz u. a. von der Zahl und dem Prozentsatz von Versicherungsverträgen abhängt, die der Vertragshändler als Versicherungsagent für diese Gesellschaft vertrieben hat, können als eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden, wenn eine individuelle und konkrete Prüfung des Inhalts und des Ziels dieser Vereinbarungen sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem sie stehen, ergibt, dass sie schon ihrer Natur nach schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs auf einem der beiden betroffenen Märkte sind.

¹⁵¹ EK 20. 1. 2021, IP/21/170, *Valve*.

¹⁵² Siehe FN 26.

g) Normen- und Typenkartelle

Vereinbarungen über Normen sind uU zulässig,¹⁵³ wenn die Normen für alle zugänglich (FRAND-Prinzip, vgl. 6. Doppelstunde) und transparent, nicht verpflichtend, oder aus Kompatibilitätsgründen erforderlich sind.¹⁵⁴ Unzulässig, falls Ausschluss von Wettbewerbern beabsichtigt.

Auch bei der Entwicklung **selbstfahrender Kraftfahrzeuge** (connected cars, automated vehicles, and ultimately autonomous driving) wird Forschungs- und Entwicklungskooperation (dazu 3. Doppelstunde: F&E-GVO), kooperative Standardsetzung (durch Institutionen¹⁵⁵ oder durch Unternehmen, die meist aber Wettbewerber sind) und die Gewährung von Lizenzen an standardessentiellen Patenten notwendig sein (dazu 6. Doppelstunde zu **FRAND** und Zwangslizenzen).

Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sind bei der Beurteilung nicht so wichtig (faktische Standards marktbeherrschender Unternehmen können aber zu Missbräuchen führen, dazu 6. Doppelstunde).

"5 Goldene Regeln":¹⁵⁶

(1) Ein offener, transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zur Standardisierung, (2) keine vorausgehende Festlegung bei der Standardisierungstätigkeit, (3) ein offener, transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zu den Standardisierungsergebnissen, (4) alle Mitgliedschaftskategorien müssen allen Unternehmen diskriminierungsfrei und transparent zustehen und (5) die Möglichkeit zur Entwicklung konkurrierender Standards und Produkte muss bestehen bleiben.

Die Normen (offizielles "standard setting") des Austrian Standards Institute (ASI, Österreichisches Normungsinstitut) sind idR unproblematisch. Der EuGH misst Normungsorganisationen an der Warenverkehrsfreiheit.¹⁵⁷

h) Rationalisierungskartelle, Spezialisierungsvereinbarungen

ZB gemeinsame Kostensenkungskonzepte in der Produktion, wodurch aber die Produktvielfalt oder die technische Entwicklung (und dadurch der Wettbewerb) beschränkt wird. Spezialisierungsvereinbarungen, Herstellungsverbote, Quotenabsprachen und Absatzbeschränkungen sind ebenfalls Wettbewerbsbeschränkungen, die nur in Sonderfällen (Effizienzvorteile, die an Abnehmer weiter gegeben werden, siehe Punkt IV.3 unten Seite 36 und siehe GVO in 3. Doppelstunde) gerechtfertigt sein könnten. Zu dieser Fallgruppe gehören auch markenrechtliche¹⁵⁸ oder patentrechtliche¹⁵⁹ Abgrenzungsvereinbarungen (Streitschlichtungsvereinbarungen).

¹⁵³ Leitlinien zur Anwendung von Art 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl C2011/01) Rn 263 ff.

¹⁵⁴ Ausf. *Barthelmeß/Gauß*, Die Lizenzierung standardessentieller Patente im Kontext branchenweit vereinbarter Standards unter dem Aspekt des Art 101 AEUV, WuW 2010, 626.

¹⁵⁵ ZB European Telecommunications Standards Institute; European Committee for Standardisation; European Committee for Electrotechnical Standardization.

¹⁵⁶ Nach *Koenig/Neumann*, Standardisierung – ein Tatbestand des Kartellrechts, WuW 2009, 382.

¹⁵⁷ EuGH 12. 7. 2012, C-171/11, *Fra.bo/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV*.

¹⁵⁸ ZB die horizontale (zwischen Wettbewerbern getroffene) Vereinbarung, dass die Marke *JOOP* von Frau *Jette Joop* für Schmuck und von der *Joop GmbH* für alle anderen Waren verwendet werden darf; dazu BGH 7. 12. 2010, KZR 71/08. Ähnlich EuGH 30. 1. 1985, C-35/83, *Toltecs/Dorset II* ausgenommen bei Umgehung des Kartellverbots (Missbrauchsformel, vgl. EuGH 13. 7. 1966, C-56/64, C-58/64, *Grundig/Consten*).

Nicht selten treffend mehrere Typen in der Praxis zusammen.

Beispiel (keine Preisabsprache oder Marktaufteilung, sondern gegen das Verbot der Vereinbarungen zur Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gem Art 101 Abs 1 lit b AEUV):

Deutsches Kfz-Erzeuger-Kartell:¹⁶⁰ Die deutsche Autoindustrie (*Volkswagen, Audi, Porsche, BMW* und *Daimler/Mercedes*; intern aufgrund der fünf beteiligten Marken "5er-Kreis" genannt) hat sich seit den Neunzigerjahren in geheimen Arbeitskreisen über die Technik, Kosten, über technische Einzelheiten wie Cabriolet-Dächer, die Auswahl von Lieferanten oder die Festlegung von Kosten für Fahrzeugbauteile und sogar über die Abgasreinigung ihrer Dieselfahrzeuge abgesprochen. Demnach haben sich mehr als 200 Mitarbeiter der Unternehmen in mehr als 60 Arbeitskreisen abgestimmt. Am 5. 4. 2019 teilte die EK ihre Bedenken betreffend Absprachen zur Einschränkung des Innovationswettbewerbs bei Systemen zur selektiven katalytischen Reduktion („SCR“), und Ottopartikelfilter („OPF“) in Form eines SO mit; es liege keine wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Zusammenarbeit zwecks Steigerung von Produktqualität und Innovationstätigkeit vor.¹⁶¹ *Daimler, BMW* und der *Volkswagen*-Konzern (*Volkswagen, Audi* und *Porsche*) haben 2009-2014 durch Absprachen über die technische Entwicklung im Bereich der Stickoxidreinigung gegen EU-Kartellrecht verstoßen. Sie hatten regelmäßig Fachtreffen abgehalten, bei denen sie über die Entwicklung der SCR-Technologie („selektive katalytische Reduktion“) berieten, mit der schädliche Stickoxidemissionen („NO_x-Emissionen“) von Diesel-Pkw durch die Einspritzung von Harnstoff („*AdBlue*“) in den Abgasstrom beseitigt werden können. Bei diesen Zusammenkünften verständigten sie sich über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren darauf, nicht miteinander um eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Abgasreinigung zu konkurrieren, obwohl die dafür benötigte Technologie zur Verfügung stand. *Daimler, BMW* und der *Volkswagen*-Konzern legten die Größen der *AdBlue*-Tanks und die Reichweiten fest und erreichten ein gemeinsames Verständnis zum zu erwartenden durchschnittlichen *AdBlue*-Verbrauch. Dadurch beseitigten sie die Ungewissheit, die mit ihrem künftigen Marktverhalten in Bezug auf eine über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Reinigung der NO_x-Emissionen (sogenannte „Übererfüllung“) und die *AdBlue*-Nachfüll-Reichweiten verbunden war. Weil dies das erste Mal war, dass die Kommission einen **Kartellverbotsbeschluss erlassen hat, der sich allein auf eine Beschränkung der technischen Entwicklung und nicht auf Preis-**

¹⁵⁹ Dazu schon oben bei FN 141.

¹⁶⁰ Die Kartellbehörden hatten Hinweise auf die Absprachen bereits im Sommer 2016 gefunden. Damals hatten sie im Rahmen von Ermittlung über eine mögliche Absprache von Stahlpreisen auch Räume der Volkswagen AG durchsucht. Als eine Art Beifang fanden sie Hinweise auf möglicherweise illegale Absprachen in der Autoindustrie. Nur zwei Wochen später reichte VW den Kronzeugenantrag beim Bundeskartellamt ein. Auch Daimler hat ein solches Dokument bei den Wettbewerbshütern hinterlegt.

¹⁶¹ EK 5. 4. 2019, IP/19/2008.

festsetzung, Marktaufteilung oder Kundenzuteilung bezieht, wurde allen beteiligten Unternehmen eine zusätzliche Ermäßigung der Geldbuße gewährt. *Daimler* wurde aufgrund der Kronzeugenregelung gar nicht bestraft, *VW* (nur teilweise Ermäßigung laut Kronzeugenregelung) wurde mit EUR 502 Mio und *BMW* mit EUR 372 Mio bestraft.¹⁶²

C. Phänomenologie von (horizontalen) Hard-core-Kartellen

- Schriftliche (vertragliche) Bindungen (insb im Vertikalbereich; im Horizontalbereich selten schriftlich wegen vorhandenen Unrechtsbewusstseins bei den Beteiligten)
- Treffen von Regionalleitern auf Autobahnstationen oder in Gasthäusern; Meetings von Geschäftsführern auf Tagungen¹⁶³ (Branchentagungen, Kammer, Qualitätssicherungs-Vereine, Messen) oder in Hotels: Preislistenabgleich, Preisstrategie, Kundenschutz, Liefergebiete, Marktanteilsfixierung (ev Pönale bei Verstoß), Verteilung von Ausschreibungen ("Tisch")

Beispiel:¹⁶⁴ Die LKW-Hersteller *MAN*, *Volvo/Renault*, *Daimler*, *Iveco* und *DAF* hatten über 14 Jahre hinweg Verkaufspreise für Lastkraftwagen abgesprochen und die mit der Einhaltung der strengeren Emissionsvorschriften verbundenen Kosten in abgestimmter Form weitergegeben. Zwischen 1997 und 2004 verliefen die Absprachen unter den Mitgliedern der höchsten Führungsebene, wobei die Zusammenkünfte gelegentlich am Rande von Handelsmessen oder anderen Branchenveranstaltungen stattfanden. Hinzu kamen telefonische Kontakte. Ab 2004 wurde das Kartell über die deutschen Tochtergesellschaften der Lkw-Hersteller organisiert, und der Informationsaustausch vollzog sich generell auf elektronischem Wege.

Beispiel: Die BWB führte im Juli 2019 Hausdurchsuchungen bei mehreren, in der Submetering-Branche (individuelle Erfassung und Abrechnung von Heiz-, Warmwasser- sowie Kaltwasserkosten in Gebäudeeinheiten) tätigen Unternehmen durch. Es bestand der Verdacht, dass ua Treffen eines Branchenverbandes dazu genutzt wurden, um sich über Marktparameter auszutauschen oder abzusprechen. Die Ermittlungen der BWB haben den Verdacht auf kartellrechtswidrige Verhaltensweisen im Zeitraum von Juli 2004 bis Februar 2019 bestätigt. *ista Österreich GmbH* stellte wenige Tage nach der Hausdurchsuchung einen Kronzeugenantrag und kooperierte in weiterer Folge umfassend mit der BWB, um den Sachverhalt vollständig aufzuklären. Aufgrund der umfassenden Zusammenarbeit im Rahmen des Kronzeugenprogramms beantragte die BWB am 8. 2. 2022 beim Kartellgericht die Verhängung einer geminderten Geldbuße in der Höhe von EUR 2,2 Mio. Weitere Anträge gegen die übrigen beteiligten Unternehmen folgten.

- Diskrete Meetings auf Vorstandsebene betr Langfristkooperationen
- Im "Tagesgeschäft" Koordination per Telefon oder SMS (seltener Mail) oder beim "abendlichen Bier" über Schutzangebote (Deckangebote), Preis- und Konditionen-Abgleich, Vortäuschen von Lieferengpässen, usw
- Verschleierte Kommunikation an untergeordnete Mitarbeiter (Sachbearbeiter, Sekretariat, Telefondienst)

¹⁶² EK 8. 7. 2021, IP/21/3581.

¹⁶³ Aus rechtlicher Sicht zu empfehlen wäre, dass bei kartellrechtlich unzulässigen Themen der Teilnehmer sich dagegen verwehrt (public distance, public opposition), dies protokollieren lässt und das Treffen unter Protest verlässt.

¹⁶⁴ EK 19. 7. 2016, IP/16/2582, Gesamt-Geldbuße EUR 2,93 Mrd (Kronzeuge *MAN* ohne Geldbuße).

- Verschleierung durch Scheinverträge ("nur" Transportgemeinschaft, "nur" Erhebung statistischer Daten, nur eine grundbücherliche Servitut¹⁶⁵ oder Reallast statt Stilllegungsprämie)
- Verwendung von Decknamen, Urkundenvernichtung ...

Gegenstrategie (insb bei großen Unternehmen) zur Vermeidung von - letztlich für das Unternehmen angesichts der drohenden Geldbußen teuren und idR auch reputations-schädlichen - Kartellrechtsverstößen:

- Mitarbeiter-Schulungen (samt Androhung von Entlassung und Schadenersatzforderungen) für alle "gefährdeten" Mitarbeiter
- Eventuell zusätzlich: Competition Manual, Code of Ethics
- Compliance-Programme¹⁶⁶ (klare unternehmensinterne Verhaltensrichtlinien) samt
- Whistleblower-Hotline und/oder
- intranetbasierte (zeitnahe) Dokumentation aller Mitbewerberkontaktaufnahmen
- Ernennung eines Compliance-Beauftragten, der direkt an Geschäftsführer/Vorstand berichtet, damit ggf frühzeitig Kronzeugenstatus erlangt werden kann
- Merkblätter für den Fall einer Hausdurchsuchung (dawn raid manual),
- Interne kartellrechtliche Untersuchungen (Audits),¹⁶⁷
- Mock Dawn Raids.
- Für die kartellrechtliche Compliance hat die ICC im Jahr 2013 ein „Tool Kit“ entwickelt und zum Download insbesondere für Klein- und Mittelbetriebe (KMU) bereitgestellt.¹⁶⁸

D. Vertragliche Nebenwirkungen

Wenn ein Vertrag nicht die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (zB Preisabsprachen, Radiusklauseln), sondern "nebenbei" bewirkt, spricht man von vertraglichen Nebenwirkungen; diese sind auf ihre Wettbewerbswidrigkeit im Einzelfall zu prüfen (dazu vgl schon oben nach FN 25).

Beispiele:

- Radiusklauseln bei Outlet Center: Beispiele siehe 4. Doppelstunde
- Zustimmungsvorbehalt: Der Ladenmieter ("Ankermieter") eines Einkaufszentrums hat das Recht, der Vermietung von Gewerbeflächen in diesem Einkaufszentrum durch den Vermieter an andere Mieter zu widersprechen (prior consent clause);

¹⁶⁵ OGH 9. 6. 2009, 5 Ob 83/09f: Die dem Grundstückseigentümer auftragene Verpflichtung, auf einem Grundstück das Betreiben einer Tankstelle selbst oder durch Dritte zu unterlassen, soweit nicht Betriebsmittel ausschließlich von einer bestimmten Gesellschaft bezogen werden, kann nicht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden. Denn diese Verpflichtung stellt eine Wettbewerbsbeschränkung dar, der bloß obligatorischer Charakter zukommt. Ähnlich OGH 22. 6. 2010, 5 Ob 62/10v: Keine Dienstbarkeit des Unterlassens von bestimmten Tätigkeiten (hier: kein Verbot der Errichtung und des Betriebs eines Lebensmitteldiscountmarktes in Form einer Dienstbarkeit möglich).

¹⁶⁶ Siehe auch die Broschüre der EK "Compliance Matters", veröffentlicht am 24. 11. 2011 (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html , abgefragt am 12. 12. 2011). Paha/Götz, Screening und das Compliance-Risikomodel: Konzepte zur unternehmensinternen Aufdeckung von Verstößen, WuW 2015, 1198.

¹⁶⁷ Christina Hummer, Praktische Aspekte kartellrechtlicher Audits, ÖZK 2014, 83 verweist auf arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen.

¹⁶⁸ Dazu Engelhoven/Meinhold-Heerlein, Das ICC Toolkit zur kartellrechtlichen Compliance, WuW 2015, 156.

auch das ist nicht eine vertraglich "bezweckte" (anti-competitive 'by object'), sondern nur eine – im Einzelfall allenfalls zu prüfende – "bewirkte" (anti-competitive 'by effect') Wettbewerbsbeschränkung und nur verboten, wenn eine detaillierte Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs ergibt, dass sie erheblich zur Abschottung beiträgt.¹⁶⁹

Bündeltheorie (Wettbewerbsbeschränkungseffekt durch hohen Bindungsgrad/Abschottungseffekt);

Fallbeispiel:

- Speiseeisvertriebsmodell,¹⁷⁰ ähnlich Brauereibindungen¹⁷¹

(Nebenwirkungen – Fristen) – Abschottungseffekt, Bündelwirkung

hierauf Bekanntmachung der EK über *de-minimis*-Schwellenwerte: Kumulativer Abschottungseffekt ist unwahrscheinlich, wenn weniger als 30% des Marktes von nebeneinander bestehenden (Netzen von) Vereinbarungen abgedeckt wird.

Unterscheide davon die folgenden Begriffe:

- Ancillary restraints (wettbewerbsbeschränkende Nebenbestimmung eines Vertrags, nicht Nebenwirkung)
Insbesondere
 - vereinbartes Wettbewerbsverbot im Unternehmensverkaufsvertrag (dazu siehe 8. Doppelstunde/Zusammenschlusskontrolle)
- Nebeneffekte, Abstrahleffekte (spill-over-Effekte); darunter versteht man im Kartellrecht man Nebeneffekte (Abstrahleffekte) einer Wettbewerbsbeschränkung oder eines Zusammenschlusses zwischen zwei oder mehr Unternehmen, die den Wettbewerb zwischen ihnen auf einem anderen relevanten Markt als demjenigen betreffen, auf den sich die fragliche Vereinbarung oder Fusion erstreckt (also auf einen benachbarten, eng mit ihm verknüpften Markt oder einen vor- oder nachgelagerten Markt), insb iZm Gemeinschaftsunternehmen (vgl Art 2 Abs 5 FKVO).¹⁷²

Dieser Begriff ist aber wettbewerbsrechtlich auch relevant im Zusammenhang mit Forschung & Entwicklung (insb R&D-JV).¹⁷³

Fallbeispiel und divergente Ansichten dazu:

- Die vom Hotelportalbetreiber (Buchungsplattform) *HRS-Hotel Reservation Service* gegenüber den Hotels verlangte Bestpreisklausel" beschränkte den Wettbewerb gegenüber anderen Hotelportalbetreibern; es wird nämlich verhindert, dass die Hotels niedrigere Provisionen bei anderen Portalen über die Zimmerpreise an Hotelkunden weitergeben. Zudem wird der Marktzutritt neuer Plattformanbieter er-

¹⁶⁹ EuGH 26. 11. 2015, C-345/14, *SIA Maxima Latvija v. Konkurences Padome*. Vgl aber die Bestrafung durch die CZ Wettbewerbsbehörde 2018 gegen einen gewerblichen Vermieter eines Outlet Centers.

¹⁷⁰ zB EK 23. 12. 1992 *Lagnese-Iglo GmbH* (im Streit mit *Schöller*), IV/34.072, überholt durch EuG 8. 6. 1995, T-7/93; EuG 23. 10. 2003 *Van den Bergh Foods* (vormals: *HB Ice Cream*), T-65/98, bestätigt durch EuGH C-552/03P, *Unilever Bestfoods* (vormals: *Van den Bergh*). Ähnlich bei Leergutsystemen: EuGH 19. 4. 2012, C-549/10P, *Tomra*.

¹⁷¹ EuGH 28. 2. 1991, C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu* (außerdem: Pflicht der nat Gerichte zur Zusammenarbeit mit Kommission ausgesprochen).

¹⁷² Vgl als Anwendungsbeispiel Entscheidung der EK 23.12.1992, IV/33.814, *Ford/Volkswagen*, ABI Nr. L 20 vom 28.1.1993, S. 14, insb Randnummern 21 und 34.

¹⁷³ Vgl dazu ausf *Anita Wöflfl*, Spillover Effects and R&D-Cooperations, The Influence of Market Structure [July 2000], <http://www.iwh-halle.de/d/publik/disc/122.pdf>

heblich erschwert, weil diese aufgrund der Bestpreisklausel Hotelzimmer nicht günstiger anbieten können.¹⁷⁴ Gleiches gelte für die analoge Praxis von *Booking.com*.¹⁷⁵ Die tschechische Wettbewerbsbehörde¹⁷⁶ und UK Office of Fair Trading¹⁷⁷ sahen dies ähnlich, während die Niederländische Wettbewerbsbehörde trotz Beschwerde einer Konsumentenorganisation nicht einmal ein Verfahren einleitete. Die BWB führte zu diesem Themenkreis einen Markttest durch¹⁷⁸ und verlangte Verpflichtungszusagen (Unterlassung der Bestpreisklausel); dazu siehe auch die UWG-Bestimmung (9. Doppelstunde). Während das OLG Düsseldorf (in Abänderung seiner früheren Rsp¹⁷⁹) zunächst entschied, dass eine „enge Bestpreisklausel“, wonach Buchungsportale wie *Booking.com* Hotels verbieten, Zimmer auf der eigenen Internetseite billiger anzubieten als über das Portal, zulässig sei und nicht wettbewerbsbeschränkend, sondern notwendig, um „ein illoyales Umlenken von Kundenbuchungen“ zu verhindern,¹⁸⁰ entschied letztlich der BGH, dass auch eine „enge Bestpreisklausel“ kartellrechtlich unzulässig ist.¹⁸¹ Das Thema war lange str.¹⁸²

III. BEGRIFFE, PRINZIPIEN

1. Kartellfreiheitsprinzip

Kartelle sind nicht verboten, außer allenfalls bei Verstoß gegen Strafrecht oder gegen die guten Sitten. Derzeit nicht aktuelle Rechtslage.

2. Verbotsprinzip (per se-Verbot)

Derzeitige Rechtslage: Bei Absichts-, Wirkungs- und (Preis-)Empfehlungskartellen gilt das Verbotsprinzip (KartG, AEUV).

¹⁷⁴ BKartA 20. 12. 2013, B 9-66/10, *HRS*; die Freistellungsvoraussetzungen nach Art 101 Abs 3 AEUV wurden explizit verneint; bestätigt von OLG Düsseldorf 9. 1. 2015, VI-Kart 1/14 (V). Siehe aber nun neue Jud in FN 180.

¹⁷⁵ Pressemitteilung BKartA 2. 4. 2015, *booking.com*. Die Wettbewerbsbehörden von Frankreich, Italien, Schweden und Deutschland haben sich mit der EK koordiniert und Zusagen von Booking.com (für 5 Jahre keine Bestpreisklauseln in Relation zu anderen Plattformen oder bei Offline-Reservierung, wohl aber hinsichtlich der hoteleigenen Webseite) erlangt.

¹⁷⁶ The Office for the Protection of Economic Competition reviewed in 2018 vertical aspects of online platforms and distribution channels, ultimately fining online booking platform Booking.com approximately €0.33 million for using most-favoured-nation (MFN) clauses in its contracts with hotels

¹⁷⁷ OFT 31. 1. 2014, CE/9320/10, *booking.com*.

¹⁷⁸ BWB Pressemitteilung 28. 8. 2015.

¹⁷⁹ Vgl FN 174 und 175.

¹⁸⁰ OLG Düsseldorf 4. 6. 2019, VI-Kart 2/16 (V), *Booking.com*. Dies verändert die frühere Ansicht (vgl FN 174), die zumindest zu den „weiten Bestpreisklauseln“ und bei einem Marktanteil von über 30% von einer Unzulässigkeit ausging.

¹⁸¹ BGH 18. 5. 2021, KLVR 54/20, *Booking (Einzelfreistellungsvoraussetzung des Art 101 Abs 3 AEUV ist nicht erfüllt)*.

¹⁸² Vgl *Ramon Spiegel*, Kartellrechtliche Beurteilung von Bestpreisklauseln, ÖZK 2020, 127.

Daher Per-se-Verbote (absolute Totalverbote, rule of law) in Art 101 Abs 1 AEUV, § 1 KartG (keine rule of reason anerkannt!), Verbotsprinzip auch beim Marktmachtmissbrauch (vgl. 6. Doppelstunde).

Die rule of reason ist eine vom U.S Supreme Court durch Auslegung des Sherman Act entwickelte Doktrin. Sie wurde im Fall *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) begründet und angewendet und besagt, dass lediglich Zusammenschlüsse und Verträge, die den Handel unangemessen beeinträchtigen Gegenstand von kartellrechtlichen Klagen sein können und dass der bloße Besitz einer Monopolstellung nicht prinzipiell unrechtmäßig ist. Der EuGH hat das Konzept in seine Rechtsprechung betreffend den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt transferiert. Das Prinzip entstand im Zusammenhang mit Art 34 AEUV (ex Art 28 EG), der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet. Im Kartellrecht wird im Rahmen von Art 101 Abs 1 AEUV keine rule of reason angewendet.

Aber: Art 101 Abs 3 AEUV, § 2 Abs 1 KartG (siehe sogleich) enthalten doch alle Elemente einer rule of reason.¹⁸³

3. Missbrauchsprinzip

Galt bis 2005 nach öR bei Wirkungskartellen und vertikalen Vertriebsbindungen und generell bei Bagatellkartellen. Daher wurde nur bei nachgewiesenem Missbrauch (= Schädigung) eine Verfolgung eingeleitet; dies gilt nicht mehr (vgl FN 89 oben).

4. Kartellenkungsprinzip

Der Staat lenkt Kartelle oder fördert sie (insb in Krisenzeiten) zur Stärkung der Wirtschaft. Beachte, dass nach geltendem Recht (siehe Verbotsprinzip) auch "Strukturkrisenkartelle" nicht generell erlaubt sind (und nur restriktiv über Art 101 Abs 3 AEUV gerechtfertigt werden können.¹⁸⁴

IV. FREISTELLUNG VOM KARTELLVERBOT

1. Exkurs: Altes "Anmeldesystem":

Nach der früheren Verordnung 17/62 waren lediglich Art 101 Abs 1 und 2 sowie Art 102 AEUV (die Verbotsnormen) unmittelbar anwendbar (self executing). Wenn für eine Vereinbarung die Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV vorlagen, so bedurfte es eines positiven Aktes der Freistellung, und zwar entweder durch Gruppenfreistellungsverordnung oder durch Einzelfreistellung (allenfalls Negativattest, Comfort Letter) der EK ("Anmeldesystem").
Verfahrensdauer mind. sechs Monate, teuer;
in Ö abnehmende Zahl von genehmigten Kartellen (einst: Mühlenkartell, Bierkartell, Zuckerkartell, Schikartell uvm)

¹⁸³ Im US-amerikanischen Kartellrecht hingegen kennt die rule of reason keinerlei gesetzlich normierte Kriterien (vgl *Sosnitza/Hoffmann*, Die Zukunft der vertikalen Preisbindung, AG 4/2008, 113), sie ist also flexibler als die vorgegebenen Kriterien des Art 101 Abs 3 AEUV (§ 2 Abs 1 KartG).

¹⁸⁴ Vgl *Christian Knauder/Andreas Schirk*, Kartellrechtliche Fragen in der Unternehmenskrise, ZUS 2011, 15; *Herrlinger/Kahlert*, Strukturkrisenkartelle als zulässige Reaktion auf die Wirtschafts- und Finanzkrise? BB 2009, 1930 [1935]; EuGH 16. 10. 2002, verb Rs C-238, 244, 245, 247, 250-252 und 254/99P, LVM.

Genehmigungsvoraussetzungen des § 23 KartG 1988: kein Verstoß gegen gesetzliches Verbot oder die guten Sitten und volkswirtschaftliche Rechtfertigung; nach Unionsrecht: Art 101 Abs 3 AEUV

Art 19 (3) Bekanntmachung (vgl Art 19 Abs 3 der VO 17) – gibt es nicht mehr!
Das war die im Amtsblatt veröffentlichte Bekanntmachung, mit der die EK Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und die Allgemeinheit über ihre Absicht informiert, bezüglich eines bestimmten Antrages betreffend wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ein Negativattest oder eine Freistellung auszustellen. Die Bekanntmachung sollte den wesentlichen Inhalt des Antrages oder der Anmeldung beinhalten und den betroffenen Dritten die Gelegenheit geben, der EK innerhalb einer von ihr auf mindestens einen Monat festzusetzenden Frist Bemerkungen mitzuteilen.

Negativattest – gibt es nicht mehr!
Wenn die EK auf der Grundlage der ihr vorgelegten Fakten zu dem Schluss kam, dass nach Artikel 81 Absatz 1 oder Artikel 82 EG-Vertrag kein Grund dafür besteht, gegen eine Vereinbarung oder Verhaltensweise einzuschreiten, gab die EK ein Negativattest ab – entweder formell mit einer Entscheidung oder informell mit einem Verwaltungsschreiben. In Fällen, die Artikel 81 betreffen, kombinierten Unternehmen für gewöhnlich ihren Antrag auf ein Negativattest mit der Anmeldung für eine Freistellung.

Comfort Letter (administrative letter, Verwaltungsschreiben) – wären möglich,¹⁸⁵ gibt es in der Praxis fast nicht mehr! Siehe unten nun Guidance Letters.
Schreiben der EK an die anmeldenden Parteien einer wettbewerbsstärkenden Vereinbarung, in dem informell und normalerweise ohne Begründung bestätigt wurde, dass die EK keine Gründe für Schritte gegen eine Vereinbarung nach Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag (nun Art 101 AEUV) sieht, da diese den Wettbewerb nicht einschränkt und/oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt (Verwaltungsschreiben mit Negativattest), oder dass die Vereinbarung die Bedingungen für die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (nun Art 101 Abs 3 AEUV) erfüllt (Verwaltungsschreiben mit Freistellung).

Genehmigung eines Kartells durch OLG Wien als KG "aus volkswirtschaftlichen Gründen" – gibt es nicht mehr

Nicht gänzlich überholt ist die Praxis der früher Comfort Letter genannten informellen Auskünfte der EK, nun als **Guidance Letters**¹⁸⁶ geregelt in der Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union that arise in individual cases (guidance letters).¹⁸⁷

2. Das derzeitige "System der Legalausnahme"

Pädagogische Hinführung zum Verständnis für Studierende:

1. Lies Art 101 **Abs 1** AEUV (§ 1 Abs 1 KartG, s o) – Per-se-Verbot
2. a. Lies Art 101 **Abs 3** AEUV: "**können** für nicht anwendbar erklärt werden" (nicht identisch mit § 2 Abs 1 KartG)
b. Dazu lies ergänzend Art 1 Abs 2 VO 1/2003: "**sind** nicht verboten")¹⁸⁸ → **keine Freistellungsentscheidung im Einzelfall** (Antragsprinzip, Anmeldesystem) nötig, **sondern Selbstbeurteilung** durch die betroffenen Unternehmen, ob Art 101 Abs 3 AEUV erfüllt ist. Details s.u.

¹⁸⁵ Vgl EK Bekanntmachung 2004.

¹⁸⁶ In der COVID-10-Krise gab die EK einen Comfort Letter zur Zusammenarbeit von Pharmafirmen: EK 8. 4. 2020, *Verband Medicines for Europe* (vormals *European Generics Medicines Association, EGA*).

¹⁸⁷ https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/coronavirus_informal_guidance_notice_antitrust_2022.pdf ; dazu *Thomas Jaeger*, Guidance Letters im Dienst (nicht nur) des Grünen Kartellrechts, *ecolex* 2022, 897.

¹⁸⁸ Im Ergebnis entspricht diese Aushöhlung des Verbotes (durch eine vom Normunterworfenen selbst flexibel anwendbare Klausel) letztlich einer "rule of reason"-Methode, also das Gegenteil der eigentlich vorgesehenen "per se-Verbots-Methode".

3. Lies § 2 Abs 1 KartG "**sind** ausgenommen" (entspricht also Art 1 Abs 2 VO 1/2003); daher auch hier: **Selbstbeurteilung**, ob § 2 Abs 1 KartG erfüllt ist.

<p>Artikel 101 (ex 81) Abs 3 AEUV: Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, - Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, 	<p>§ 2 Abs 1 KartG: Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen,</p>
<p>die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,</p> <p>ohne dass den beteiligten Unternehmen</p> <p>a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder</p> <p>b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.</p>	<p>die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen,</p> <p>ohne dass den beteiligten Unternehmern</p> <p>a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder</p> <p>b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.</p>
	<p>Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.¹⁸⁹</p>
<p>Artikel 1 Abs 2 VO 1/2003: Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.</p>	

"System der Legalausnahme" und Selbstbeurteilung.

Grundlagen für das frühere Einzelfreistellungsverfahren wurden aufgehoben (aber: alte erteilte Freistellungen gelten weiter; genehmigte österreichische Kartelle liefen spätestens mit 31.12.2006 aus (§ 89 KartG).

= **Systemwandel** gegenüber früherer VO 17/62

Unmittelbare Anwendbarkeit des Art 101 Abs 3 AEUV: Nach dem derzeitigen Konzept ist Art 101 Abs 3 AEUV iVm Art 1 Abs 2 VO 1/2003 (ebenso wie § 2 Abs 1 KartG) als "Legalausnahme" zu verstehen mit der Folge, dass die Vorschrift unmittelbar anwendbar ist. Es bedarf keines besonderen Freistellungsaktes der Wettbewerbsbehörde mehr. Vielmehr sind **Unternehmen** (sowie nationale Kartellbehörden und Gerichte) ermächtigt und **verpflichtet, selbst zu prüfen**, ob die fragliche Vereinbarung die vier Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV bzw § 2 Abs 1 KartG erfüllt ("Selbstveranlagung", Ex-lege-Wirkung, Selbstbeurteilung, "Selbstdispens", individual exemption).

Daraus resultiert ein Problem des Beurteilungsrisikos (Subsumptionsrisiko).

¹⁸⁹ Dieser Satz wurde per 10. 9. 2021 (BGBl 176 I 176) eingefügt.

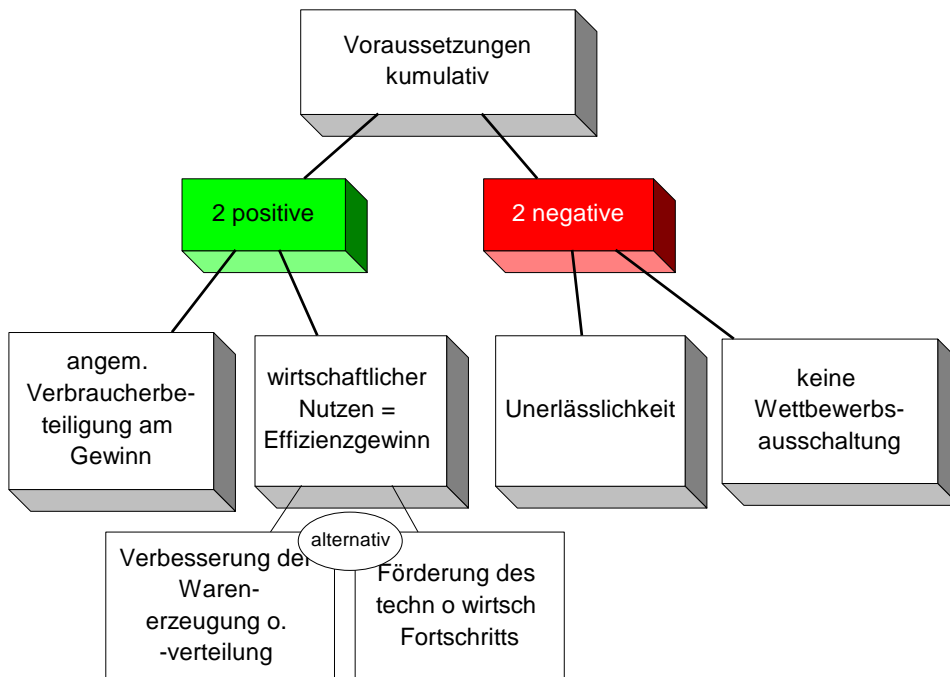
3. Die 4 Kriterien in Art 101 Abs 3 AEUV (und § 2 Abs 1 KartG)

a) Variable Skala

Je größer die Wettbewerbsbeschränkung, desto bedeutender müssen die Effizienzgewinne und deren Weitergabe an den Verbraucher sein. Begriff "the more economic approach" (MEA); Erfordernis von ökonomischen/ökonomischen und juristischen Gutachten ("battle of experts") zur verlässlichen (?) Beurteilung mit verbleibendem Restrisiko.

Die einem **"more economic approach" (MEA)** verpflichteten Reformen im europäischen Wettbewerbsrecht geben Anlass, sich verstärkt mit der ökonomischen Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik zu befassen. Als Effizienzmaß wird die gesellschaftliche Wohlfahrt (sozialer Überschuss) im relevanten Markt verwendet. Die Wettbewerbsbehörden und Gerichte werden wohl in allen Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand als Rechtfertigung für ein beanstandetes Verhalten zulassen. Dieser Einwand muss sich auf die ökonomische Theorie des "second-best" (vgl 1. Doppelstunde) im relevanten Markt stützen. Das bedeutet: Die Unternehmen haben die Beweislast, dass die Schaffung oder Vergrößerung von Marktmacht geeignet ist, eine aus Marktversagen resultierende Ineffizienz im relevanten Markt zu verringern, oder dass schädliche Wirkungen der Marktmacht durch angebotsseitige oder nachfrageseitige Effizienzgewinne überkompensiert werden. Die Kartellbehörden können die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen. Diesem, Neue Wettbewerbspolitik genannten, Konzept liegt ein Wettbewerbsbegriff zugrunde, bei dem Wettbewerb als Prozess der Wertschöpfung bei gleichzeitiger Rivalität um möglichst große Anteile am sozialen Überschuss begriffen wird. Als Wettbewerbsbeschränkung gelten alle strukturellen und verhaltensmäßigen Faktoren, die die Wertschöpfung im relevanten Markt verringern.

Die vier Kriterien (Art 101 Abs 3 AEUV, § 2 Abs 1 KartG) sind:



b) Die vier Voraussetzungen im Detail:

1. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts (Effizienzgewinne); "efficiency defence", Effizienzeinrede; nach objektiven Kriterien zu prüfen

Kosteneinsparungen:

- Entwicklung neuer Produktionstechniken und Verfahren
- Zusammenlegung bestehender Vermögenswerte
- Skalenvorteile
- Verbundvorteile (Synergien)

Qualitative Effizienzgewinne:

zB Zusammenarbeit in

- Forschung
- Entwicklung
- Produktion
- Vertrieb

Effizienzgewinne, die sich nur auf einem benachbarten Markt auswirken, reichen nicht für die Anwendung des Art 101 Abs 3 AEUV.¹⁹⁰

2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher ("consumer welfare")

Gemeint sind Verbraucher und alle sonstigen Abnehmer (auch Unternehmer auf der Marktgegenseite). Diese sind – zwecks Nachteilsausgleichs - am Gewinn aus der Wettbewerbsbeschränkung zu beteiligen. Die Nachteile der Abnehmer auf einem Markt können nicht durch Vorteile auf einem anderen (!) Markt ausgeglichen werden, sondern nur auf dem selben Markt.

3. Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

2-Stufen-Prüfung

- ist die Wettbewerbsbeschränkung in der Vereinbarung überhaupt notwendig (funktionsnotwendig)?
- ist die resultierende Wettbewerbsbeschränkung notwendig oder wäre eine geringere Wettbewerbsbeschränkung auch ausreichend?

- tatsächliches wirtschaftliches Umfeld
- Berücksichtigung Marktstruktur
- wirtschaftliche Risiken
- Anreiz für Parteien

4. Keine Ausschaltung des wesentlichen Wettbewerbs

- Realistische Untersuchung
– verschiedenen Wettbewerbsquellen auf dem Markt

¹⁹⁰ EuGH 11. 9. 2014, C-382/12P, *MasterCard*; bestätigte Ger T-111/08, bestätigte EK 19. 12. 2007, K(2007) 6474 endg COMP/34.579, COMP/36518, COMP/38580.

- Ausmaß des Wettbewerbsdrucks auf Vertragspartein
- Auswirkungen auf den Wettbewerbsdruck

- Tatsächlicher und potenzieller Wettbewerb ist zu berücksichtigen

Stark vereinfacht gesagt, bedeuten diese vier Kriterien, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen dann zulässig sind, wenn die Vorteile für die Konsumenten die Nachteile für den Wettbewerb überwiegen.

Seit 1. 9. 2021 ist § 2 Abs 1 KartG um folgenden Satz ergänzt worden:

Die Verbraucher sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.

Eine gleichartige Ergänzung des Art 101 AEUV gibt es nicht, weshalb diskutiert wird, ob im Rahmen des EU-Kartellrechts auch ökologische Argumente (zB zugunsten von Unternehmenskooperationen) möglich sind.¹⁹¹ Die EK wird Leitlinien ausarbeiten.

Für Österreich veröffentlichte die BWB Leitlinien für Unternehmen zu Nachhaltigkeitskooperationen (Nachhaltigkeits-LL 2022).¹⁹²

c) Beispiele für die schwierige Beurteilung:

Ein nationaler Verband, der Hersteller von Haushaltsgeräten vereint, entwirft eine Vereinbarung, die Folgendes vorsieht: Die Vertragspartner vereinbaren: Waschmaschinen bestimmter (niedriger) Energieeffizienzklassen nicht mehr herzustellen und einzuführen; insgesamt die Energieeffizienz der Produkte zu verbessern; Die Allgemeinheit über den bewussten Gebrauch von Waschmaschinen besser aufzuklären; die Durchführung der Vereinbarungen zu überwachen.

Eine Vereinbarung zwischen Unternehmen bzw ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung liegt vor. Der Wettbewerb wird beschränkt, da zukünftig nicht mehr Produkte aller Energieeffizienzklassen verfügbar sein werden. Technische Vielfalt und Verbraucherauswahl werden auf diese Weise verringert. Da sich die Hersteller umstellen müssen, werden mittelfristig die Preise steigen. Daher wird auch der Preiswettbewerb verfälscht. Der Handelsverkehr im Gemeinsamen Markt wird auch spürbar beeinträchtigt, da der Export von der Wettbewerbsverfälschung erfasst wird. Die Vereinbarung stellt einen Verstoß gegen das Kartellverbot dar. Die Vereinbarung könnte gemäß Art 101 Abs 3 AEUV freigestellt werden. Eine Verringerung des Stromverbrauchs geht mit technischer Verbesserung des Produkts einher und bringt insoweit und durch die geringeren Stromkosten dem Verbraucher einen Nutzen. Überdies folgt aus der Vereinbarung ein erheblicher Umweltnutzen für die Gesellschaft. Nach Art 191 Abs 1 3. Spiegelstrich AEUV strebt die Gemeinschaft eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen an. Eine Verringerung des Stromverbrauchs trägt diesem Ziel Rechnung. Vor diesem Hintergrund ist das Kartellverbot auf die Vereinbarung des belgischen Verbandes gemäß Art 101 Abs 3 AEUV nicht anzuwenden.

Weiteres Beispiel:

BWB und BKA brachten 2007 einen Antrag gegen *Heinrich Bauer Verlag KG, Basar Zeitungs- und VerlagsgesmbH & Co KG* sowie gegen *Valora Services Austria GmbH* wegen Preisbindung zweiter Hand im Pressegroßhandel (Verpflichtung des Einzelhändlers zur Einhaltung des durch Aufdruck auf Zeitungen und Zeitschriften festgelegten Endverkaufspreises) und absolutem Gebietsschutz des Pressegroßhändlers (Querlieferverbot für Einzelhändler) ein. Der OGH als KOG¹⁹³ bezeichnete diese Vereinbarungen als tatbestandmäßig iSv Art 101 AEUV, doch müsse eine Rechtfertigung im Sinne von Art 101 Abs 3 AEUV geprüft werden. Die Verlage argumentierten näm-

¹⁹¹ Dies bejahen bereits anhand des unveränderten Gesetzestextes *Ole Schley/Malte Symann*, Art 101 Abs 3 AEUV goes green, WuW 2002, 2, mHinw auf EK 24. 1. 1999, IV.F.1/36718, *CECED* (Waschmaschinen-Energieeffizienzklassen-Verbesserung).

¹⁹²

https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Leitlinien_zur_Anwendung_von____2_Abs_1_KartG_auf_Nachhaltigkeitskooperationen__Nachhaltigkeits-LL__final.pdf

¹⁹³ OGH als KOG 15. 7. 2009, 16 Ok 6/09, *Pressegrosso*, und 1. 12. 2009, 16 Ok 10/09.

lich, dass bei Wegfall der Preisbindung die Remission (kostenlose Rücknahme nicht verkaufter Exemplare) nicht mehr durchführbar wäre und sodann Festmengen ohne Remission vertrieben würden, was zur Folge hätte, dass die Anzahl der ausgelieferten Titel reduziert und verschiedene Einzelhändler gar nicht mehr beliefert würden. Die Preisfestsetzung sei kausal für die Verbrauchervorteile eines vielfältigen Warenangebotes (Titelvielfalt) und der Lieferung in möglichst viele Gebiete an möglichst viele Händler ("Überallerhältlichkeit"). Die Preisbindung und der absolute Gebietsschutz seien somit unerlässlich für die Gewährung der genannten Vorteile. Das OLG Wien als KG¹⁹⁴ anerkannte, gestützt auf ein Sachverständigengutachten, diese Rechtfertigungsgründe (seltener Fall, dass eine Preisbindung zweiter Hand gerechtfertigt wurde¹⁹⁵).

Weiteres Beispiel:

Die EK leitete 2011 von Amts wegen zwei Untersuchungen ein,¹⁹⁶ um festzustellen, ob Codesharing-Vereinbarungen – eine besondere Form der Kooperation bei Ticketverkäufen, die in einem Fall zwischen *Deutsche Lufthansa* (Deutschland) und *Turkish Airlines* (Türkei) und in einem anderen Fall zwischen *TAP Portugal* (Portugal) und *Brussels Airlines* (Belgien) getroffen wurden – eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV darstellen. Während Codesharing-Vereinbarungen für Flugpassagiere erhebliche Vorteile generieren können, können manche Arten solcher Vereinbarungen auch wettbewerbswidrige Auswirkungen haben. Im Mittelpunkt der Kommissionsuntersuchungen steht eine bestimmte Art von Codesharing-Vereinbarungen, mit denen die betreffenden Fluglinien sich darauf geeinigt haben, Sitze der jeweils anderen Fluglinie auf den Strecken Deutschland-Türkei und Belgien-Portugal zu verkaufen, auf denen beide Unternehmen bereits eigene Flüge zwischen eigenen Drehkreuzen anbieten („parallel hub-to-hub code-sharing“) und grundsätzlich in Wettbewerb miteinander stehen sollten. Diese Vereinbarungen gestatten es den Betreibern, auf den Flügen ihrer Partner auf Strecken zwischen ihren Drehkreuzen ("parallel hub-to-hub code-sharing") im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten Sitze in unbegrenzter Zahl zu verkaufen ("free-flow").

(Dies unterscheidet sich von einer anderen gängigen Form des Codesharing, bei der ein Unternehmen Sitze auf Flügen eines Partnerunternehmens auf solchen Strecken verkauft, die es selbst nicht betreibt, um die Reichweite der Dienstleistungen auszuweiten und die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher zu vergrößern.)

Die Art der Codesharing-Vereinbarung, bei der auf Parallelstrecken zwischen Drehkreuzen unbegrenzt Sitzkapazitäten verkauft werden, kann den Wettbewerb verzerren und auf Strecken zwischen Deutschland und der Türkei sowie zwischen Belgien und Portugal zu höheren Preisen und schlechterer Servicequalität für die Verbraucher führen. Gegenstand der Untersuchung sind zum einen die Strecken München-Istanbul und Frankfurt-Istanbul, auf denen *Lufthansa* und *Turkish Airlines* die größten Betreiber sind, und zum anderen die Strecke Brüssel-Lissabon, auf der *Brussels Airlines* und *TAP Air Portugal* die einzigen Betreiber sind.

V. MARKTERSCHLIESSUNGSTHEORIE

"Was ausschaut wie eine Wettbewerbsbeschränkung ist in Wahrheit eine Belebung des Wettbewerbs". "Die Wettbewerbsbeschränkung legt nur das fest, was den Parteien den Wettbewerb erst ermöglicht"

Solche Wettbewerbsbeschränkungen werden gerechtfertigt

- entweder durch teleologische Reduktion des Kartellrechtsanwendungsbereiches (weil ja eigentlich doch keine Wettbewerbsbeschränkung vorliege)
- oder durch Anwendung der 4 Kriterien der efficiency defence iSv Art 101 Abs 3 AEUV, § 2 Abs 1 KartG.

¹⁹⁴ OLG Wien als KG 20. 3. 2013, 26 Kt 17, 18, 27, 28/07, *Pressegrosso II*.

¹⁹⁵ *Johannes Willheim*, Geld ist nicht alles – ein kartellgerichtliches Bekenntnis zur Pressevielfalt, *jur* 2013, 155.

¹⁹⁶ EK 11. 2. 2011, IP/11/147.

Beispiele:

- Beispielsweise wird die Beschränkung des **Intra**brand-Wettbewerbs in manchen Fällen überhaupt erst ermöglichen, dass eine Marke stark genug ist (oder ein Vertriebssystem überhaupt funktioniert, zB beim Kreditkartenvertrieb), um in den Markt als neuer Mitbewerber (**Inter**brand-Wettbewerb) einzutreten (Anwendungsfall der ökonomischen Theorie/Lehre vom "second best")
- Gründung einer Bau-ARGE für Großprojekte (Markterschließungsdoktrin): Eine **Bietergemeinschaft**¹⁹⁷ ist kartellrechtlich (nur) zulässig,¹⁹⁸ **wenn** die beteiligten Unternehmen (jedes für sich betrachtet)¹⁹⁹

(i) zur Zeit der Bildung der Bietergemeinschaft überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Auftragsdurchführung verfügt; oder

(ii) zwar über die erforderlichen Kapazitäten verfügen, aber erst die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben.

Sonst liegt eine Verminderung des Wettbewerbs durch Preis- und Marktaufteilungsabsprache vor.

Schließen sich die Wettbewerber zusammen, um sich dauerhaft (!) gemeinschaftlich um Aufträge zu bemühen, bilden sie keine Bietergemeinschaft (ARGE), sondern ein Gemeinschaftsunternehmen,²⁰⁰ dazu s Zusammenschlusskontrolle (8. Doppelstunde).

Beispiele:

- Verfahren der BWB gegen 49 Installationsbetriebe²⁰¹ (Bietergemeinschaft) wegen angeblich illegaler Preisabsprachen bei Ausschreibungen (war letztlich ein Bagatellkartell²⁰² vor der Novelle ab 1. 3. 2013)
- Unzulässigkeit²⁰³ einer Bietergemeinschaft für flussbauliche Arbeiten im Vergabeverfahren mit "äußerst starker Marktstellung", weil dadurch der wirksame und unverfälschte Wettbewerb beeinträchtigt wurde. Die BIEGE-Mitglieder hätten konkurrierende Angebote abgeben müssen. Im Konkreten handelte es sich um eine BIEGE, deren vier Mitglieder gemeinsam über 99% aller flussbaulichen Arbeiten an der Donau in Österreich im Auftrag der *via Donau – Österreichische Wasserstraßen Gesellschaft mbH* seit deren Bestehen durchgeführt haben. Weder die BIEGE-Mitglieder alleine, noch zu zweit oder zu dritt verfügten über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrages. Das BVA verwies jedoch auf die besondere Verantwortung einer BIEGE mit einer starken Marktstellung, durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen. Dementsprechend hatten die BIEGE-Mitglieder die Verpflich-

¹⁹⁷ Keschmann, Nichts Neues zur (kartellrechtlichen) Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, RPA 2009, 11 [14] betr vergaberechtlichen Ausscheidens von Angeboten bei unzulässigen Bietergemeinschaften; Rüffler, Kartellrechtswidrige Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, RPA 2009, 288.

¹⁹⁸ Vgl Eilmannsberger/Holoubek, ÖZW 2008, 2 (4); Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 42 f zu § 30; Müller, RPA 2004, 148 (152); Opperl, ZBV 2008, 49f; Stifter, bbl 2006, 51 (55); Karollus/Artmann, wbl 2001, 453; Zur vergaberechtl Relevanz vgl VKS Wien 18. 10. 2007, VKS-4093/07.

¹⁹⁹ In Deutschland ist diesbez das BKartA strenger als der BGH, vgl Ralf Müller-Feldhammer, Die Bieter- und Arbeitsgemeinschaft – kartellrechtlich ein Auslaufmodell? NZKart 2019, 463.

²⁰⁰ OLG Düsseldorf 15. 5. 2019, VI-W(Kart) 4/19.

²⁰¹ Kurier 17. 10. 2009, Seite 20: "Wiener Wohnen, Gemauschel zulasten der Mieter".

²⁰² OLG Wien als KG 13. 7. 2012, 27 Kt 20, 21/09; bestätigt von OGH als KOG 2. 12. 2013, 16 Ok 6/12.

²⁰³ BVA 30. 11. 2010, N/0037-BVA/13/2010-108.

tung, das gelindeste Mittel zur Beeinträchtigung des Wettbewerbes zu wählen und hätten daher am Markt entsprechende Leistungen von Dritten (!) zukaufen müssen, um so konkurrierende Angebote abgeben zu können.

- Eventuell Unzulässigkeit einer Angebots-ARGE für Fliesenlegerarbeiten bei Ausschreibung (mangels konkreter Behauptungen des beschwerdeführenden Mitbewerbers wurde hier die Zuschlagsentscheidung der *Stadt Wien Wiener Wohnen* nicht für nichtig erklärt).²⁰⁴

VI. BAGATELLKARTELL (SPÜRBARKEIT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG)

Nicht zu verwechseln mit Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (vgl 1.Doppelstunde)

1. § 2 Abs 2 Z 1 KartG:

Früher (bis 28.2.2013) fielen auch Hardcore-Beschränkungen in die österr Bagatellregeln.

Beispiele:

Wiener Taxiunternehmen kartellierten den Preis für Fahrten von und zum Airport Wien Schwechat zu einem fixen bindenden Einheitspreis von ATS 340,- ; Bagatellkartell, weil Wiener Funktaxis am Markt der gewerblichen Flughafenfahrten mit PKW jedenfalls einen Anteil von weniger als 25% haben.²⁰⁵
Sanitärkartell/Wiener Wohnen.²⁰⁶

Nunmehr sind gem § 2 Abs 2 Z 1 KartG jedenfalls vom Kartellverbot ausgenommen Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind,

- die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10% haben, oder
- Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15% haben,

sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle).

Bezweckte Hard-core-Absprachen sind also niemals ein Bagatellkartell.

Aber: Bloß bewirkte Hard-core-Beschränkungen (zB Preisabsprachen) sind nicht bezweckt, sondern eben nur bewirkt; Beispiel: vereinbarte Gemeinschaftsproduktion²⁰⁷ von Zwischenprodukten samt Preisfestsetzung für interne und externe Zwecke.²⁰⁸

²⁰⁴ VwGH 31. 1. 2013, 2010/04/0070.

²⁰⁵ OLG Wien als KG 25.6.2003, 29 Kt 177/99-169 (29 Kt 178/99, 29 Kt 179/99).

²⁰⁶ OGH als KOG 2. 12. 2013, 16 Ok 6/12, *Sanitärkartell*.

²⁰⁷ Nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert in OGH 26. 6. 2006, 16 Ok 51/05, *Ybbstaler Asphaltmischanlage Greinsfurth*.

Im Bereich sonstiger vertikaler Vereinbarungen ist das Spürbarkeitskriterium für Wettbewerbsbeschränkungen von besonderer Bedeutung.²⁰⁹ Es liegt nämlich sowohl Art 101 AEUV als auch § 1 KartG das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal zugrunde, dass eine Wettbewerbsbeschränkung spürbar sein muss.²¹⁰

2. Bagatell-Bekanntmachung ("De minimis"-Bekanntmachung) der EK

vom 25.6.2014. Die Regeln des § 2 Abs 2 Z 1 KartG stimmen damit nur teilweise überein.

Darin legt die EK fest, unter welchen Voraussetzungen ihrer Auffassung nach wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen wegen zu geringer Bedeutung ("mangels Spürbarkeit") nicht unter Art 101 Abs 1 AEUV fallen, nämlich wenn der von den beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil unter bestimmten Schwellenwerten liegt (10%-Schwelle bei Wettbewerbern insgesamt, 15% bei Nicht-Wettbewerbern); dies ist ein "vergrößertes" Spürbarkeitskriterium (zur Vereinfachung). Diese werden **von der EK** nicht nach dem Wettbewerbsrecht der EU geprüft (die EK – und nur sie – ist iSd Vertrauensschutzes daran gebunden).

Ist eine Wettbewerbsbeschränkung "bezweckt" (agreements having **as their object** the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market; das sind lt EK insb die Kernbeschränkungen), dann wendet die EK die Bagatellausnahme nicht an.

Beachte: Die **nationalen** Wettbewerbsbehörden (NCA) sind dadurch nicht gebunden und dürfen solche Wettbewerbsverstöße dennoch nach Art 101 AEUV ahnden, selbst wenn sie unterhalb dieser Schwellenwerte liegen, sofern diese eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.²¹¹ In Österreich gelten aber nun ohnedies die nahezu gleichen Kriterien.

²⁰⁸ Beispiel erwähnt bei *Wollmann/Urlesberger*, Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012, *ecolex* 2013, 252.

²⁰⁹ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht², 83.

²¹⁰ *Ausf Marcus W A Sonnberger*, Die österreichische Regelung zu Bagatellkartellen und ihre europäischen Vorbilder, *wbl* 2017, 620; *Petsche/Tautscher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG, § 1 KartG Rz 59 mwN.

²¹¹ EuGH FN 22. Auch der OGH als KOG 8. 10. 2015, 16 Ok 2/15b, Pkt 5.3.3 mwN, hat bereits ausgesprochen, dass Maßnahmen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstrecken, in der Regel zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet sind, weil sie schon ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte Marktintegration verhindern können. Ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, hat nämlich schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die in der Europäischen Union angestrebte wirtschaftliche Verflechtung behindert. Daher können auch Maßnahmen von Unternehmen, die sich nur auf den Wettbewerb innerhalb eines einzelnen Mitgliedstaats auswirken, den innergemeinschaftlichen Handel beeinflussen.

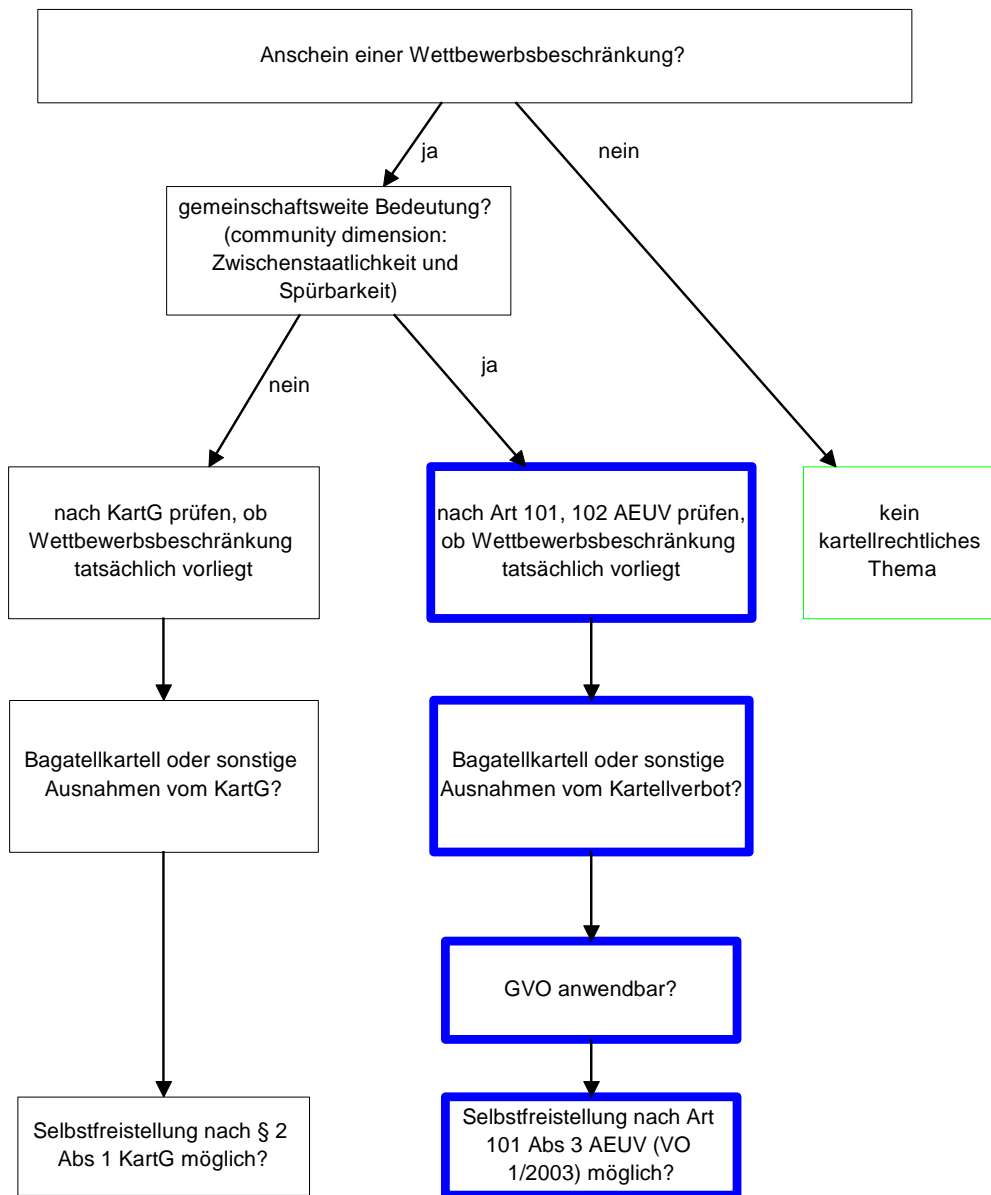
Diese Marktanteilsschwellen gelten laut dieser Bekanntmachung allerdings nicht (daher: weiterhin Per-se-Verbot), wenn

- horizontale Vereinbarungen die Festsetzung von Preisen, die Beschränkung der Erzeugung oder des Absatzes oder die Aufteilung der Märkte bzw Versorgungsquellen bezwecken ("hardcore cartels"),
- vertikale Vereinbarungen eine Preisbindung der zweiten Hand zum Inhalt haben oder zu absolutem Gebietsschutz führen.

Für kleinere und mittlere Unternehmen ("KMU"; nicht mehr als 250 Arbeitnehmer, Jahresumsatz unter 40 Mio Euro oder Bilanzsumme von weniger als 27 Mio Euro) gilt nach Unionsrecht eine "Ausnahmevermutung".

Die EK kann den Bagatellstatus aberkennen, was nach öR nicht möglich ist.

VII. FALLPRÜFUNGSSCHEMA



VIII. RESÜMEE: WEGE AUS DEM KARTELLVERDACHT

Argumente für die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung:

- **Einzelfreistellung** (Art 101 Abs 3 AEUV, § 2 Abs 1 KartG, siehe 2. Doppelstunde) oder **Gruppenfreistellung** (GVO; dazu 3. Doppelstunde)
- **Bagatellkartell** (siehe oben)

- Die Wettbewerbsbeschränkung geschieht nur innerhalb eines Unternehmens ("Konzernprivileg" für eine wirtschaftliche Einheit, bei der die Tochtergesellschaften ihr Marktverhalten nicht wirklich selbständig bestimmen können²¹²)
- Wettbewerbsbeschränkung gegen echte Handelsvertreter (siehe 2. Doppelstunde)
- Bestreitung des Sachverhalts (zB: "keine unzulässige Koordinierung, sondern autonome Reaktion auf den Wettbewerb")
- **Teleologische Reduktion** des gesetzlichen Kartellbegriffes (teilweise ungeschriebene "Ausnahme vom Gesetz"; Tatbestandsreduktion):
 - Vereinbarungen im normalen geschäftlichen Verkehr (zB normaler Kaufvertrag, der ja – zumindest theoretisch – auch den Wettbewerb dadurch beschränkt, dass ein anderer nicht dieselbe Sache kaufen kann).
 - Schutzrechtsinhaltsstheorie bei Lizenzverträgen über gewerbliche Schutzrechte (insb Patent- u Markenrecht; siehe 5. Doppelstunde): "Die Wettbewerbsbeschränkung legt nur das fest, was den Parteien nach dem Gesetz oder nach der Natur der Sache zusteht" - Anwendung strittig.
 - Zulässig ist auch Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsvertrag zu Lasten eines OG-Gesellschafters (so schon § 112 UGB).²¹³
 - Hinweis: Kartellrechtlich unzulässig ist aber ein vertragliches Wettbewerbsverbot
 - zu Lasten eines - an sich nicht einem gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegenden - Kommanditisten (§ 165 UGB),
 - zu Lasten eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OG-Gesellschafters²¹⁴
 - oder GmbH-Gesellschafters²¹⁵ soweit es überschießend ist.²¹⁶
 - Ancillary restraints bei Unternehmenskaufverträgen (siehe 8. Doppelstunde), bei Pachtverträgen, Knowhow-Verträgen.
 - Wettbewerbsbeschränkung zwecks Markterschließung/Marktauftritt (Entstehen von Wettbewerb); dazu siehe oben.

²¹² AA *Koppensteiner* (FN 214), der nur auf gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten und Grenzen (§ 15 AktG, § 115 GmbHG) abstellen will.

²¹³ So sieht es schon das UGB vor, damit eine OG überhaupt erst sinnvoll entstehen (und gleichzeitig wettbewerbsrechtlich ein neuer Mitbewerber entstehen) kann.

²¹⁴ *Koppensteiner*, Gesellschafts- und Kartellrecht, wbl 2011, 285 [292].

²¹⁵ Deutschland: OLG München 11. 11. 2010, U (K) 2143/10, hielt ein im Gesellschaftsvertrag enthaltenes Wettbewerbsverbot (zu Lasten des Gesellschafters und zugunsten der GmbH) für **kartellrechtswidrig** und sah auch einen Verstoß gegen die grundgesetzlich geschützte Erwerbsfreiheit (Rechtsfolge in concreto: Nichtigkeit der Klausel). Textauszug: "Wettbewerbsverbote für Gesellschafter einer GmbH in der Satzung ... sind ... zum einen nur in den von GBW und Art 101 Abs 1 AEUV vorgegebenen Grenzen zulässig (BGH 23. 6. 2009, KZR 58/07 Rn 14 ff, *Gratiszeitung Hallo*). Zum anderen ... weil sie regelmäßig die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters berühren. ... nur zulässig, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über schützenswerte Interessen des Begünstigten hinausgeht und den Verpflichteten übermäßig beschränkt (BGH 30. 11. 2009, II ZR 208/08)." Zuvor war die (vom OLG zitierte) BGH-Jud noch weniger rigoros: BGH 23. 6. 2009, KZR 58/07, *Gratiszeitung Hallo*: "Sie werden nach der Rechtsprechung des Senats dann nicht von § 1 GWB erfasst, wenn sie notwendig sind, um das im Übrigen kartellrechtsneutrale Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten und davor zu schützen, dass ein Gesellschafter es von innen her aushöhlt oder gar zerstört und damit einen leistungsfähigen Wettbewerb zu Gunsten seiner eigenen Konkurrenzfähigkeit ausschaltet" (Rechtsfolge in concreto: Zulässigkeit der Klausel). Zur "Teilnichtigkeit" s a 4. Doppelstunde.

²¹⁶ OGH 24. 7. 2019, 6 Ob 119/19x: Das Wettbewerbsverbot ist sittenwidrig, wenn die Beschränkungen im übergroßen Umfang ohne zeitliche oder örtliche Begrenzung festgelegt werden oder ein auffallendes Missverhältnis zwischen den zu schützenden Interessen und der auferlegten Beschränkung besteht.

IX. WIEDERHOLUNGSFRAGEN

1. Wo ist das österreichische, wo das unionsrechtliche (gemeinschaftsrechtliche) Kartellrecht geregelt?
2. Nennen Sie einige in Österreich ehemals gerichtlich genehmigte Kartelle
3. Wann liegt (generell) ein Kartell vor?
4. Was ist eine Preisempfehlung, wann ist sie zulässig?
5. Was bedeutet die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Kartellrecht?
6. Was ist das Konzernprivileg?
7. Was ist das Wirkungsprinzip?
8. Was ist die Bündeltheorie?
9. Wie lassen sich Wettbewerbsbeschränkungen gegen Handelsvertreter rechtfertigen?
10. Was ist das Spürbarkeitskriterium, wie ist es in Österreich und im Unionsrecht geregelt?
11. Wesentlicher Inhalt der Bagatellbekanntmachung der EK?
12. Wann liegt ein Bagatellkartell nach österreichischem Kartellrecht vor?
13. Was ist ein Hard-core-Kartell?
14. Was bedeuten die Begriffe: Per-se-Verbote, rule of reason und "the more economic approach (MEA)"
15. Was ist eine Preisbindung?
16. Abgrenzung Empfehlungskartell – zulässige Empfehlung?
17. Wie werden vertikale Vertriebsbindungen in Österreich und in der EU betrachtet?
18. A trifft den Mitbewerber B; aufgrund der schlechten Marktsituation und zur Einsparung bei Vertrieb und Transport vereinbaren sie (nur mündlich), dass A die Großkunden im Marktbereich X beliefert und B nur die Privatkunden in diesem Marktbereich X. Ist das zulässig?
19. A empfiehlt B, die Preise und Rabatte so zu kalkulieren wie A. B ärgert sich, weil er keine guten Ratschläge von A braucht. Hat A rechtswidrig gehandelt?
20. Die wichtigsten Mitbewerber einer Region vereinbaren, ihre Preise und Umsätze monatlich einem Treuhänder zu melden, der dann die Daten tabellarisch aufbereitet allen zur Verfügung stellt. Ist das zulässig?
21. Was sind die Rechtsfolgen des Kartellverbotes?
22. Was ist ein Submissionskartell?