

BARNERT EGERMANN ILLIGASCH

RECHTSANWÄLTE

ENTWURF vom 30.06.2023

VERTRAULICH –
PRIVILEGIERTE ANWALTSKORRESPONDENZ

Dr. Michael Barnert, LL.M.
Hon. Prof. (FH) Dr. Clemens Egermann
Dr. Isabella Hartung, LL.M.
Mag. Alexander Illigasch
Mag. Roman Jatzko
Mag. Ludmila Meszarosova
Mag. Elisabeth Peck

Rosenbursenstraße 2
A - 1010 Wien

T +43 · 1 · 513 80 08 · 0
F +43 · 1 · 513 80 08 · 40
E hartung@beira.at
W www.beira.at

Kartellrechtliche Überlegungen zu einem Gasliefervertrag

1. Einleitung, Gegenstand der Notiz

- (1) Ursprünglich geplanter Gegenstand dieser Notiz wäre eine – vom Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie ("**BMK**") beauftragte – kartellrechtliche Prüfung eines Gasliefervertrags zwischen einem österreichischen Industrieunternehmen (Endkunden) und einem österreichischen Gaslieferanten bzw -importeur gewesen. Insbesondere sollte untersucht werden, ob die Berufung des Gaslieferanten, der kein bzw weniger Gas als vereinbart an den Endkunden liefert und sich dabei (lange nach Beginn des Krieges in der Ukraine) auf eine im Liefervertrag enthaltene *vis major*-Klausel beruft, als missbräuchliches Verhalten iSv § 5 KartG bzw Art 102 AEUV eingestuft werden kann. Da jedoch der betreffende Gasliefervertrag letztlich nicht in seiner Gesamtheit, sondern nur in Form eines einseitigen Ausschnitts verfügbar war, sodass eine fallspezifische Analyse nur unter zahlreichen Annahmen und damit nicht sinnvoll möglich wäre, wurde von einer derartigen Analyse abgesehen.
- (2) Diese Notiz enthält daher nun lediglich allgemeine Ausführungen zu den Regeln betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Punkt 2.), zur Marktabgrenzung im Gas-Bereich (Punkt 3.), zu möglicherweise in Frage kommenden Missbrauchstatbeständen (Punkt 4.) sowie zu prozessualen Aspekten des Kartellrechtsvollzugs (Punkt 5.).

2. Allgemeines zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- (3) Artikel 102 AEUV und § 5 KartG verbieten marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Stellung missbräuchlich auszunutzen.
- (4) Zwecks Prüfung, ob die Berufung eines Gaslieferanten auf eine vertraglich vereinbarte *vis major*-Klausel gegenüber einem Endkunden (zB Industrieunternehmen) eine nach Art 102 AEUV bzw § 5 KartG verbotene Verhaltensweise darstellt, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen, auf dem der Gaslieferant tätig ist. Danach muss analysiert werden, ob der Lieferant eine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt innehat, und bejahendenfalls, ob die Berufung auf eine *vis major*-Klausel zur

BARNERT EGERMANN ILLIGASCH

RECHTSANWÄLTE

Rechtfertigung einer Nichtlieferung – also die Überwälzung des Risikos einer Nichtverfügbarkeit von Gas vom Lieferanten auf den Kunden – eine missbräuchliche Verhaltensweise darstellt.

- (5) Der relevante Markt bedarf sowohl in sachlicher (also das Produkt betreffend) als auch in örtlicher Hinsicht der Abgrenzung. Die Europäische Kommission ("**Kommission**") ebenso wie nationale Kartellbehörden haben in ihrer Entscheidungspraxis bereits sachlich und geographisch relevante Gasmärkte abgegrenzt (siehe dazu unten, Rn (8)ff).
- (6) Marktbeherrschend ist ein Unternehmen dann, wenn es in seiner Position am relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager (i) keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder (ii) eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Es können auch mehrere Unternehmen gemeinsam marktbeherrschend sein, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die gerade genannten Voraussetzungen erfüllen. Gemäß § 4 KartG besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung für eine Marktbeherrschung ua dann, wenn (i) ein Unternehmer alleine einen Anteil von mindestens 30% hält, (ii) drei oder weniger Unternehmer zusammen einen Anteil von mindestens 50% oder (iii) fünf oder weniger Unternehmer zusammen einen Anteil von mindestens zwei Dritteln am relevanten Markt haben. Nach § 4 Abs 3 KartG gilt auch ein solcher Unternehmer als marktbeherrschend, der eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern (oder Lieferanten) überragende Marktstellung hat. Dieser Beherrschungstatbestand stellt auf eine außergewöhnliche Gewichtsverteilung bei Geschäftsbeziehungen im Vertikalverhältnis ab. Hier geht es um eine relative Marktbeherrschung, die insbesondere dann vorliegt, wenn die Abnehmer zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung angewiesen sind.
- (7) Der Begriff des Missbrauchs erfasst Verhaltensweisen des Marktbeherrschers auf einem Markt, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit dieses Unternehmens bereits geschwächt ist, und welche die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von jenen eines normalen Leistungswettbewerbs abweichen. Dabei wird teilweise zwischen Ausbeutungsmissbrauch einerseits und Behinderungsmissbrauch andererseits unterschieden, je nachdem, ob die missbräuchliche Verhaltensweise auf die "Ausbeutung" bzw Übervorteilung von Kunden oder sonstigen Vertragspartnern oder auf die Behinderung von aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern abzielt. Ob eine bestimmte Verhaltensweise als missbräuchlich einzustufen ist, lässt sich kaum allgemein sagen. Vielmehr muss anhand aller relevanten Umstände des konkreten Falls analysiert werden, ob das Verhalten des Marktbeherrschers geeignet ist, im betreffenden Markt zu konkreten (negativen) Auswirkungen zu führen. Als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gelten verschiedene Verhaltensweisen, die im Gesetz nur beispielhaft aufgezählt und durch die Rechtsprechung näher konkretisiert bzw ergänzt werden. Ein Missbrauch einer

marktbeherrschenden Stellung kann insbesondere etwa darin bestehen, dass Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die sich bei wirksamen Wettbewerb nicht ergeben würden, oder dass die Erzeugung, der Absatz oder die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher eingeschränkt wird.

3. Marktabgrenzung

3.1 Österreichische Rechtsprechung

- (8) Das Kartellgericht hat in seinem Beschluss vom 09.10.2013, GZ 26 Kt 69, 70/13 festgehalten, dass "die Versorgung von Kraftwerken mit Erdgas einen eigenen sachlich relevanten Markt [darstellt]. *Räumlich ist dieser Markt im Hinblick auf die leitungsgebundene Versorgung mit dem Marktgebiet Ost (die Bundesländer Burgenland, Niederösterreich, Wien, Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Steiermark [§ 12 Abs 1 Z 1 und Abs 2 GWG 2011]) abzugrenzen. Das auf diesem Markt nachgefragte Produkt ist die "strukturierte" Lieferung von Erdgas".*¹
- (9) Außerdem hat das Kartellgericht in einer Entscheidung vom 28.06.2019, GZ 29 Kt 4/16d, Folgendes festgehalten: "Seit der Umstellung der Struktur der russischen Importe nach Österreich im Jahr 2006 besteht ein einheitlicher Markt für die Belieferung österreichischer Importeure und Großhändler mit unstrukturiertem Erdgas. Die Stufe eines Zwischenhandels zur Belieferung von Unternehmen, die unstrukturiertes Gas einkaufen und strukturiert weiterverkaufen, besteht nicht mehr. Würde man der obigen Abgrenzung des sachlich relevanten Markts für sämtliche unstrukturierten Gaslieferungen in das Marktgebiet Ost nicht folgen, wäre – da unstrukturiertes Gas ansonsten im Marktgebiet Ost direkt vom Produzenten bezogen wird – ein eigener Zwischenhandelsmarkt für unstrukturierte Gaslieferungen aus Russland anzunehmen, an dem Importeure als Anbieter und Zwischenhändler als Abnehmer beteiligt wären. Da E***** GmbH und C***** direkt von GE beliefert werden, wären auf einem derart definierten Markt im Jahr 2006 und in den Folgejahren nur die Antragsgegnerin als Anbieterin und S*****, K***** und E***** als Abnehmer beteiligt gewesen".²

3.2 Deutsche Entscheidungspraxis

- (10) Das deutsche Bundeskartellamt kommt in seiner Entscheidung vom 26.02.2019, B8-28/19, zu folgender Ansicht: "Mit der Entscheidung im Fusionskontrollverfahren EWE/VNG hatte das Bundeskartellamt die bisherige Unterscheidung zwischen der Belieferung überregionaler Ferngasgesellschaften (1. Stufe) und regionaler Ferngasunternehmen (2. Stufe) aufgegeben. Beide Marktstufen werden seitdem

¹ OGH als KOG vom 16.09.2014, 16 Ok 13/13.

² OGH als KOG vom 25.01.2021, 16 Ok 3/20g.

sachlich zu einer einheitlichen Großhandelsstufe (für H-Gas und L-Gas gemeinsam) einschließlich der Händler zusammengefasst; es wird von einem einheitlichen Markt für die Gasbelieferung von regionalen und lokalen Weiterverteilern durch Großhändler ausgegangen. Räumlich wird der Gasgroßhandelsmarkt seit der genannten Entscheidung nicht mehr netzbezogen, sondern bundesweit abgegrenzt und mithin nicht nach den Marktgebieten GASPOOL und Net Connect Germany differenziert. Auf einem einheitlichen bundesweiten Gasgroßhandelsmarkt, auf dem sowohl überregionale Ferngasgesellschaften, die Gas selbst produzieren und/oder importieren, als auch regionale Ferngasunternehmen und Händler tätig sind, erreicht RWE als rein importierende überregionale Ferngasgesellschaft bei den Gasverkäufen einen Marktanteil von unter 5 Prozent bezogen auf den Gesamtverbrauch der an die Gasfernleitungs- und die Gasverteilernetze angeschlossenen Endkunden".

- (11) "Nach ständiger Entscheidungspraxis grenzt das Bundeskartellamt innerhalb des Gasendkundenmarktes – analog zum Stromendkundenmarkt – drei eigenständige sachlich relevante Märkte ab, nämlich die Belieferung von RLM-Kunden, die Belieferung von SLP-Kunden auf der Basis von Sonderverträgen sowie die Belieferung von SLP-Kunden in der Grundversorgung. Während die beiden erstgenannten Märkte deutschlandweit abgegrenzt werden, handelt es sich bei letztgenanntem Markt um einen regionalen Markt bezogen auf das jeweilige Netzgebiet der allgemeinen Versorgung."³

3.3 Entscheidungspraxis der Kommission

- (12) In der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission wurden die Gasmärkte in folgende Bereiche unterteilt: (i) Förderung und Exploration von Erdgas, (ii) Gasgroßhandel, (iii) Gasübertragung (über Hochdrucksysteme), (iv) Gasverteilung (über Niederdrucksysteme), (v) Gasspeicherung, (vi) Gashandel, (vii) Gasversorgung der Endkunden und (viii) der Markt für die Infrastruktur für Gasimporte (dieser umfasst internationale Pipelines und Regasifizierungsterminals). Der Markt für die Gasversorgung der Endkunden kann weiter unterteilt werden nach den verschiedenen Arten von Endkunden (große und industrielle Kunden, kleine und mittlere Unternehmen, Haushalte etc).⁴
- (13) Die Kommission hat den Erdgasgroßhandel in ihrer jüngeren Entscheidungspraxis zumindest national und den Markt für die Gaslieferung an große Industriekunden als national, trotz lokaler Wettbewerbselemente, abgegrenzt.⁵

³ Bundeskartellamt vom 26.02.2019, B8-28/19; "RLM-Kunden" = Kunden mit registrierter Leistungsmessung; "SLP-Kunden" = Kunden mit Standardlastprofil.

⁴ Kommission vom 13.10.2022, M.10619 – SNAM/ENI/JV, Rn 29f.

⁵ Kommission vom 14.12.2020, M.9990 – VATTENFALL/ENGIE/GASAG, Rn 34 und 51.

4. Mögliche Missbrauchstatbestände

4.1 Allgemeines zum Konditionenmissbrauch

- (14) Geschäftsbedingungen können einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung verwirklichen, wenn sie die Vorteile und Risiken eines Rechtsgeschäftes einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmers verteilen und so entweder mit wettbewerblichen Schutzzwecken oder mit der Sicherung individueller Belange vor Ausbeutung in Konflikt geraten, wenn also die erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind. So etwa dann, wenn die vom marktbeherrschenden Unternehmer als Voraussetzung für den Vertragsabschluss genannten Bedingungen volkswirtschaftlich als Missbrauch der Stellung im Markt zu bloßem unternehmenseigenem Nutzen des marktbeherrschenden Unternehmers zu qualifizieren sind oder wenn der Marktbeherrscher dem Vertragspartner Verpflichtungen auferlegt, die für die Verwirklichung eines an sich legitimen Zieles entbehrlich sind und die Freiheit des Vertragspartners unbillig beschränken.⁶
- (15) Ein Konditionenmissbrauch liegt laut der Rsp dann vor, wenn die vom Marktbeherrscher erzwungenen Konditionen offensichtlich unbillig sind bzw zu den Kosten der Leistungserbringung in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen. Regelmäßig ist eine Interessenabwägung im Einzelfall unerlässlich. Orientierung gibt dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er verbietet einem Marktbeherrscher nicht nur die Verfolgung eines grundsätzlich legitimen unternehmerischen Zwecks mit unlauteren Mitteln, sondern darüber hinaus auch alles, was den Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mehr als erforderlich einschränkt.⁷

4.2 Beispiele für einen Konditionenmissbrauch

- (16) Unter anderem folgende Verhaltensweisen wurden in der Vergangenheit in der österreichischen, deutschen oder europäischen Fallpraxis als Konditionenmissbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmers oder zumindest als bedenklich eingeordnet:
- *Aufrechnungsverbote* (OGH als Kartellobergericht): Ein vom Marktbeherrscher gegenüber seinen Vertragspartnern erzwungenes vertragliches Aufrechnungsverbot ist jedenfalls insoweit missbräuchlich und daher nichtig, als damit Gegenforderungen ausgeschlossen werden, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Marktbeherrschers stehen.⁸ Ein Missbrauch liegt zB vor, wenn ein Gebietshändler nicht mit eigenen Schadenersatzforderungen infolge einer Vertragsverletzung des

⁶ OGH als KOG 20.12.2004, 16 Ok 18/04, mit Verweis auf OGH 15.10.2002, 4 Ob 187/02g.

⁷ OGH als KOG 17.2.2021, 16 Ok 4/20d.

⁸ RIS-Justiz RS0116890.

Generalimporteurs gegen dessen Lieferforderungen aus dem verletzten Vertrag aufrechnen könnte.⁹

- *Peugeot* (OGH als Kartellobergericht): ZB die Koppelung von Prämienzahlungen mit dem bestehenden und tatsächlich praktizierten System der Kundenzufriedenheitsumfragen.¹⁰
- *Amazon* (Zusagen gegenüber der BWB): ZB die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung oder Aussetzung des Vertrages mit sofortiger Wirkung, ohne Angabe von Gründen.¹¹
- *Facebook* (Bundeskartellamt): Facebook handelte missbräuchlich, weil Nutzer das soziale Netzwerk nur unter der Voraussetzung nutzen konnten, dass Facebook auch außerhalb der Facebook-Seite Daten über den Nutzer im Internet oder auf Smartphone-Apps sammelt und dem Facebook-Nutzerkonto zuordnet. Alle auf Facebook selbst, den konzerneigenen Diensten wie zB WhatsApp und Instagram sowie den auf Drittwebseiten gesammelte Daten können mit dem Facebook-Nutzerkonto zusammengeführt werden.¹²

4.3 Lieferverweigerung als missbräuchliche Verhaltensweise

- (17) Der Begriff der Geschäfts- bzw Leistungsverweigerung umfasst nicht nur die völlige und endgültige Verweigerung der Belieferung, sondern auch eine lang anhaltende und beharrliche Hinhaltetaktik eines beherrschenden Unternehmers, wenn es für ein solches Verhalten keinen triftigen Grund gibt und es in seiner Wirkung einer Leistungsverweigerung gleichkommt. Dabei ist zu prüfen, ob das Geschäftsgebaren des Marktbeherrschers Teil eines Verhaltensmusters ist, das unter den gegebenen

⁹ OGH als KOG 15.10.2002, 4 Ob 187/02.

¹⁰ OGH als KOG 17.2.2021, 16 Ok 4/20d.

¹¹ Fallbericht der BWB zu Amazon, 17.07.2019, abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/BWB_Amazon-Fallbericht_20190717.pdf.

¹² Vgl Meldung des Bundeskartellamts, 07.02.2019, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Das OLG Düsseldorf hat diesbezügliche Fragen dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt – die Entscheidung des EuGH soll voraussichtlich am 04.07.2023 verkündet werden. Meta (ehemals Facebook) plant mittlerweile die Einführung einer neuen Kontenübersicht, in welcher die Kunden erstmals weitgehend frei und informiert entscheiden, ob sie Meta-Dienste isoliert nutzen oder diese miteinander verknüpfen wollen (siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2023/07_06_2023_Meta_Datenaenderung.html).

Umständen als unangemessen zu betrachten ist und den Wettbewerb beschränkt bzw beschränken könnte.¹³

- (18) In Krisenzeiten rechtfertigt die Rohstoffverknappung grundsätzlich die Lieferverweigerung gegenüber Gelegenheitskunden, falls diese nicht in ihrer Existenz gefährdet werden.¹⁴ Gegenüber Stammkunden kann das marktbeherrschende Unternehmen aber eine Pflicht zur Repartierung seiner knappen Ressourcen treffen.¹⁵

5. Ahndung von Verstößen gegen das Missbrauchsverbot / Prozessuale Aspekte

5.1 Allgemeines

- (19) Grundsätzlich sind zur Vollziehung des Art 102 AEUV in den Mitgliedstaaten sowohl die Europäische Kommission als auch die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig. Die jeweiligen Kompetenzen und die Zusammenarbeit dieser Behörden sind in der VO (EG) 1/2003 geregelt; die dortigen Bestimmungen werden auf EU-Ebene durch weitere Regelwerke komplettiert (zB Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, 2004/C 101/03). Die nationalen Regeln zur Durchsetzung von Verstößen gegen Art 102 AEUV und § 5 KartG finden sich im KartellG und WettbG.
- (20) Im Folgenden werden die Möglichkeiten zur Durchsetzung des Missbrauchsverbots auf nationaler (österreichischer) Ebene kurz zusammengefasst.

5.2 Antrag ans Kartellgericht

- (21) Das OLG Wien als Kartellgericht hat Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wirksam abzustellen und den beteiligten Unternehmern die hierzu erforderlichen Aufträge zu erteilen (sog "Abstellungsauftrag", § 26 KartG). Soweit die Voraussetzungen für die Abstellung einer Zuwiderhandlung bescheinigt sind, hat das Kartellgericht auf Antrag die erforderlichen Aufträge mit einstweiliger Verfügung (EV) zu erteilen (§ 48 Abs 1 KartG; eine

¹³ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rn 49 mit Verweis auf Kommission, COMP/38.096 – *Clearstream*, Rn 223.

¹⁴ *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³, Art 102 AEUV Rn 51 mit Verweis auf EuGH Slg 1978 1513 – *BP*, Rn 29. Der diesem Urteil des EuGH zugrunde liegende Sachverhalt war aber insofern etwas anders gelagert als der gegenständliche, als BP seine Stammkunden in einer Krisensituation betreffend Mineralölprodukte besser behandelte als Gelegenheitskunden (es lag also auch ein Diskriminierungselement vor, das im damaligen Fall jedoch sachlich gerechtfertigt war).

¹⁵ *Bulst in Bunte*, Kartellrecht Kommentar¹⁴, Band 2 Art 102 AEUV, Rn 265 ebenfalls mit Verweis auf EuGH Slg 1978 1513 – *BP*, Rn 29.

ansonsten im Provisorialverfahren notwendige Bescheinigung auch der drohenden Gefahr ist für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Voraussetzung).

- (22) Das Kartellgericht kann einen Abstellungsauftrag grundsätzlich auf Antrag ua der Bundeswettbewerbsbehörde, des Bundeskartellanwalts, der Regulatoren (zB E-Control), der WKÖ und jedes Unternehmers, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung hat, erlassen. Im gegenständlichen Fall könnte also zB das betroffene Industrieunternehmen selbst, die E-Control oder auch die WKÖ die Abstellung des inkriminierten Verhaltens beim Kartellgericht beantragen. Das BMK hingegen wäre nicht antragsberechtigt.
- (23) Das Verfahren vor dem Kartellgericht bringt insofern weniger Kostenrisiko als ein Zivilverfahren mit sich, als eine Kostenersatzpflicht der unterliegenden Partei nur soweit eintritt, als die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung mutwillig war. Letzteres wird in den seltensten Fällen angenommen. Überdies ist die Bestimmung des § 394 EO (die für Provisorialverfahren eine verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht der gefährdeten Partei vorsieht im Fall rechtskräftiger Abweisung des durch eine EV gesicherten Anspruchs im Hauptverfahren) bei kartellrechtlichen Provisorialverfahren nicht anzuwenden.¹⁶ Insofern besteht auch diesbezüglich im Kartellverfahren ein geringeres Prozessrisiko als in einem Zivilverfahren.
- (24) Die BWB hat in der Vergangenheit nur sehr selten selbst Anträge ans Kartellgericht zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gestellt. Jüngst hat die BWB jedoch im Nachgang zu einem Verfahren vor dem Kartellgericht, das mit einem privat initiierten (also nicht von der BWB selbst beantragten) Abstellungsauftrag beendet wurde, einen Antrag ans Kartellgericht auf Verhängung einer Geldbuße gegen das marktbeherrschende Unternehmen gestellt. Geldbußen (§ 29 KartG) können vom Kartellgericht auf Antrag lediglich der BWB oder des Bundeskartellanwalts verhängt werden (nicht aber auf Antrag sonstiger Interessenten).

5.3 Beschwerde an die Bundeswettbewerbsbehörde / den Bundeskartellanwalt

- (25) Die inkriminierte Verhaltensweise könnte auch der als Aufgriffs- und Ermittlungsinstanz fungierenden Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) zur Kenntnis gebracht werden mit dem Ersuchen, entsprechende Ermittlungen (meist in Form eines Auskunftsverlangens) einzuleiten und einen Antrag auf Abstellung (§ 26 KartG), allenfalls auch auf Verhängung einer Geldbuße (§ 29 KartG) beim Kartellgericht zu stellen.
- (26) Möglich ist auch die gleichzeitige Einbringung der Beschwerde beim Bundeskartellanwalt. Dieser ist jedoch aufgrund beschränkter Personalressourcen

¹⁶ OGH als KOG vom 15.12.2003, 16 Ok 9/03.

teilweise nicht in der Lage, sehr faktenintensive Verfahren zu führen; insofern sollte jedenfalls auch die BWB mit der Sache befasst werden.

- (27) Eine derartige Beschwerde kann – abgesehen von der empfohlenen Verwendung des Formblatts der BWB für Beschwerden¹⁷ – relativ formlos erfolgen und ist mit keinerlei Kostenrisiko verbunden. Falls sich die BWB (und auch der Bundeskartellanwalt) nach Prüfung der Beschwerde (und allfälliger weiterer Ermittlungen) aus welchen Gründen auch immer doch nicht entscheiden sollte, einen Abstellungs- (und allenfalls auch Geldbußen-)Antrag beim Kartellgericht zu stellen, könnte ein Abstellungsantrag immer noch zB von dem vom Missbrauch betroffenen Unternehmen selbst eingebracht werden.

5.4 UWG-Verfahren

- (28) Grundsätzlich können Verstöße gegen kartellrechtliche Verbote auch mittels einer (Unterlassungs- bzw Schadenersatz-)Klage vor den Handelsgerichten nach § 1 UWG als Tatbestand des "Rechtsbruchs" geltend gemacht werden. Es liegt allerdings nur dann auch ein Verstoß gegen § 1 UWG vor, wenn die vom Beklagten vertretene Auslegung der verletzten Norm nicht mit gutem Grund vertreten werden kann (es muss sich also um eine unvertretbare Rechtsauffassung handeln).¹⁸ Bei einer solchen UWG-Klage ist das Kostenrisiko im Vergleich zu einem Antrag ans Kartellgericht ungleich größer.

5.5 Zivilverfahren

- (29) § 5 KartG stellt ein gesetzliches Verbot dar, dessen Übertretung gem § 879 Abs 1 ABGB die Nichtigkeit eines Vertrags oder von Vertragsbestandteilen, mit denen missbräuchliches Verhalten verwirklicht wird, begründen kann. Über diese zivilrechtliche Folge eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot spricht nicht das Kartellgericht ab. Die durch den Missbrauch beschwerte Partei kann sich aber in einem zwischen den Vertragsparteien geführten Zivilverfahren auf die Nichtigkeit berufen.

Wien, am 30. Juni 2023

Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH

¹⁷ https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/BWB_Beschwerdeformular.pdf.

¹⁸ Vgl zB *Kraft/Steinmair*, UWG: Praxiskommentar², § 1 UWG Rn 160.