

Rupprecht Podszun / Viktoria H.S.E. Robertson

Die Überprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen durch die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich

Wie überprüfen Gerichte kartellrechtliche Entscheidungen? Welche Prüfmaßstäbe setzen sie an, und wie verhält es sich mit der parallelen Anwendung von Unions- und nationalem Kartellrecht? Diese Forschungsfragen waren Teil eines groß angelegten, europäischen Projekts mit dem Titel „Mapping Judicial Review of National Competition Law Decisions“. Hier stellen wir die wesentlichen Erkenntnisse für Deutschland und Österreich vor. Kern der Studie ist eine quantitative Erhebung zu Gerichtsentscheidungen in Kartell- und Missbrauchsverfahren, die durch Wettbewerbsbehörden initiiert wurden. Der europäische Vergleich ermöglicht einen geschärften Blick auf das eigene System und Schlussfolgerungen für die institutionellen Rahmenbedingungen.

- I. Methodische Vorbemerkungen
 1. Das Mapping Judicial Review Project
 2. Unterschiedliches institutionelles Setting
 3. Vorhandenes Datenmaterial
- II. Quantitative Ergebnisse
 1. Deutschland
 2. Österreich
- III. Qualitative Analyse
 1. Kontrolle von Macht
 2. Prüfungsthemen und Prüfungsmaßstäbe
 3. Rolle des Unionsrechts
 4. Systembedingte Eigenheiten in Österreich
 5. Anreize und Möglichkeiten für eine gerichtliche Durchdringung
 6. Grenzen der empirischen Analyse

I. Methodische Vorbemerkungen

Für eine paneuropäische rechtsvergleichende Studie unternahmen wir die Sammlung und Auswertung der kartellrechtlichen Rechtsprechung in Deutschland und Österreich. Dafür sind Vorbedingungen und Weichenstellungen relevant, die z.B. den Zugang zu den notwendigen Daten und die unterschiedlichen Entscheidungssysteme betreffen.

1. Das Mapping Judicial Review Project

Der vorliegende Beitrag ist Teil des wissenschaftlichen „Mapping Judicial Review“-Projekts.¹ Ausgangsidee war, dass zwar zahlreiche materielle Aspekte der Anwendung des Kartellrechts in der EU seit Inkrafttreten der VO 1/2003² am 01.05.2004 harmonisiert sind, dass die nationale gerichtliche Überprüfung durch diese VO jedoch so gut wie nicht berührt und institutionell auch gänzlich unterschiedlich gestaltet ist.

1 Vgl. Rodger/Brook, *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK*, 2024.

2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L1/1.

Mit Hilfe einer alle Mitgliedstaaten der EU und das Vereinigte Königreich umfassenden Studie sollten vergleichende empirische Ergebnisse vorgelegt werden,

„to (i) comprehensively map out the judicial review practices across the EU and the UK, comparing their quantitative and qualitative aspects across the various jurisdictions and (ii) to assess if and how the judicial review of the national competition law agencies safeguards the right to an effective remedy before a tribunal.“³

Initiative und Leitung des Projekts lagen bei *Barry Rodger* (Strathclyde) und *Or Brook* (Leeds), die von einem Leitungsteam sowie nationalen Berichterstellerinnen und Berichterstellern unterstützt wurden. Für Österreich übernahm *Viktoria H.S.E. Robertson* die Aufgabe,⁴ für Deutschland *Rupprecht Podszun* mit *Nils Overhoff*.

Erhoben werden sollten alle nationalen Gerichtsentscheidungen, die auf eine öffentliche Durchsetzung der Art. 101, 102 AEUV bzw. die nationalen Äquivalente zurückgehen, und zwischen dem 01.05.2004 (Inkrafttreten der VO 1/2003) und dem 30.04.2021 (Ende des Betrachtungszeitraums) ergingen. Fusionskontrollfälle und die private Kartellrechtsdurchsetzung waren nicht Gegenstand der Untersuchung, da das Erkenntnisinteresse auf VO 1/2003 gerichtet war.⁵ Den nationalen Berichterstellerinnen und Berichterstellern wurde ein Coding Book zur Verfügung gestellt, mit dessen Hilfe die Gerichtsentscheidungen vereinheitlicht ausgewertet werden sollten.

2. Unterschiedliches institutionelles Setting

Bei Rechtsvergleichen muss stets das unterschiedliche institutionelle Setting berücksichtigt werden. Hier weisen Deutschland und Österreich erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Verfahren und beteiligten Akteurinnen und Akteure auf. Ausgangspunkt in beiden Ländern ist das Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden, und nur die Fälle, die von Behörden initiiert werden,⁶ waren Gegenstand der Analyse. Die private Kartellrechtsdurchsetzung wurde ausgeblendet. Während in Deutschland die erste Entscheidung im Bundeskartellamt (BKartA) fällt, folgt Österreich ähnlich wie die USA einem justiziellen System, in dem die Behörde eine gerichtliche Entscheidung beantragen muss.

3 Projektbeschreibung von der Website: *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU: Empirical Mapping 2004-2021*, <https://fmos.link/24784> (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

4 Dank ergeht an dieser Stelle an die Bundeswettbewerbsbehörde, welche die empirische Erhebung und Auswertung in Österreich sowohl finanziell als auch durch Feedback unterstützte.

5 In der Evaluation zu VO 1/2003 wird das Verhältnis der nationalen Gerichte zum europäischen Recht kurz angesprochen, siehe *Commission Staff Working Document of 5 September 2024, Evaluation of Regulation 1/2003 and 773/2004, SWD(2024) 216 final*, S. 261 ff.

6 Die Aktivitäten der Landeskartellbehörden in Deutschland wurden ausgeblendet.

a) Deutschland

Für Deutschland sind folgende Aspekte besonders wichtig.

Handelnde Akteurinnen und Akteure: Im Bundeskartellamt entscheiden Beschlussabteilungen mit jeweils drei Personen, die in ihrer Entscheidung unabhängig sind. Beschwerden über diese Entscheidungen werden von den Kartellsenaten des OLG Düsseldorf⁷ und sodann des BGH verhandelt. Die Senate sind mit Richterinnen und Richtern besetzt, die nicht zwingend eine kartellrechtliche oder ökonomische Vorbildung haben, aber durch die Spezialisierung im Senat im Laufe der Zeit Expertise gewinnen. Die Ausnahmevorschrift in § 73 Abs. 5 GWB für Verfahren nach § 19a GWB, mit der das OLG Düsseldorf in bestimmten Fällen übersprungen wird, wurde im Betrachtungszeitraum nicht relevant. Dies ist allerdings ein spektakulärer legislativer Eingriff in das System der gerichtlichen Überprüfung.

Überprüfungsumfang: Für den Umfang der Überprüfung ist zu differenzieren, ob das BKartA eine Bußgeldentscheidung (wie typischerweise bei Kartellen) oder eine Entscheidung im Verwaltungsverfahren (z.B. bei sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen oder missbräuchlichen Verhaltensweisen) getroffen hat. In Verwaltungsverfahren ist die Beschwerde (vgl. § 73 GWB) zulässig. Sie hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (vgl. § 66 GWB), weshalb ggf. in einem weiteren Verfahren parallel einstweiliger Rechtsschutz gesucht wird. Sowohl im Beschwerdeverfahren wie auch im Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung wird die Kartellamtsentscheidung vollumfänglich auf Tatsachen- und Rechtsfragen überprüft, im Eilrechtsschutz summarisch.⁸

Gegen Bußgeldentscheidungen ist ein Einspruch möglich (§ 67 OWiG). Dieser führt beim Oberlandesgericht nicht zu einer Überprüfung der Kartellamtsentscheidung, sondern in der Regel zu einer gänzlich neuen Verhandlung und Beweisaufnahme.⁹

Der BGH überprüft jeweils nur die vorangegangene OLG-Entscheidung, nicht die Entscheidung der Kartellbehörde. Der Prüfungsumfang ist auf Rechtsfragen beschränkt. Die Rechtsbeschwerde ist nur möglich, wenn diese zugelassen ist oder eine Nichtzulassungsbeschwerde erfolgreich ist (vgl. § 77 GWB).

Rechtsänderungen: Mit Blick auf die Rechtslage ist zu beachten, dass es im Betrachtungszeitraum zu Änderungen kam. Viele Bußgeldverfahren, die in den Betrachtungszeitraum fielen, hatten ihren Ursprung vor Mai 2004 und das jeweils anzuwendende Recht kann somit differieren. Zum Ende des Betrachtungszeitraums wurde für Einsprüche gegen Bußgeldentscheidungen geregelt, dass das BKartA selbst vor dem OLG auftreten kann und nicht mehr auf die Vertretung durch die Staatsanwaltschaft angewiesen ist (§ 82a Abs. 1 GWB). 2019 wurde ein fester Kartellsenat beim BGH eingerichtet.

Rolle Dritter im Verfahren: Andere Parteien können im Rechtsbehelfsverfahren bei erheblicher Berührung ihrer Interessen am Verfahren beteiligt werden, wenn sie zuvor zum Verfahren

bei der Behörde beigelegt wurden (vgl. § 63 GWB). Sie haben dann grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Betroffenen.¹⁰ Am Bußgeldverfahren nehmen Dritte nicht teil.

b) Österreich

Für Österreich sind folgende Aspekte besonders wichtig.

Handelnde Akteurinnen und Akteure: In Österreich gibt es drei „nationale Wettbewerbsbehörden“ i.S.d. VO 1/2003: die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), den Bundeskartellanwalt und das Kartellgericht (KG).¹¹ BWB und Bundeskartellanwalt sind für Wettbewerb zuständige nationale Verwaltungsbehörden, das KG hingegen ist ein für Wettbewerb zuständiges nationales Justizorgan in der Diktion der ECN+-Richtlinie.¹²

Weder BWB noch Bundeskartellanwalt verfügen über eine eigene Entscheidungsbefugnis im Bereich des Kartellrechts. Als Amtsparteien¹³ können sie allerdings eigenständig Anträge beim KG einbringen („public enforcement“). Sie sind darüber hinaus auch an jedem Verfahren vor dem KG, das von Privaten eingeleitet wurde („private enforcement“), im öffentlichen Interesse beteiligt.¹⁴

Die BWB, welche im Jahr 2002 eingerichtet wurde,¹⁵ ist organisatorisch beim Wirtschaftsministerium angesiedelt, jedoch in ihrer Entscheidungsfindung gemäß § 1 Abs. 3 WettbG ausdrücklich unabhängig und weisungsfrei. Sie ist monokratisch organisiert und wird von der Generaldirektorin für Wettbewerb, *Natalie Harsdorf*, geleitet. Sie verfügt über knapp 70 Planstellen¹⁶ und ist befugt, Ermittlungen zu führen (z.B. Hausdurchsuchungen, Informationensuchen). Der Bundeskartellanwalt wurde im Jahr 2002 beim Justizministerium eingerichtet. Er ist weisungsgebunden und kann keine eigenen Ermittlungshandlungen durchführen. Derzeitiger Bundeskartellanwalt ist *Heinz Ludwig Majer*, der über eine Stellvertreterin und einen Stellvertreter verfügt.

BWB und Bundeskartellanwalt wachen über die Einhaltung des Kartellverbots (§§ 1, 2 KartG;¹⁷ Art. 101 AEUV), des Marktmissbrauchsverbots (§ 5 KartG; Art. 102 AEUV) sowie der Fusionskontrolle (§§ 7 ff. KartG).¹⁸ Mangels eigener Entscheidungskompetenz müssen beide einen Antrag beim KG einbringen, um die Abstellung oder Feststellung kartellrechtswidrigen Verhaltens, die Verhängung einer Geldbuße oder die Überprüfung einer Fusion zu erreichen.

10 Näher Karsten Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, Bd. 2, § 63 Rn. 7.

11 Art. 35 VO 1/2003; § 83 Abs. 1 KartG designiert das Kartellgericht als nationale Wettbewerbsbehörde, welche für die Erlassung von Entscheidungen zuständig ist, und den Bundeskartellanwalt als nationale Wettbewerbsbehörde, welche für die Antragstellung beim Kartellgericht zuständig ist. § 3 Abs. 1 WettbG designiert darüber hinaus die BWB als „für die Durchführung der Europäischen Wettbewerbsregeln (§ 4 Abs. 1) zuständige österreichische Behörde“, welche auch in das European Competition Network (ECN) eingebunden ist.

12 Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ECN+ Richtlinie), ABl. 2019 L 11/3.

13 § 41 KartG, öBGBI. I 61/2005 idGF.

14 § 40 KartG.

15 Gesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz, WettbG), öBGBI. I 65/2002 idGF.

16 Vgl. BWB, Tätigkeitsbericht 2023, 2024, S. 30, <https://fmos.link/24785> (zuletzt abgerufen am 30.09.2024); Robertson, WuW 2024, 60.

17 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005), öBGBI. I 61/2005 idGF.

18 Zum österr. Kartellrecht, vgl. Robertson, Competition Law in Austria, 2. Aufl. 2025 (im Erscheinen).

7 Welcher OLG-Senat zuständig ist, richtet sich nach der Geschäftsverteilung. Für Verwaltungsverfahren ist in der Regel der 1. Kartellsenat zuständig, für Einsprüche gegen Bußgeldentscheidungen sind es der 2., der 4. und der 6. Kartellsenat. Die übrigen Kartellsenate sind v.a. mit Energiewirtschaftsrecht befasst.

8 Vgl. § 76 GWB; Lembach, in: Bunte, Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Bd. 1, § 76 Rn. 66.

9 Vgl. Klusmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 58 Rn. 2; Mäger, WuW 2018, 293.

Instanzenzug und Überprüfungsumfang: Das als erste Entscheidungsinstanz eingerichtete KG besteht aus spezialisierten Senaten am OLG Wien. Fünfer-Senate entscheiden mit Beschluss im Außerstreitverfahren.¹⁹ Dem KG gehören sowohl Berufsrichterinnen und -richter als auch fachkundige Laienrichterinnen und -richter an. Senatspräsidentin ist derzeit *Sonja Köller-Thier*.

Rechtsmittel gegen einen Beschluss des KG ist der Rekurs an das Kartellobergericht (KOG), welches ein beim OGH eingerichteter Senat ist. Auch das KOG entscheidet im Außerstreitverfahren und grundsätzlich in Fünfer-Senaten, die ebenfalls aus Berufsrichterinnen und -richtern und fachkundigen Laienrichterinnen und -richtern zusammengesetzt sind. Senatsvorsitzender ist derzeit OGH-Präsident *Georg Kodek*. Das KOG ist die einzige Rechtsmittelinstanz und überprüft Beschlüsse des KG in dreierlei Hinsicht: (a) Nichtigkeit, z.B. Nichteinhaltung des Rechts auf rechtliches Gehör; (b) Aktenwidrigkeit, d.h. die rechtliche Beurteilung des KG basiert auf einer aktenwidrigen Grundlage; oder (c) Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die zu einer falschen Entscheidung durch das KG geführt haben könnte.²⁰ Seit 2017 ist es außerdem möglich, einen Rekurs aufgrund von erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der der Entscheidung des KG zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen zu erheben.²¹

3. Vorhandenes Datenmaterial

Für Deutschland stellte sich ein erhebliches Datenzugangsproblem. Erstens werden nicht alle Entscheidungen systematisch veröffentlicht. Ob eine Entscheidung veröffentlicht wird oder nicht, scheint Zufall zu sein. Überprüft wurden die Datenbanken der Justiz NRW (für das OLG Düsseldorf) und des BGH, zudem Beck-Online und Juris. So wurden 18 Entscheidungen des OLG Düsseldorf bei Beck-Online oder Juris gefunden, die nicht in der offiziellen Datenbank der Justiz NRW enthalten waren. Auch für den BGH ist unklar, welche Entscheidungen veröffentlicht werden, da es kein Fallregister gibt. Die Aktenzeichen lassen vermuten, dass beim BGH entweder eine sehr große Zahl von Akten eröffnet wird, die ohne Entscheidung bleiben, oder eine Vielzahl von Entscheidungen nicht veröffentlicht wird.²²

Zweitens ist es aufgrund von Schwärzungen, Auslassungen und Entscheidungen mit reduzierten Angaben oft kaum möglich, Entscheidungen zu kontextualisieren. Bei Entscheidungen des OLG ist in der veröffentlichten Fassung oft nicht klar oder bestenfalls aufwendig rückzuschließen, auf welche Entscheidung des Bundeskartellamts sie sich beziehen; das gleiche gilt sodann für Entscheidungen des BGH.

Ähnliche Schwierigkeiten stellen sich sodann auch bei der inhaltlichen Auswertung. So ist z.B. bei Bußgeldentscheidungen oft nicht nachvollziehbar, wie hoch die Geldbuße in der jeweiligen Instanz konkret angesetzt wurde.

Diese Probleme des Datenzugangs machen das Coding für eine empirische Auswertung sehr schwierig. Es leiden aber

auch die Transparenz der Justiz und die Nachvollziehbarkeit wichtiger Fälle.²³

Für Österreich war der Datenzugang hingegen unproblematisch. Der Zugang zu Entscheidungen des Kartellgerichts (KG) ist seit 2013 gesichert, da § 37 Kartellgesetz (KartG) eine Verpflichtung zur Veröffentlichung kartellgerichtlicher Entscheidungen in der frei zugänglichen Ediktsdatei normiert.²⁴ Dies gilt seit 01.05.2017 nicht nur für stattgebende, sondern auch für ab- und zurückweisende Entscheidungen.²⁵ Entscheidungsveröffentlichungen in der Ediktsdatei enthalten Angaben zu den Beteiligten, dem wesentlichen Inhalt der Entscheidung und den verhängten Sanktionen.

Für die Jahre 2006 (Inkrafttreten des KartG) bis 2013 (Inkrafttreten des § 37 KartG) stellte sich für das Projekt die Schwierigkeit, dass kartellgerichtliche Entscheidungen dieses Zeitraums nicht zugänglich waren. Auf Antrag an das OLG Wien war es allerdings möglich, für unsere wissenschaftlichen Zwecke Zugang zu den Zahlen (nicht: den Volltexten) der in diesem Zeitraum ergangenen kartellgerichtlichen Entscheidungen zu erlangen.²⁶

Die für das Mapping-Projekt besonders relevanten Entscheidungen des OGH als KOG werden jedenfalls als Volltext im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlicht.²⁷ Namen werden hierbei anonymisiert, allerdings sind in Kartellrechtssachen Rückschlüsse aufgrund der Veröffentlichung der KG-Entscheidungen ohne Weiteres möglich.

Der Spruch rechtskräftiger Entscheidungen von KG und KOG ist auch „unverzüglich“ auf der Website der BWB zu veröffentlichen. Diese Veröffentlichung kann den Namen des betroffenen Unternehmens enthalten.²⁸

Insgesamt ermöglicht der österreichische Rechtsrahmen daher heute einen umfassenden Zugang zu kartellrechtlichen Entscheidungen von KG und KOG, der nicht nur der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Justiz dient, sondern auch wissenschaftlichem Erkenntnisinteresse entgegenkommt.

II. Quantitative Ergebnisse

Der folgende Überblick erlaubt einen Einblick in einige quantitative Erkenntnisse der großen Studie.²⁹

1. Deutschland

Für Deutschland ergibt die quantitative Auswertung u.a. folgende Ergebnisse.

a) Gesamtzahl der Fälle

Für den Betrachtungszeitraum wurden 65 Entscheidungen gefunden, die sich auf 31 Entscheidungen des Bundeskartell-

19 §§ 36, 38 KartG.

20 Völk-Torggler/Ingemarsson/Majer, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 3. Aufl. 2023, Rn. 328 ff.

21 § 49 Abs. 3 KartG.

22 So finden sich beispielsweise in der BGH-Datenbank aus der Kategorie KVR (Rechtsbeschwerden in Kartellverwaltungsverfahren) für das Eingangsjahr 2016 nur die Fälle KVR 10/16, KVR 38/16 und KVR 57/16.

23 Mit Recht Hamann, JZ 2021, 656; Heese, in: Festschrift für Herbert Roth, 2021, S. 283; Klumpe, NZKart 2023, 16.

24 Vgl. www.edikte.justiz.gv.at (zuletzt abgerufen am 30.09.2024). Vor dem 01.03.2013 sah § 37 KartG vor, dass der obsiegenden Partei die Befugnis zur Veröffentlichung der Entscheidung zugesprochen werden kann.

25 Vgl. öBGBI. I 56/2017.

26 Diese wurden vom OLG Wien eigens für das Projekt erhoben; besonderer Dank gilt hierfür Senatspräsidentin Sonja Köller-Thier.

27 Vgl. <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/> (zuletzt abgerufen am 30.09.2024). Zur Veröffentlichungspflicht: §§ 14, 15 OGH-Gesetz, öBGBI. 328/1968 idGF; §§ 48a, 48b Gerichtsorganisationsgesetz, öRGI. 217/1896 idGF. Siehe auch § 37 Abs. 1 KartG.

28 § 10b Abs. 3 WettbG.

29 Eine detaillierte Darstellung aller nationalen Ergebnisse findet sich in Rodger/Brook (Fn. 1).

amts bezogen.³⁰ 31 Entscheidungen hat das OLG getroffen, 34 der BGH. Wie dargestellt ist davon auszugehen, dass nur ein Teil der OLG- und BGH-Entscheidungen veröffentlicht wird. Im Durchschnitt hat das OLG 1,72, der BGH 1,83 Entscheidungen pro Jahr getroffen. Angesichts der überschaubaren Zahl überrascht es nicht, dass es Jahre gibt, für die keine einzige Entscheidung vorliegt, so hat z.B. der BGH in den Jahren 2004-2006 keine Entscheidung publiziert, die in den Untersuchungsumfang fällt. Für das OLG liegen aus den Jahren 2011, 2016 und 2021 keine Entscheidungen vor.

b) Erfolgsaussichten

Die Erfolgsaussichten in der ersten Instanz verteilten sich wie folgt: 26% der Beschwerden³¹ wurden vollständig zurückgewiesen. Bei den übrigen Verfahren wurde die Kartellamtsentscheidung vollständig aufgehoben (13%), vollständig ersetzt (19%), teilweise abgeändert (3%) oder in der Bußgeldhöhe geändert (36%).

In zweiter Instanz wurden 41% der Beschwerden vollständig zurückgewiesen; in 6% der Fälle wurde die Entscheidung des OLG vollständig aufgehoben, in 9% der Fälle wurde teilweise aufgehoben. In 17% der Fälle wurde vollständig aufgehoben und zurückverwiesen, in 18% der Fälle wurde teilweise aufgehoben und zurückverwiesen.

c) Typisierung der Fälle

Die Fälle vor Gericht betrafen im Wesentlichen Kartelle. Dabei wurde in 51% der Fälle § 1 GWB geprüft, in weiteren 26% § 1 GWB und Art. 101 AEUV. 17% der Fälle waren Missbrauchsverfahren, von denen die große Mehrheit nach nationalen Bestimmungen und Art. 102 AEUV geprüft wurden. In 6% der Fälle wurden sowohl Art. 101 und 102 AEUV als auch die nationalen Entsprechungen geprüft. 61% der untersuchten Fälle betrafen Bußgeldverfahren. 74% aller Fälle betrafen horizontale Vereinbarungen. Am anderen Ende der Skala stehen Ausbeutungsmissbräuche, die so gut wie keine Rolle spielten. In Fällen, die auf Art. 101 AEUV oder § 1 GWB gestützt waren, ging es in mindestens 76% der Fälle um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen.³²

d) Angriffspunkte

In der Studie wurde auch untersucht, welche Aspekte der Entscheidungen angegriffen wurden und wie erfolgreich diese Angriffe waren. Festzustellen ist erstens, dass Verfahrensfehler eine untergeordnete Rolle in den Angriffen spielen und auch selten zur Aufhebung der Entscheidungen führten. Das Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht war in keinem Fall erfolgreicher Angriffspunkt. Am aussichtsreichsten war die Anfechtung der Bußgeldhöhe. Materiell-rechtliche Fehler wurden in allen Fällen gerügt und in etwa einem Drittel der Fälle bejaht.

e) Beteiligte

Die Entscheidungen des BKartA wurden naturgemäß nur von Unternehmen und betroffenen natürlichen Personen angegriffen. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf wurden zu 27% vom BKartA, zu 53% von Unternehmen und zu 18% von natürlichen Personen angefochten.

Dritte spielen in den Verfahren eine völlig untergeordnete Rolle. Das gilt zunächst für Verbände, z.B. Verbraucherverbände, die nicht vorkommen. Eine Tradition der *amicus-briefs*, wie sie in anderen Rechtsordnungen existiert, gibt es in Deutschland nicht (außer für das Bundeskartellamt in der privaten Rechtsdurchsetzung). Beteiligte Dritte tauchten in den Verfahren nur ganz vereinzelt auf, nur in zwei Fällen gingen sie gegen Entscheidungen vor.³³ In beiden Fällen blieben ihre Beschwerden erfolglos.

f) Rolle des europäischen Rechts

Das europäische Recht spielt in der gerichtlichen Überprüfung eine äußerst untergeordnete Rolle. Seit 2004 wurde kein Fall im Untersuchungszeitraum ersichtlich, in dem OLG oder BGH dem EuGH eine kartellrechtliche Frage vorgelegt haben. Seine Premiere erlebte das Vorlageverfahren erst im *Facebook-Fall*.³⁴ Spannungen zwischen deutschem und europäischem Recht wurden nur in zwei Entscheidungen mit Blick auf den *effet utile* (heute Art. 4 Abs. 3 EUV) thematisiert.³⁵ Auch die Zitierung europäischer Rechtsprechung scheint unterentwickelt (siehe auch unten, III.3).

2. Österreich

Für Österreich ergab die quantitative Auswertung die folgenden Ergebnisse.

a) Gesamtzahl der Fälle

Im Betrachtungszeitraum ergingen in Österreich 27 Rechtsmittelentscheidungen in Kartellrechtssachen (d.h., Kartellverbot und Marktmissbrauchsverbot), welche dem „public enforcement“ zuzuordnen sind. Diese Rechtsmittelentscheidungen bezogen sich auf 26 Beschlüsse der Erstinstanz, d.h. des KG. Dies entspricht einer Anzahl von durchschnittlich 1,6 Rechtsmittelentscheidungen pro Jahr.

Das österreichische Kartellgesetz 2005 trat am 01.01.2006 in Kraft, und damit dreieinhalb Jahre nach Einrichtung der Wettbewerbsbehörden. Aussagekräftige und vergleichbare Daten zur gerichtlichen Überprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen sind erst ab diesem Zeitpunkt verfügbar, da sich der rechtliche Rahmen damit grundlegend änderte. In der Folge beleuchten wir daher den Zeitraum 01.01.2006 bis 30.04.2021. Während dieser rund 15 Jahre erließ das Kartellgericht 119 Beschlüsse, welche als „public enforcement“ des Kartellverbots und des Marktmissbrauchsverbots zu qualifizieren sind. 24 der insgesamt 27 KOG-Beschlüsse ergingen in diesem Zeitraum. Knapp 80% der KG-Beschlüsse

30 Die Gesamtzahl der vom Bundeskartellamt getroffenen Entscheidungen in diesem Zeitraum wurde nicht erhoben. Wouter Wils hat für den Zeitraum 01.05.2004-31.12.2021 (also nur unwesentlich länger als der hier betrachtete Zeitraum) 128 angestrebte Entscheidungen ermittelt, die das Bundeskartellamt auf Basis von Art. 101, 102 AEUV treffen wollte, vgl. Wils, *World Competition* 46 (2023), 3, 11.

31 Es ist im Folgenden einheitlich von Beschwerden die Rede, auch wenn formal Einsprüche gemeint sind.

32 Bei 9% der Fälle war nicht erkennbar, ob die Wettbewerbsbeschränkung als bezweckt oder bewirkt eingestuft wurde.

33 BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 17/08, WuW/E DE-R 2514 = WuW 2009, 300 – Bau und Hobby; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.09.2014, VI Kart 1/13 (V) – TV-Grundverschlüsselung.

34 Das OLG Düsseldorf legte am 24.03.2021 dem EuGH Fragen vor, über die dieser inzwischen entschieden hat (EuGH, Urt. v. 04.07.2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, WuW 2023, 416 – Meta Platforms).

35 BGH, Beschl. v. 04.03.2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 = WuW 2008, 678 – Soda-Club II; BGH, Beschl. v. 08.05.2007, KVR 31/06, WuW/E DE-R 2035 = WuW 2007, 907 – Lotto im Internet.

wurden nicht mit einem Rechtsmittel bekämpft und erwuchsen in Rechtskraft.

b) Erfolgsaussichten

Die Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren vor dem KOG waren überschaubar: 70% aller Rekurse wurde nicht Folge gegeben, 19% waren teils erfolgreich, und nur 11% waren vollumfänglich erfolgreich. Das Gros der Rechtsmittel blieb also erfolglos, was möglicherweise auf eine niedrige Intensität der rechtlichen Überprüfung durch das KOG schließen lassen könnte.

c) Typisierung der Fälle

Eine Detailschau der österreichischen Rechtsmittelverfahren ergab, dass 19 der mit Rekurs bekämpften erstinstanzlichen Beschlüsse ausschließlich das Kartellverbot betrafen, und zwar Art. 101 AEUV sowie die parallel anwendbare Bestimmung des § 1 KartG. Nur in insgesamt sechs Fällen drehte sich das Rechtsmittelverfahren ausschließlich um nationales Kartellrecht; ansonsten waren stets europäische und nationale Bestimmungen im Fokus. 17 von 19 Rechtsmittelverfahren drehten sich rein um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen. Außerdem betrafen sämtliche Rechtsmittelverfahren zum Kartellverbot bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen. 14 Rechtsmittelverfahren betrafen eine Geldbuße, und weitere neun die Feststellung eines Verstoßes (ohne Geldbuße). In drei Fällen war das KG dem Antrag der Wettbewerbsbehörde nicht gefolgt, woraufhin diese einen Rekurs einbrachte.

Rund ein Fünftel aller Rechtsmittelverfahren vor dem KOG bezog sich auf Fälle mit Bezug zum Kronzeugenprogramm, 14% der Fälle bezogen sich auf Verfahren mit Verpflichtungszusagen.

d) Angriffspunkte

In 20 österreichischen Rechtsmittelverfahren waren verfahrensrechtliche Themen ein Rekursgrund; in nur drei Fällen waren diese erfolgreich und in zwei Fällen teils erfolgreich. In 15 Verfahren wurden materiell-rechtliche Gründe angeführt, hier war überhaupt nur ein Rechtsmittelwerber erfolgreich. Nur in einem Fall wurde der Beschluss des KG von der Rechtsmittelinstanz vollständig aufgehoben.

In keinem der Rechtsmittelverfahren wurde die Geldbuße herabgesetzt. In zwei Rechtsmittelverfahren wurde die Geldbuße allerdings (empfindlich) erhöht: einmal von € 5 Mio. auf € 7 Mio.; einmal von € 3 Mio. um den Faktor 10 auf € 30 Mio.³⁶ Dies ist möglich, sofern die Behörde beim KG eine „angemessene“ anstatt einer ziffernmäßig bestimmten Geldbuße beantragt.

e) Beteiligte

In 19 von 27 Verfahren waren Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen die Rekurswerberinnen und -werber, in zwölf Verfahren war es die Wettbewerbsbehörde. In vier dieser Verfahren erhoben beide gleichzeitig Rekurs.

f) Rolle des europäischen Rechts

10 der 27 österreichischen Rechtsmittelverfahren befassten sich mit dem Zusammenspiel zwischen österreichischem

und europäischem Kartellrecht; nur einer dieser Rekurse war erfolgreich. Der OGH stützt sich regelmäßig auf Unionskartellrecht – Primär- und Sekundärrecht ebenso wie EuGH-Urteile, Kommissionsentscheidungen und Kommissions-Soft law. Dies tut er auch dann, wenn er nach VO 1/2003 gar nicht dazu verpflichtet wäre.

Österreichische Gerichte sind in der Stellung von kartellrechtlichen Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH grundsätzlich sehr aktiv, allerdings v.a. im Bereich des „private enforcement“. Im „public enforcement“ war eine Vorabentscheidung des EuGH für den Ausgang eines Verfahrens ausschlaggebend, als es um die fälschliche Annahme eines Unternehmens über die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens ging.³⁷ Weitere Vorabentscheidungen betrafen etwa Zusammenschlusstatbestände (allerdings in der Fusionskontrolle), die Akteneinsicht und das *ne bis in idem*-Prinzip.³⁸

III. Qualitative Analyse

Bei Betrachtung der Ergebnisse lassen sich einige Aspekte der gerichtlichen Kontrolle erkennen – aber auch die Grenzen der empirischen Analyse.

1. Kontrolle von Macht

Die vornehmste Aufgabe der Justiz ist die Kontrolle der exekutiven Machtausübung. Inwieweit diese Macht überhaupt gegeben ist, richtet sich nach dem institutionellen Design, das sich in Deutschland und Österreich grundlegend unterscheidet: In Deutschland treffen unabhängige Beschlusskammern im BKartA die erste Entscheidung, in Österreich ist die BWB monokratisch organisiert, entscheidet aber nicht selbst, sondern muss das KG bemühen.

In beiden Systemen wird die Macht der Behörde zugleich aufgebaut und relativiert: In Österreich hat die Behördenleitung insofern große Macht, als sie entscheidet, welche Fälle vor das KG gebracht werden. Sie muss sich dann aber immer der Justiz, also einer externen, nach anderen Maßstäben agierenden Institution, unterwerfen. In Deutschland ist die Justiz nicht automatisch am Zug, dafür wird im BKartA intern die Machtfülle begrenzt, indem die Entscheidungen dezentral pluralisiert werden – soweit die entscheidenden Personen in den Beschlusskammern tatsächlich unabhängig sind. Dass eines der beiden Modelle überlegen ist, lässt sich nicht sagen.³⁹ In beiden Fällen sind die Möglichkeiten auf eine übermäßige Politisierung und eine Fehlauseübung von Macht begrenzt (wenn auch, natürlich, nicht ausgeschlossen). Beide Systeme schaffen eine Balance zwischen notwendiger Machtbündelung und Machtkontrolle. Das österreichische Modell ermöglicht eher eine politische Prioritätensetzung; das deutsche Modell ermöglicht eher eine idiosynkratische Befugnisausübung im Einzelfall. Augenfällig ist vor allem der Unterschied zur Euro-

37 Vgl. EuGH, Urte. v. 18.06.2013, C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404, WuW/E EU-R 2754 = WuW 2013, 893 – Bundeswettbewerbsbehörde v. Schenker; KOG, Beschl. v. 02.12.2013, 16 Ok 4/13 – BWB/Schenker [‘Speditourssammelladungskonferenz II’].

38 Vgl. EuGH, Urte. v. 06.06.2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, WuW/E EU-R 2746 = WuW 2013, 797 – Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie; EuGH, Urte. v. 07.09.2017, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643, WuW 2017, 505 – Austria Asphalt v. Bundeskartellanwalt; EuGH, Urte. v. 22.03.2022, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203, WuW 2022, 272 – Bundeswettbewerbsbehörde v. Nordzucker. Letztere Vorabentscheidung erging außerhalb des Betrachtungszeitraums des Projekts.

39 Zu verschiedenen institutionellen Modellen vgl. Fox/Treilcock, in: Fox/Treilcock, The Design of Competition Law Institutions, 2013, S. 5; Podszun, in: Dekeyser/Gauer/Laitenberger/Wahl/Wils/Prete, Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement, 2023, S. 983 ff.

36 KOG, Beschl. v. 12.09.2007, 16 Ok 4/07, WuW/E KRINT 192 = WuW 2008, 388 – Bankomatvertrags III; KOG, Beschl. v. 08.10.2015, 16 Ok 2/15b & 16 Ok 8/15k – Spar.

päischen Kommission: Hier entscheidet die politische Spitze zentral und ohne unmittelbare gerichtliche Kontrolle. Die früher vielfach monierte⁴⁰ Machtfülle der Kommission wird im Vergleich deutlich.

Kontrolle kann auch dadurch verstärkt werden, dass Dritte einen kritischen Blick auf die Entscheidungen werfen. In beiden Ländern spielt die Einbindung Dritter in die Verfahren jedoch so gut wie keine Rolle – in Deutschland ist sie faktisch sehr unterentwickelt, in Österreich ist sie schon rechtlich nicht vorgesehen. Die Verfahren profitieren also nicht unmittelbar von den Perspektiven der Abnehmerinnen und Abnehmer und der Wettbewerberinnen und Wettbewerber. Hier läge Potenzial für die Schaffung einer breiteren Entscheidungsgrundlage, die Verfahren würden dadurch allerdings auch verlängert. In Österreich wird außerdem durch die Einbindung der Sozialpartnerinnen und -partner als Laienrichterinnen und -richter gegengesteuert. Eine wichtige Korrekturfunktion kommt jedenfalls der privaten Rechtsdurchsetzung zu, die – wenn sie gut funktioniert – blinde Flecken der Behörden kompensieren kann.

2. Prüfungsthemen und Prüfungsmaßstäbe

In beiden Rechtsordnungen sind es vor allem horizontale Wettbewerbsbeschränkungen – und hier: bezweckte Beschränkungen –, die besonders häufig Gegenstand der Überprüfung sind. Die Rechtsprechung hat wesentlich weniger Gelegenheiten, sich zu anderen Themen des Kartellrechts zu äußern und dort die Entwicklung des Rechts mitzugestalten. Das spiegelt zum einen die Fallpraxis der Behörden wider. Zum anderen ist bei Kartellen der Anreiz eines Rechtsmittels besonders hoch, da es sich typischerweise um abgeschlossenes Verhalten aus der Vergangenheit handelt und zumindest der Versuch unternommen werden kann, die Geldbuße zu mindern. Der Befund legt nahe, dass die Gerichte Möglichkeiten suchen sollten, auch die übrigen Felder des Kartellrechts stärker zu prüfen, wo es möglich ist. Solche Stellschrauben ergeben sich z.B. in der privaten Rechtsdurchsetzung oder in Deutschland anhand der Frage der Zulassung von Rechtsbeschwerden.

In welchem Umfang und in welcher Tiefe die Gerichte die Entscheidungen prüfen, lässt sich schwer mit Hilfe einer quantitativen Erhebung bestimmen. Bemerkenswert ist in Deutschland, dass der Prüfungsmaßstab je nach Verfahrensart (Verwaltungsverfügung oder Bußgeld) variiert. Gerade der BGH konzentriert sich auf die angegriffenen Punkte, sodass es stark vom Vortrag in der Beschwerde abhängt, was angesprochen ist. In Österreich macht das KOG selten von seiner Möglichkeit Gebrauch, die materiell-rechtliche Beurteilung der ersten Instanz anzugreifen oder unrichtige Tatsachenfeststellungen derselben aufzugreifen.⁴¹

Für die Art der Prüfung ist wohl auch wesentlich, wie die Spruchkörper zusammengesetzt sind und welche Vorprägungen bestehen. So entscheiden in Deutschland Richterinnen und Richter, die in der Ziviljustiz, zum Teil auch in der Strafjustiz „gelernt“ haben, aber nicht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gelegentlich heißt es, wenn auch eher

spekulativ, dass langjährige Zivilrichterinnen und -richter stark auf die Parteien hören, Strafrichterinnen und -richter typischerweise höhere Standards ansetzen und Verwaltungsrichterinnen und -richter eher auf prozedurale Fragen abstellen. Ökonomische Evidenz spielte in den Verfahren (ohne, dass dies gezielt ausgewertet worden wäre) dem ersten Anschein nach eine völlig untergeordnete Rolle. In Österreich hingegen werden kartellrechtliche Spezialsenate gebildet, die aus Berufsrichterinnen und -richtern und fachkundigen Laienrichterinnen und -richtern bestehen. Letztere werden von den Sozialpartnerinnen und -partnern (z.B. Wirtschaftskammer, Arbeiterkammer) nominiert und verfügen über unterschiedliche Sichtweisen und langjährige Expertise. Aus anekdotischer Evidenz ist in Österreich allerdings beobachtbar, dass sich die Kartellsenate wesentlich stärker als in Deutschland an ökonomischen Fachgutachten orientieren und dabei mitunter aus den Augen verlieren, dass es sich letztlich um Kartellrecht handelt. Die Unabhängigkeit der vom Gericht bestellten ökonomischen Expertinnen und Experten kann hierbei ein Streitthema sein.⁴²

3. Rolle des Unionsrechts

Deutliche Unterschiede zeigen sich im Umgang mit dem europäischen Recht. Während in Österreich häufig auf europäisches Recht abgestellt wird, ist dies in der deutschen Rechtsprechung seltener der Fall. Die deutschen Gerichte tragen im Untersuchungszeitraum im hier untersuchten Bereich damit wenig zur Konvergenz von deutschem und europäischem Kartellrecht bei. Eine intensivere Verzahnung mit dem europäischen Recht würde die internationale Vergleichbarkeit erhöhen und den Austausch fördern. Die österreichische Rechtsprechung hingegen stützt sich auch dann regelmäßig auf Unionskartellrecht (inklusive Kommissions-Soft law), wenn sie nach VO 1/2003 gar nicht dazu verpflichtet wäre.

Möglicherweise bildet sich in der unterschiedlichen Herangehensweise ab, dass Deutschland eine langjährig gewachsene völlig eigenständige kartellrechtliche Tradition hat, während das Kartellrecht in Österreich erst 2006 richtig Einzug hielt (dazu gleich). Zudem wurden in Deutschland die Einführung der VO 1/2003 und die von Brüssel ausgehende Ökonomisierung des Kartellrechts sehr kritisch rezipiert, was im Beobachtungszeitraum die Zurückhaltung gegenüber dem europäischen Recht gefördert haben mag.

4. Systembedingte Eigenheiten in Österreich

Österreich ist – trotz seines EU-Beitritts 1995 – eine recht junge Kartellrechtsordnung, die in ihrer jetzigen Form erst seit dem 01.01.2006 besteht. Außerdem führt die Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden über keinerlei Entscheidungsbefugnisse verfügen und es in weiterer Folge nur einen einzigen Instanzenzug vom KG an das KOG gibt, notwendigerweise zu einigen systembedingten Eigenheiten.

Die in Österreich prozentual gesehen wenigen Rechtsmittelverfahren (80% der KG-Beschlüsse erwachsen in Rechtskraft) sind möglicherweise darauf zurückzuführen, dass die beiden Amtsparteien sich den Schritt an das KG, den sie gehen müssen, gut überlegen.

40 Vgl. Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik, ZEW Vorträge und Berichte Nr. 204, 2013; OECD, EC – Peer Review of Competition Law and Policy, 2005, S. 62; Schwarze et. al., Deficiencies in European Community Competition Law, 2008; Forrester, European Law Review 34 (2009), 817.

41 § 49 Abs. 3 KartG.

42 Vgl. KOG, Beschl. v. 23.06.2022, 16 Ok 4/22g – BWB/Meta.

Das späte Inkrafttreten des österreichischen Kartellgesetzes mag außerdem zu dem starken Fokus auf das Kartellverbot, und innerhalb dieses Verbots auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen, beigetragen haben. So besteht in Österreich nach wie vor die weit verbreitete Ansicht, Absprachen zwischen Konkurrentinnen und Konkurrenten seien ein Kavaliersdelikt. Daher mussten sich die Verwaltungsbehörden in den ersten Jahren ihres Bestehens und seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes 2005 auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen konzentrieren, während Fälle von Marktbeherrschung weitgehend der privaten Durchsetzung überlassen wurden. Auch die zahlreichen Sektoruntersuchungen der BWB und ihr erfolgreiches Kronzeugenprogramm förderten vermehrt Verstöße gegen das Kartellverbot zu Tage und „monopolisierten“ gewissermaßen die Tätigkeit der Behörde. Dieser Fokus scheint sich aber derzeit zu wandeln: unter dem Mandat von Generaldirektorin für Wettbewerb *Natalie Harsdorf* greift die BWB nun vermehrt Fälle des Marktmissbrauchs auf.

5. Anreize und Möglichkeiten für eine gerichtliche Durchdringung

Die gerichtliche Kontrolle im Kartellrecht lebt davon, dass die Anreize für die Beteiligten hoch genug sind, Rechtsschutz zu suchen. Die Möglichkeit, das Kartellrecht auch durch die Justiz zu durchdringen, besteht nur, wenn Fälle in ausreichender Zahl zu Gericht kommen. Geht man grundsätzlich davon aus, dass gerichtliche Kontrolle rechtsstaatlich geboten und in der Substanz bereichernd ist, muss Kontrolle möglich sein.

Hier ist der erste klare Befund, dass eine gerichtliche Kontrolle nur in einem Bruchteil aller Fälle stattfindet. In absoluten Zahlen, bei ca. ein bis zwei Entscheidungen pro Jahr von den Überprüfungsinstanzen, sowohl in Deutschland als auch in Österreich, ist der Einfluss von OLG und BGH in Deutschland bzw. KOG in Österreich doch sehr überschaubar. Für manche Themen und Bereiche und in manchen Jahren entfällt die gerichtliche Kontrolle in Form von ausjudizierten (und in Deutschland: publizierten) Entscheidungen gänzlich.

Die Behörden dominieren die Prägung des Kartellrechts zunächst durch ihr „Initiativrecht“: Sie sind es, die Fälle bringen. In Österreich ist dies offensichtlich, da es BWB und Bundeskartellanwalt obliegt, Fälle überhaupt zu Gericht zu bringen. In Deutschland werden die Weichen ebenfalls durch die behördlichen Verfahren gestellt. Kapriziert sich eine Behörde auf Kartellfälle, können die Gerichte keine behördlichen Missbrauchsfälle prüfen. Die Behörden können dabei, im Zusammenwirken mit den Parteien, eine gerichtliche Überprüfung auch zunehmend unwahrscheinlich machen, indem sie Verpflichtungszusagen für bindend erklären oder Fälle „setteln“. Im Fall von Verpflichtungszusagen findet in Deutschland i.d.R. keine gerichtliche Überprüfung statt, in Österreich wird dann nur noch eine Feststellung beim KG beantragt.

Die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Überprüfung sind im Wege der vorgegebenen Auswertung nicht besonders treffsicher zu erfassen. Jedenfalls kann man nicht auf Erfolg im Rechtsmittelverfahren bauen. In beiden Ländern divergieren die Befunde. In Österreich ist noch nie eine Geldbuße herabgesetzt worden, in Deutschland ist gerade die Höhe der Geldbuße der aussichtsreichste Angriffspunkt. Das ist in

Österreich aber auch dadurch erklärbar, dass erst das KG die Geldbuße festsetzt. Das Bußgeldrecht lenkt den Blick auch noch auf eine andere entscheidende Weichenstellung: Wenn Parteien die Verböserung im gerichtlichen Verfahren droht, macht dies ein Rechtsmittel erheblich unattraktiver. Beispielhaft steht dafür die in den Betrachtungszeitraum fallende mehrjährige Tendenz des OLG Düsseldorf, die Geldbuße nach Einspruch im Vergleich zum BKartA zu erhöhen.⁴³ Im Kaffeekartell z.B. hatte das Amt 2015 eine Geldbuße gegen Rossmann i.H.v. € 5,25 Mio. festgesetzt. Diese wurde vom OLG zunächst 2018 auf € 30 Mio. erhöht, nach Intervention des BGH und erneuter Verhandlung mit € 20 Mio. festgesetzt.⁴⁴ In Österreich wurde, wie oben erwähnt, die vom KG mit € 3 Mio. festgesetzte Geldbuße für den Lebensmittelriesen Spar vom KOG auf € 30 Mio. erhöht.⁴⁵ Es gibt dogmatisch wie praktisch gute Gründe dafür, eine Erhöhung der Geldbuße jedenfalls nicht auszuschließen. Gleichwohl schrecken derartige Entwicklungen von der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung letztlich ab.

Hinzu kommt das Problem der Verfahrensdauer (die in der empirischen Studie nicht explizit erfasst wurde). Geht ein Fall zu Gericht, ist unvorhersehbar, wie lange das Verfahren dauert und welche Kosten damit verbunden sind. Ein Negativbeispiel aus der deutschen Rechtsprechung illustriert dies: Im Fall Flüssiggaskartell entschied das BKartA 2007 auf eine Geldbuße i.H.v. € 180 Mio. Auf den Einspruch hin untersuchte das OLG den Fall erneut. Die Verhandlung dauerte 130 Tage und endete 2013 mit Geldbußen von insgesamt € 244 Mio. Der BGH hob diese Entscheidung 2018 auf und verwies den Fall an einen anderen Senat des OLG zurück, der 2020 – nach sechs Verhandlungstagen – auf eine Geldbuße von rund € 40 Mio. entschied.⁴⁶ 13 Jahre nach Beendigung des behördlichen Verfahrens.

Für jeden einzelnen Fall mit seinen Fehlstellungen gibt es plausible Erklärungen. Manche Verwerfungen hat der Gesetzgeber ausgeräumt. Insgesamt bleibt es aber eine systematische Aufgabe, ernsthafte und effektive gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen. Nach den Auswertungen besteht hier zumindest Verbesserungsbedarf.

6. Grenzen der empirischen Analyse

Führt die empirische Analyse von Gerichtsverfahren zu einem wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn? Sie legt Muster offen, die bei der sonst vorherrschenden kursorischen Betrachtung nicht erkannt werden – etwa, dass in Österreich keine Geldbuße der Höhe nach reduziert wurde, oder dass in Deutschland im Rahmen der Kontrolle behördlicher Entscheidungen kein Vorlageverfahren initiiert wurde.

Das Projekt zeigt aber auch die Grenzen empirischer Analyse auf. Das hängt zunächst mit der Datenverfügbarkeit zusammen. Zumind. in Deutschland kann die Tätigkeit der Gerichte wegen einer schwachen Publikations- und einer überstarken Auslassungs(un)kultur kaum nachvollzogen werden. Die Abfassung der Entscheidungen ist auch von großen Unterschieden in der Form gekennzeichnet. Das erschwert

43 Vgl. Mäger/Achenbach, WuW 2019, 68.

44 Abschließend OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.11.2022, 1 Kart 1/22 (OWi), WuW 2023, 276 – Kaffeekartell.

45 KOG, Beschl. v. 08.10.2015 (Fn. 36) – Spar.

46 Abschließend OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.10.2020, 6 Kart 1/19 (OWi) – Flüssiggas. Vgl. auch das Interview mit Ulrich Schnelle, WuW 2021, 136.

die (auch digitale) Auswertung erheblich – etwa, wenn nicht zwingend anzugeben ist, auf welche Entscheidung welcher Vorinstanz sich die Entscheidung bezieht, wie hoch der Streitwert ist oder welche Normen geprüft wurden.⁴⁷ Hier schreitet Österreich als wesentlich jüngere Kartellrechtsordnung mit gutem Beispiel voran.

Anzuerkennen ist aber auch, dass eine rein quantitative Erfassung im Recht doch noch immer scheitern muss – oder so kleinteilig ausfallen muss, dass die Ergebnisse wiederum wenig aussagekräftig werden. So ist es z.B. quantitativ kaum zu erfassen, welche Argumente mit welcher Bedeutung geprüft wurden. Schon die nach dem Coding Book zu klärende Frage, für wen eine Entscheidung am Ende wie ausgefallen ist, lässt sich nur mit größten Mühen statistisch erfassen. Wird z.B. in einem minimalen Punkt eine Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben – ist das dann eine partielle Aufhebung, die in einer Statistik genauso gewertet werden sollte, wie eine Entscheidung, die die Vorinstanz weitgehend, aber nicht komplett aufhebt? Solche Fragen stellen sich zuhauf, viele lassen sich nicht befriedigend lösen.

Ohne Zweifel ist aber der Abgleich mit anderen europäischen Ländern – und sei es nur zur wechselseitigen Inspiration – äußerst hilfreich. Schon zwischen Deutschland und Österreich gibt es gravierende Unterschiede. Eine Harmonisierung der gerichtlichen Überprüfung wäre ein enormer Kraftakt angesichts der Verwurzelung der Gerichte und Behörden in nationalen Traditionen und Denkmustern. Die Studie hat für Deutschland und Österreich keine Anhaltspunkte dafür geliefert, dass gerade das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht besonders problematisch wäre. Dass es zu einer substantiell erheblich divergierenden Praxis bei der gerichtlichen Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV kommt, ließ sich im Rahmen dieser Studie nicht feststellen, auch nicht aus begleitender Beobachtung. Lerneffekte und Best Practices gäbe es gleichwohl reichlich zu entdecken. Die Justizinstitutionen in der EU sollten sich schrittweise aufeinander zu bewegen.⁴⁸

Summary:

Judicial Review of Antitrust Decisions in Germany and Austria

In a recent pan-European research project, academics from the EU and UK assessed how national competition law decisions are judicially reviewed. Here, the authors compare their main findings on Germany and Austria. There are important differences: not all cases are published in Germany, while publication is required in Austria. While German courts do not show a strong engagement with EU law, the opposite is true for Austria. In Austria, the competition authorities have no decisional powers, while in Germany decision divisions at the Federal Cartel Office hand down decisions. The comparison shows that competition law regimes may greatly benefit from mutual learnings, putting them in a better position to review the exercise of power – not only by companies, but also by competition authorities.

⁴⁷ Beispielhaft ist, wie die CMA den Fortgang von Entscheidungen auf ihrer Homepage darstellt, siehe etwa <https://fmos.link/24786>.

⁴⁸ In diese Richtung weist auch die Evaluierung der VO 1/2003 (Fn. 5), S. 269 f.

Redaktionelle Hinweise:

- Vgl. den Beitrag von Harsdorf, „Der Beitrag der österreichischen Wettbewerbsbehörde zu funktionierenden Märkten: Eine Bestandsaufnahme“, WuW 2024, 505 = WUW1466467 sowie das Interview mit Natalie Harsdorf in WUW 2024, 60 = WUW1454999;
- Vgl. auch Kriechbaumer/Bamberger, „Private Enforcement – Die Rechtslage in Österreich“, WuW 2014, 690 = WUW0650747.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.



Prof. Dr. Viktoria H.S.E. Robertson, MJur, ist Universitätsprofessorin für Unternehmensrecht, Kartellrecht und Digitalisierung an der Wirtschaftsuniversität Wien und Direktorin von The Competition Law Hub.

Kontakt: autor@wuw-online.de



Der Beitrag geht auf das internationale Forschungsprojekt „Mapping Judicial Review of National Competition Law Decisions“ zurück (Rodger/Brook, *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK*, 2024). Informationen: <https://www.mappingcomplawreview.com/>.

Der Beitrag ist online erschienen am 14.11.2024.