

Wien, am 21. Juni 2022

**Konsultationsverfahren zum Entwurf der „BEKANNTMACHUNG DER KOMMISSION Informelle Orientierungshilfen zu neuartigen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Einzelfällen (Beratungsschreiben)“ / im Folgenden „Entwurf Bekanntmachung Beratungsschreiben“ bzw „Entwurf“**

**Referenten:** Mag Gerhard Fussenegger, LL.M. (London), Rechtsanwalt in Wien, MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwältin in Wien,

### **VORBEMERKUNGEN**

die Europäische Kommission hat in Bezug auf den „Entwurf Bekanntmachung Beratungsschreiben“ ein Konsultationsverfahren eingeleitet und Interessenträgern die Möglichkeit eingeräumt, sich bis zum 21.6.2022 zu äußern. Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag („ÖRAK“) bedankt sich für diese Gelegenheit der Stellungnahme.

Der ÖRAK erstattet zum „Entwurf Bekanntmachung Beratungsschreiben“ folgende

### **S t e l l u n g n a h m e:**

Der ÖRAK begrüßt die Initiative der Kommission, die bestehende Bekanntmachung zu Beratungsschreiben aus dem Jahr 2004 zu aktualisieren und weiterzuentwickeln. In den letzten, beinahe 20 Jahren ist es in Europa zu weitreichenden Entwicklungen gekommen (wie zB in den Bereichen Umwelt, Digitales, Energie, Migration, Geopolitik (Ukraine) etc).

Einige dieser Entwicklungen haben direkte Auswirkungen auf kartellrechtliche Themen (zB der rasante Aufstieg von digitalen Ecosystemen und deren Einordnung in die bestehende kartellrechtliche Systematik), bei anderen Themen gebietet die Dringlichkeit von Maßnahmen einen möglichst weitreichenden Ansatz, auch unter Einbeziehung des Kartellrechts (zB Nachhaltigkeit im Hinblick auf Ressourcenschonung und Klimaschutz).

Vor diesem Hintergrund ist es für Unternehmen von essentieller Bedeutung, sich in bestimmten Konstellationen und unter bestimmten Voraussetzungen an die Europäische Kommission / Generaldirektion Wettbewerb wenden zu können und sich



hier, bereits vor der Durchführung einer Vereinbarung oder einer (einseitigen) Verhaltensweise, darüber abstimmen zu können, unter welchen Prämissen geplante Projekte umgesetzt werden können. Dadurch wird das Risiko von Bußgeldverfahren (inkl damit einhergehender Schadenersatzverfahren) vermieden bzw reduziert und die Motivation, in neue Projekte zu investieren, gestärkt.

Diese Möglichkeit der Abstimmung sollte nicht in der Art eingeschränkt werden, dass es in der Praxis zu keinen oder nur ganz wenigen Beratungsschreiben der Kommission kommt (siehe dazu auch die Anmerkungen des ÖRAK unten direkt zu § 7 a) und b) des Entwurfs).<sup>1</sup>

In der Vergangenheit scheint die Anzahl entsprechender Anträge auf Beratungsschreiben bereits äußerst gering gewesen.<sup>2</sup> Insbesondere hat aber die Europäische Kommission bislang in der Praxis (dh, seit 2004!) kein einziges Beratungsschreiben ausgestellt.<sup>3</sup> Dies kann nicht dem Sinn und Zweck des Konzepts des Beratungsschreibens entsprechen.

Spätestens durch die eingangs erwähnten weitreichenden oder sogar umstürzenden Entwicklungen in wesentlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsbereichen werden Unternehmen nach Erfahrung des ÖRAK nicht nur in ganz besonderen Ausnahmefällen, sondern gelegentlich mit neuen Fragen des Kartellrechts konfrontiert, die bislang von der EU-rechtlichen Entscheidungspraxis in Brüssel und Luxemburg noch nicht beantwortet wurden.

Eine erhöhte Anzahl von Beratungsschreiben dient auch der einheitlichen Umsetzung der EU-Wettbewerbsregeln. Die wirksame Durchsetzung der Artikel 101 und 102 AEUV wird durch Beratungsschreiben nicht beeinträchtigt (vgl Rz 6 Entwurf Bekanntmachung Beratungsschreiben). Im Gegenteil, durch die vorgesehene Veröffentlichung der Beratungsschreiben wird die Selbstbeurteilung für Unternehmen im Rahmen der VO 1/2003 erleichtert. Beratungsschreiben und die Selbstbeurteilung der Unternehmen ergänzen sich so und tragen beide zur Fortentwicklung und vereinheitlichten Anwendung von EU-Kartellrecht in der EU und seinen Mitgliedstaaten bei.

---

<sup>1</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass sich die Kommission - abseits der hier gegenständlichen Beratungsschreiben - bei Sachverhalten mit Unionsbezug idR bereiterklärt, informell auf Fragen von Unternehmen einzugehen. Die Stellungnahme beschränkt sich daher strikt auf die Ansuchen von Unternehmen auf Beratungsschreiben (und das entsprechende Verfahren hierzu).

<sup>2</sup> Das Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the Functioning of Regulation 1/2003, DOK-KOMM SEC (2009) 574 final v 29.4.2009, Rz 45, verweist darauf, dass es überhaupt nur sehr wenige Anträge auf Erteilung eines Beratungsschreiben gegeben hat (vgl Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, EU/Teil 1<sup>5</sup>, Art 101 Abs 3 AEUV, Rz 102).

<sup>3</sup> Vgl <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidance.html>.

**Zu den einzelnen Rz:**

### **Rz 3, materieller Anwendungsbereich der Beratungsschreiben**

Der ÖRAK begrüßt die nunmehrige Klarstellung, dass auch einseitiges Verhalten iSd Art 102 AEUV Gegenstand eines Beratungsschreibens sein kann und gleichzeitig klargestellt wird, dass der Begriff der „Vereinbarung“ auch „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ mitumfasst. Der Anwendungsbereich der „Bekanntmachung Beratungsschreiben“ sollte, wie im Entwurf vorgesehen, alle Bereiche des EU-Kartellrechts miteinschließen.

### **Rz 4, Kein Rechtsanspruch**

Es ist aus Sicht des ÖRAK verständlich, dass auf Grund der Rahmenregeln der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und der begrenzten Ressourcen der Europäischen Kommission, Unternehmen, die an die Europäische Kommission ein Ersuchen auf ein Beratungsschreiben stellen, keinen Rechtsanspruch auf eine solche Beratung haben, sondern eine solche Beratung immer im Ermessen („angemessen“) der Kommission steht.

Allerdings scheint, wie ausgeführt, dieser Ansatz in der praktischen Handhabung kritisch, wenn die Europäische Kommission, bedingt wohl auch durch das eigene Ermessen, bislang in 18 Jahren kein einziges Beratungsschreiben verfasst hat. Die Notwendigkeit einer ausgewogenen Balance zwischen nicht bestehendem Rechtsanspruch und dem Ermessen der Europäischen Kommission scheint hier in der Praxis nicht gegeben (siehe auch unsere Anmerkungen zu §§ 7-9).

### **Rz 7-9, Voraussetzungen für ein Beratungsschreiben**

Wie in der alten Bekanntmachung verweist die Europäische Kommission auch im Entwurf auf zwei Voraussetzungen für ein Beratungsschreiben:

Deutlich ist die erste Voraussetzung für die Beratung der Europäischen Kommission, das Ansuchen des Unternehmens auf Beratung muss sich auf neue oder ungelöste Fragen beziehen. Dies kann nach Ansicht des ÖRAK auch dadurch bedingt sein, dass sich der, der Frage zu Grunde liegende Sachverhalt (zB die entsprechende Marktentwicklung) soweit weiterentwickelt hat, dass die damit im Zusammenhang stehende Rechtsfrage (wiederum) als neu bzw ungelöst anzusehen ist.

In Bezug auf die zweite Voraussetzung hat die Europäische Kommission im Entwurf die Beispiele/Kriterien für den „erheblichen Mehrwert“ erweitert. Während die „wirtschaftliche Bedeutung“, der „Umfang der Investitionen“ und das „Ausmaß der verbreiteten Gepflogenheit“ zwar adaptiert wurden, aber bereits in der alten

Bekanntmachung angeführt waren, ist der Verweis auf „*die Bedeutung der Ziele der Vereinbarung oder einseitigen Verhaltensweise für die Verwirklichung der Prioritäten der Kommission oder das Unionsinteresse*“ neu.

Auffallend ist, dass es sich bei dem neuen Beispiel, im Unterschied zu den bisher bereits enthaltenen, nicht notwendigerweise um ein Kriterium handelt, das auf einer bestimmten quantifizierbaren wirtschaftlichen Größe (wie zB Umsatzschwellwert) basiert, sondern um ein qualitatives Beispiel für den geforderten Mehrwert. Entscheidend ist die „Bedeutung der Ziele der Vereinbarung“.

Daraus abgeleitet sollte der Mehrwert eines Beratungsschreibens unabhängig von einer quantifizierbaren wirtschaftlichen Größe des dahinter liegenden Projekts möglich sein. So könnte zB auch eine geplante Kooperation von Start-Ups im Zusammenhang mit der Entwicklung neuartiger alternativer Treibstoffe jedenfalls einen erheblichen Mehrwert, auch für andere Unternehmen darstellen, auch wenn die wirtschaftliche Bedeutung dieses Projekts (noch) unbedeutend ist. Angeregt wird in diesem Zusammenhang, ähnlich wie in den (vertikalen oder horizontalen) Leitlinien erfolgreich etabliert, praktische Beispiele in die Bekanntmachung mitaufzunehmen, bei denen die Europäische Kommission (immer abhängig vom Sachverhalt des jeweiligen Einzelfalls) uU möglichen Ansuchen auf Beratungsschreiben Folge leisten könnte.

### **Rz 18, Verfahrenseinleitung gem VO (EG) 1/2003**

Wie schon in der alten Bekanntmachung verweist die Kommission in ihrem Entwurf darauf, dass ein Ersuchen um ein Beratungsschreiben die Befugnis der Kommission unberührt lässt, in Bezug auf Sachverhaltsumstände, die im Ersuchen dargelegt werden, ein Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 einzuleiten.

Dadurch, dass Unternehmen ein Ersuchen bereits stellen können, bevor das Projekt durchgeführt wird, scheint das Risiko einer Verfahrenseinleitung, aber insbesondere auch das Risiko der Einleitung eines Bußgeldverfahrens, in der Praxis gering. Möglicherweise könnte ein entsprechender Verweis in der Bekanntmachung, helfen, allfällige Bedenken von Unternehmen, die ein Ersuchen stellen wollen, zu zerstreuen bzw zumindest zu vermindern (zB, „*findet sich das Projekt noch im Planungsstadium und damit vor der Durchführung, ist es, immer abhängig von einer Einzelfallprüfung, unwahrscheinlich, dass die Kommission ein Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 einleiten wird.*“).

### **Rz 20, Inhalt Beratungsschreiben**

Der Entwurf verweist nun erstmals darauf, dass die Kommission gegebenenfalls darlegen kann, wie lange man sich auf ein Beratungsschreiben berufen kann, oder dass sein Inhalt das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Sachverhalte voraussetzt.

Aus Sicht des ÖRAK sind jegliche Erläuterungen, die es Unternehmen erlauben, Beratungsschreiben so konkret wie möglich und praxisnah umzusetzen, zu begrüßen. Der Umfang notwendiger Erläuterungen ist aber auch immer stark einzelfallbezogen. Der Entwurf sollte daher klarstellen, dass der Verweis auf die Dauer der Gültigkeit eines Beratungsschreibens bzw auf einen bestimmten vorausgesetzten Sachverhalt nur eine der Möglichkeiten der Kommission ist, zusätzliche Aspekte aufzugreifen. Diesem erweiterten Ansatz würde zB genüge getan, wenn man den neuen Satz wie folgt ergänzt:

*20. Ein Beratungsschreiben kann sich auf einen Teil der im Ersuchen aufgeworfenen Fragen beschränken. Es kann auch zusätzliche Aspekte aufgreifen. Gegebenenfalls kann die Kommission **zum Beispiel** darlegen, wie lange man sich auf dieses Schreiben berufen kann, oder dass sein Inhalt das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Sachverhalte voraussetzt.*

### **Rz 23 und 26, Unterschied?**

Auch angesichts der erweiterten Verweise in Rz 23 im Entwurf stellt sich die Frage, ob in Anbetracht der (adaptierten) Rz 26 nicht die gesamte Rz 23 gestrichen werden kann, indem zB der Verweis auf den Gerichtshof der Europäischen Union in Rz 26 übernommen wird. Aus Sicht des ÖRAK ergibt sich hier in Rz 23 kein Mehrwert, vgl:

26. Beratungsschreiben stellen keine Beschlüsse der Kommission dar. Der Gerichtshof der Europäischen Union, die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, die zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV befugt sind, sind nicht an die Beratungsschreiben der Kommission gebunden. Dem Gerichtshof der Europäischen Union, den Wettbewerbsbehörden und Gerichten der Mitgliedstaaten steht es allerdings frei, Beratungsschreiben der Kommission zu berücksichtigen, soweit sie dies in einem bestimmten Fall für zweckmäßig erachten.

### **Rz 22 ff, Bindungswirkung Beratungsschreiben?**

Von besonderer Relevanz ist schließlich die rechtliche Wirkung von Beratungsschreiben. Diese wird in den Rz 22 ff näher behandelt, wobei den Beratungsschreiben – wie bisher – grundsätzlich keine Bindungswirkung (weder für die Kommission noch für andere EU- oder mitgliedstaatliche Organe) zukommen soll. Im Falle eines später nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 eingeleiteten Verfahrens soll die Kommission nach Rz 24 dem früheren Beratungsschreiben zwar grundsätzlich „Rechnung tragen“, gleichzeitig führt die Kommission hierzu aber eine Anzahl von Ausnahmen an (zB werden „von ihr selbst erkannte [...] neue Gesichtspunkte“ berücksichtigt).

Hinzuweisen ist idZ darauf, dass eines der Hauptziele von Beratungsschreiben ist, dem um Beratung ersuchenden Unternehmen im Hinblick auf einen neuartigen Sachverhalt, der besondere kartellrechtliche Fragestellungen aufwirft, größtmögliche Rechtssicherheit zu geben.

Auf den Umstand, dass Beratungsschreiben – weil es sich bei diesen nicht um Beschlüsse iSd Art 288 AEUV handelt – grundsätzlich keine (formale) Bindungswirkung gegenüber den Wettbewerbsbehörden und Gerichten der Mitgliedstaaten zu entfalten vermögen, weist Rz 26 hin. Abweichend davon sollte allerdings die Kommission an ein von ihr ausgestelltes Beratungsschreiben im Rahmen eines späteren Verfahrens selbst gebunden sein. Hier drängt sich insbesondere ein Vergleich zum von der Kommission erlassenen Soft Law auf. Auch dem kommissionellen Soft Law kommt keine formale Bindungswirkung zu, allerdings führt dieses grundsätzlich zu einer Selbstbindung der Kommission.<sup>4</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beratung die umfassende Darstellung des Sachverhalts durch das ersuchende Unternehmen voraussetzt (vgl insb Rz 12). Die Beratung bzw das Beratungsschreiben der Kommission ist demnach keineswegs bloß eine lose, abstrakte Rechtsauskunft, sondern eine detaillierte Beratung anhand eines konkret vorliegenden Sachverhalts. Vergleichbar dem kommissionellen Soft Law wird das Beratungsschreiben zudem öffentlich publiziert (Rz 21).

Eine solche, von Seiten des ÖRAK empfohlene Bindungswirkung würde selbstverständlich - wie im Allgemeinen bereits im Hinblick auf von der Kommission erlassenes Soft Law etabliert - auch weiterhin dort ihre Grenzen finden, wo das Beratungsschreiben etwa gegen (spätere) Rsp des EuGH verstößt oder Umstände des Einzelfalls eine Neubewertung erforderlich machen. Diese Grundsätze könnten deckungsgleich auch auf Beratungsschreiben angewendet werden und kommen auch bereits in Rz 24 entsprechend zum Ausdruck.

Die empfohlene Wirkung von Beratungsschreiben würde sich im Übrigen auch in die Tradition der historischen Rechtslage zu „comfort letters“ einfügen, die hier – in Form einer (beschränkten) Bindungswirkung der Kommission – ausnahmsweise weiterhin gerechtfertigt wäre, weil es ja gerade – vergleichbar der historischen Rechtslage – vor dem Beratungsschreiben auch zu einer konkreten Vorab-Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts durch die Kommission kommt.

**Ansprechpartner/ Contact:** Jessica König, ÖRAK-Vertretung Brüssel / Brussels Office

<sup>4</sup> StRsp des EuGH; vgl statt vieler nur EuGH 19.7.2016, C-526/14, *Kotnik* Rz 40.