

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

## Flexible Kapitalgesellschaft (1. Teil)

- > Verhältnis zur GmbH
- > Finanzierungsrunden
- > Unternehmenswertanteile

Asset Freeze: Eigentumsprüfung

Kartellaufdeckung 2.0

Verteidigungskosten und  
Finanzstrafverfahren

Energiegemeinschaften und  
Einlagenrückgewähr

EU-US Data Privacy Framework

Gewalt im Internet



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

# Kartellaufdeckung 2.0

**BEITRAG.** Datengetriebene Methoden bieten Wettbewerbsbehörden neue und vielseitige Möglichkeiten, um Kartellrechtsverstöße auf die Schliche zu kommen. Bei der praktischen Anwendung datengetriebener Kartellscreenings ist zwischen den unterschiedlichen Stadien des kartellrechtlichen Verf zu unterscheiden. Dabei müssen Beweise, die auf datengetriebenen Methoden beruhen, stets nachvollziehbar und belastbar sein, um im kartellrechtlichen Verf entsprechende Verwendung zu finden.<sup>1)</sup> **ecolex 2023/605**



Mag. **Franziska Guggi** ist Universitätsassistentin prae doc an der Abteilung für Kartellrecht und Digitalisierung der Wirtschaftsuniversität Wien sowie am Institut für Unternehmensrecht und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Graz. Univ.-Prof. Mag. Dr. **Viktoria H.S.E. Robertson**, MJur (Oxon), ist Universitätsprofessorin und Leiterin der Abteilung für Kartellrecht und Digitalisierung der Wirtschaftsuniversität Wien sowie Universitätsprofessorin für Internationales Kartellrecht an der Universität Graz.

## A. Datengetriebene Methoden zur Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen

Anonyme Hinweisgebersysteme und Kronzeugenregelungen sind wichtige Instrumente im Bereich der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen. In den letzten Jahren sind Kronzeugenanträge allerdings rapide zurückgegangen,<sup>2)</sup> wohl nicht zuletzt aufgrund der schadenersatzrechtlichen Konsequenzen, die auch eine Kronzeugin zu befürchten hat.<sup>3)</sup> Wettbewerbsbehörden sind also dazu angehalten, (auch) neue Wege bei der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen zu beschreiten. Ein vielversprechender Weg ist die Nutzung datengetriebener Methoden – quasi eine „Kartellaufdeckung 2.0“. Die Bandbreite dieser Methoden ist groß und reicht von der händischen Datensammlung und -auswertung bis hin zur automatisierten Kartellrechtsdurchsetzung. Dieser noch recht neue Bereich des Kartellrechts wird auch „Computational Antitrust“ genannt und bezeichnet jenen Zweig der Rechtsinformatik, der sich mit der Mechanisierung der kartellrechtlichen Analyse befasst.<sup>4)</sup> Dabei werden ua computergestützte Möglichkeiten und ökonomisches Know-how genutzt, um Marktdaten zu durchleuchten und dadurch mögliche Kartellrechtsverstöße aufzudecken. So wird die „Werkzeugkiste“ der Wettbewerbsbehörden um ein weiteres, vielseitiges Instrument erweitert.

Im Folgenden werden zunächst einige datenbasierte Screenings vorgestellt, die für das Kartellrecht von Relevanz sein können. Sodann wird die Frage geklärt, inwiefern für Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und Kartellgericht (KG) rechtliche Möglichkeiten bestehen, sich im Rahmen der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung auf datengetriebene Kartellscreenings zu stützen. Dabei sind drei Stadien des kartellrechtlichen Verf zu unterscheiden, nämlich das behördliche Ermittlungsverfahren, der Antr auf eine Hausdurchsuchung beim KG und schließlich die materielle Entscheidung des KG im Falle eines Antr auf Abstellung oder Feststellung eines Kartellrechtsverstos bzw auf Verhängung einer Geldbuße für einen solchen. Es steht auch die Frage im Raum, welche Voraussetzungen solcherart geschaffene kartellrechtliche Verdachtsmomente erfüllen müssen, um berücksichtigungswürdig zu sein. Abschließend wagen wir einen Ausblick in die Zukunft datenbasierter Kartellscreenings in der öffentlichen Kartellrechts-

durchsetzung und mögliche Präzisierungen im Verfahrensrecht.

## B. Datenbasierte Kartellscreenings ...

Es gibt bereits zahlreiche Anwendungsmöglichkeiten für datengetriebene Screenings<sup>5)</sup> im Bereich des Kartellrechts, wovon einige besonders praxisrelevant erscheinen.<sup>6)</sup> So ist es im Bereich von Vergabeabsprachen möglich, Unternehmen anhand unterschiedlicher Parameter dahingehend einzuteilen, ob sie bei Vergabeabsprachen partizipiert haben könnten oder nicht. Erreicht kann dies etwa werden, indem nach einer geringen Streuung bei abgegebenen Geboten gesucht wird.<sup>7)</sup> Zeigt der Vergleich mit einem anderen Zeitraum, dass die Abweichung erheblich abnimmt und auch über einen längeren Zeitraum auf einem niedrigen Niveau bleibt, so ist das ein Indiz dafür, dass es zu Absprachen im Vergabeverfahren gekommen ist.<sup>8)</sup>

Zur Erkennung möglicher festgesetzter Wiederverkaufspreise können Preise einer Produktgruppe von öffentlich zugänglichen Datenbanken gescrept werden, um über einen längeren Zeitraum Vergleichsdaten zur Verfügung zu haben. An-

<sup>1)</sup> Der vorliegende Beitrag hat seinen Ursprung im Projekt „DataComp“, das vom Profibereich Smart Regulation der Universität Graz finanziert wurde.

<sup>2)</sup> OECD, Competition Trends 2022 (2022) 43–46.

<sup>3)</sup> Siehe dazu Ysewyn/Kahmann, The Decline and Fall of the Leniency Programme in Europe, Concurrences 2018, 44.

<sup>4)</sup> Vgl. Genereseth, Computational Law: The Cop in the Backseat, White Paper, CodeX – The Stanford Center for Legal Informatics (2015) 1: „Computational Law is that branch of legal informatics concerned with the mechanization of legal analysis“.

<sup>5)</sup> Unter Screening versteht man eine datenbasierte Methode, die verdächtige, auf Kartellrechtsverstöße hindeutende Muster erkennt bzw erkennen soll. Harrington, Detecting Cartels, in Buccrossi (Hrsg), Handbook of Antitrust Enforcement (2017) 213.

<sup>6)</sup> Für eine umfassende Übersicht, vgl. OECD, Data screening tools in competition investigations, DAF/COMP/WP3(2022) 5; Amthauer/Fleiß/Guggi/Robertson, Ready or not? A systematic review of case studies using data-driven approaches to detect real-world antitrust violations, Computer Law & Security Review 2023 Vol 49.

<sup>7)</sup> Im konkreten Fall geschah das unter Zuhilfenahme der Standardabweichung als Streumaß.

<sup>8)</sup> Imhof/Karagök/Rutz, Screening for bid rigging – does it work? Journal of Competition Law & Economics 2018 Vol 14, 235; Imhof, Detecting bid-rigging cartels with descriptive statistics, Journal of Competition Law & Economics 2019 Vol 15, 427.

hand dieser Daten lässt sich der Variationskoeffizient berechnen, der anzeigt, wie groß die Preisunterschiede innerhalb einzelner Produkte von unterschiedlichen Einzelhändler:innen sind.<sup>9)</sup> Zeigen sich über längere Zeiträume äußerst geringe Preisunterschiede, so ist dies ein möglicher Hinweis auf eine Preisbindung der zweiten Hand. Wiederum basierend auf durch Webscraping erhobenen Daten können mithilfe maschinellen Lernens bestimmte Muster aufgedeckt werden, die auf festgesetzte Wiederverkaufspreise hindeuten. Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass es bei autonomer Preissetzungsmöglichkeit zu einer gleichmäßigeren Preisverteilung innerhalb einer größeren Spanne kommt.<sup>10)</sup>

**Mithilfe maschinellen Lernens können bestimmte Muster aufgedeckt werden, die auf festgesetzte Wiederverkaufspreise hindeuten.**

Außerdem kann etwa ein kartellrechtswidriger Informationsaustausch<sup>11)</sup> durch datenbasierte Screenings aufgedeckt werden. Dazu werden mittels maschinellen Lernens mögliche Szenarien

ermittelt, in denen es zu einem Informationsaustausch zwischen Wettbewerber:innen in Bezug auf ein zuvor berechnetes Marktgleichgewicht gekommen ist. Die Berechnungen basieren dabei auf der Spieltheorie und dem *Nash-Equilibrium*.<sup>12)</sup>

Diese und viele weitere datenbasierte Kartellscreenings sind bereits erforscht und werden von einigen Wettbewerbsbehörden auch schon angewandt.<sup>13)</sup> Im Folgenden wird nun aufgezeigt, inwiefern derartige Screenings in den verschiedenen Stadien des kartellrechtlichen Verf zum Einsatz kommen können.

**1. ... in Untersuchungen durch die Behörde**

Die BWB ist zur Durchsetzung des KartG und auch der unionsrechtlichen Kartellrechtsbestimmungen berufen.<sup>14)</sup> Sie hat ein Aufgriffsermessens<sup>15)</sup> und kann zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben sämtliche Ermittlungen führen. Bei Hinweisen auf konkretes wettbewerbswidriges Verhalten kann sie eine gegen bestimmte Unternehmen gerichtete Untersuchung einleiten.<sup>16)</sup> Außerdem kann die BWB bei Verdacht auf ein Versagen des Wettbewerbs in einem bestimmten Sektor eine Marktuntersuchung in die Wege leiten.<sup>17)</sup> Neben Hinweisen von Verbraucher:innen und Konkurrent:innen sowie Kronzeug:innen ist ein datengetriebenes Kartellscreening jedenfalls geeignet, der BWB Verdachtsmomente zu liefern, um Untersuchungen von Amts wegen einzuleiten. Dadurch kann es auch zu einem effizienten Einsatz der oftmals engen Personalressourcen kommen.

Die Verfügbarkeit guter Datensätze ist eine wesentliche Voraussetzung, um entsprechend belastbare Analyseergebnisse zu liefern. Da öffentlich verfügbare Datensätze häufig fehlen,<sup>18)</sup> ist auch die Datenbeschaffung seitens der BWB zu bedenken. Die BWB hat grundsätzlich die Möglichkeit, im Rahmen einer von ihr betriebenen Untersuchung die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen von Unternehmen zu verlangen<sup>19)</sup> und kann dies auch mittels Bescheid verfügen.<sup>20)</sup> Daher stellt sich bereits in diesem Stadium unweigerlich die Frage, inwiefern § 11a WettbG der BWB auch eine rechtliche Grundlage dafür bietet, die Herausgabe – oder gar die Zusammenstellung – von relevanten Datensätzen durch Unternehmen zu verlangen. Dabei könnte es sich etwa um Preisdaten, Verkaufszahlen, Produktionsdaten usw handeln, anhand derer die BWB in der Folge weitere Analysen vornehmen kann. Hierbei ist selbstverständlich zu bedenken, dass die BWB in ihren Er-

mittlungen stets die Grundrechte zu wahren hat,<sup>21)</sup> wobei im Rahmen datengetriebener Kartellscreenings insb die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Angemessenheit sowie das Grundrecht auf den Schutz persönlicher Daten relevant sein werden.

Für die Frage, ob die von der BWB verlangte Herausgabe bzw Zusammenstellung von Daten verhältnismäßig ist, wird daher relevant sein, ob die BWB aus anderen Quellen (öffentlich zugängliche Daten, Hinweisgeber:innen) bereits einen ersten Verdachtsmoment geschöpft hat sowie worauf sich die Vermutung eines Versagens des Wettbewerbs in einem bestimmten Sektor gründet. Dass die BWB sich bei ihren Ermittlungen auch auf private Daten stützen kann, stellt das WettbG insofern außer Frage, als es festhält, dass die BWB sich nur im Falle eines Wettbewerbsmonitorings auf öffentlich verfügbare Daten zu beschränken hat.<sup>22)</sup>

**2. ... als Verdachtsmoment für eine Hausdurchsuchung**

Hegt die BWB den begründeten Verdacht, dass ein Unternehmen gegen das Kartellverbot, das Marktmachtmissbrauchsverbot oder das fusionskontrollrechtliche Durchführungsverbot verstoßen hat, so kann sie einen Antr auf Anordnung einer Hausdurchsuchung beim KG stellen.<sup>23)</sup> Das Verf vor dem KG ist nach den Regeln des AußStrG durchzuführen.<sup>24)</sup> Fraglich ist, ob das (positive) Ergebnis eines Kartellscreenings den Anforderungen an einen begründeten Verdacht iSv § 12 Abs 1 WettbG genügen kann.

Der begründete Verdacht, welchen die BWB für die positive Erledigung eines Antr auf Anordnung einer Hausdurchsuchung

<sup>9)</sup> Vgl hierzu *Amthauer/Fleiss/Guggi/Robertson*, Detecting Resale Price Maintenance for Competition Law Purposes: Proof-of-Concept Study Using Web Scraped Data, Graz Law Working Paper 15/2023 (2023).

<sup>10)</sup> *Nicholls*, Regtech as an antitrust enforcement tool, Journal of Antitrust Enforcement 2021 Vol 9, 135.

<sup>11)</sup> Hier geht es um den Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen zwischen zwei Wettbewerber:innen.

<sup>12)</sup> Das *Nash-Equilibrium* bezeichnet jenen Punkt, an dem sich die Situation eines Unternehmens nicht mehr durch eine einseitige Strategieänderung verbessern kann, vielmehr ist dazu ein Informationsaustausch vonnöten. *Razmi/Buygi/Esmalifalak*, A machine learning approach for collusion detection in electricity markets based on Nash equilibrium theory, Journal of Modern Power System and Clean Energy 2021 Vol 9, 170.

<sup>13)</sup> *OECD*, Data screening tools in competition investigations, DAF/COMP/WP3(2022)5; *Schrepel/Groza* (Hrsg), The Adoption of Computational Antitrust by Agencies: 2nd Annual Report (15. 6. 2023), Stanford Computational Antitrust 2023 Vol 3, 55.

<sup>14)</sup> § 2 Abs 1 Z 1 und 2 WettbG.

<sup>15)</sup> § 2 Abs 3, § 11 Abs 1 WettbG; Art 4 Abs 5 der RL (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ECN+RL), ABl L 2019/11, 3; *Ranftl/Harsdorf-Borsch* in *Egger/Harsdorf-Borsch* (Hrsg), Kartellrecht (2022) § 2 WettbG Rz 56.

<sup>16)</sup> § 11 WettbG.

<sup>17)</sup> § 2 Abs 1 Z 3 WettbG. Auch ein Wettbewerbsmonitoring kann die BWB durchführen, vgl Z 5 leg cit.

<sup>18)</sup> Siehe dazu *Amthauer/Fleiss/Guggi/Robertson*, Computer Law & Security Review 2023, 17.

<sup>19)</sup> § 11a Abs 1 WettbG.

<sup>20)</sup> § 11a Abs 3 WettbG. Im Falle einer Marktuntersuchung hat einer bescheidmäßigen Verfügung allerdings zunächst ein einfaches Verlangen voranzugehen, vgl Abs 8 leg cit. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat die BWB das WettbG sowie in Teilen das AVG anzuwenden; vgl § 11 Abs 2 WettbG.

<sup>21)</sup> § 13 WettbG.

<sup>22)</sup> § 11a Abs 9 WettbG.

<sup>23)</sup> § 12 Abs 1 WettbG.

<sup>24)</sup> *Seelos* in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht § 12 WettbG Rz 37.

darlegen muss,<sup>25)</sup> hat nach stRsp des KOG rational nachvollziehbar zu sein. Hierfür müssen „Tatsachen vorliegen [...], aus denen vertretbar und nachvollziehbar geschlossen werden kann, dass eine Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsbestimmungen vorliegt“.<sup>26)</sup> Ein dringender Tatverdacht muss hingegen nicht vorliegen,<sup>27)</sup> und auch ein konkreter Kartellrechtsverstoß muss (noch) nicht festgestellt worden sein. Die Bescheinigungsschwelle für die positive Erledigung eines Antrags auf Anordnung einer Hausdurchsuchung liegt damit jedenfalls deutlich unter dem Beweismaß für einen Kartellrechtsverstoß.<sup>28)</sup> Auch im Rahmen des kartellgerichtlichen Verf in Bezug auf Hausdurchsuchungen sind selbstverständlich Grundrechte zu wahren, insb die Verteidigungsrechte der beschuldigten Parteien, denen eine Überprüfbarkeit eines erlassenen Beschlusses zu gewähren ist. So ist die Frage, ob ein begründeter Verdacht iSd § 12 WettbG vorliegt, grds als rechtliche Würdigung einem Rechtsmittel zugänglich. Die Wertung, ob die einen Verdacht begründenden Umstände dann auch tatsächlich vorliegen, ist allerdings als Frage der Beweiswürdigung nur eingeschränkt im Rechtsmittelverfahren be­ kämpfbar.<sup>29)</sup>

### Ein begründeter Verdacht hat nach stRsp des KOG rational nachvollziehbar zu sein.

Dass statistische und weitere Analysen basierend auf datengetriebenen Kartellscreenings ein geeignetes Instrument zur Darlegung eines begründeten Tatverdachts sein können, legte das KOG unlängst nahe. Im *Pellets-Fall* hatte das ErstG den begründeten Tatverdacht auf eine Reihe von Verdachtsmomenten gestützt, nämlich Informationen eines Hinweisgebers, statistische Daten und Kund:innenbeschwerden. „Davon, dass es sich bei dem vom ErstG angenommenen Tatverdacht um eine bloße Spekulation handle, [so das KOG,] kann keine Rede sein.“<sup>30)</sup>

Datengetriebene Kartellscreenings scheinen daher eine gute Möglichkeit zu sein, um einen begründeten Verdacht iSd WettbG als Ausgangspunkt für eine Hausdurchsuchung darzulegen.

### 3. ... als Entscheidungsgrundlage für das Kartellgericht

Anders als auf Ebene der EK oder des Bundeskartellamts in Deutschland, die Entscheidungen über Zuwiderhandlungen und Geldbußen selbst treffen,<sup>31)</sup> wendet sich die österr BWB mit kartellrechtlichen Anträgen auf Abstellung, Feststellung oder Geldbuße an das KG.<sup>32)</sup> Wie auch im Bereich der Hausdurchsuchung ist dabei das AußStrG auf das kartellrechtliche Verf anwendbar. Subsidiär ist im Hinblick auf Beweismittel auch die ZPO heranzuziehen.<sup>33)</sup>

Vor dem KG gilt – wie auch im streitigen Zivilverfahren – der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.<sup>34)</sup> Demnach hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verf nach freier Überzeugung zu beurteilen, was für wahr zu halten ist. Darüber hinaus gilt vor dem KG auch der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel, so dass jedes zur Wahrheitsfindung geeignete Erkenntnismittel verwendet werden kann (sog „Freibeweis“).<sup>35)</sup> Datenbasierte Analysen auf Grundlage unterschiedlicher statistischer Methoden oder auf Basis maschinellen Lernens sind jedenfalls dann ein geeignetes Beweismittel, wenn sie entsprechend belastbar sind. Hier wird ausschlaggebend sein, inwiefern alternative Erklärungsmöglichkeiten für bestimmte beobachtete Verhaltensweisen bestehen.<sup>36)</sup>

Da – wie bereits oben ausgeführt – unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung datengetriebener Methoden die

Verfügbarkeit eines entsprechend guten, aktuellen Datensatzes ist,<sup>37)</sup> ist es freilich eine spannende Frage, inwiefern Parteien im kartellgerichtlichen Verf aufgetragen werden kann, bestimmte Daten – bspw Preisdaten, Verkaufszahlen, Produktionsdaten etc – zum Zweck der Beweiswürdigung zu übermitteln. Sollte das KG es für erforderlich halten, dass eine Partei zu einer Vernehmung kommt, eine Urkunde vorlegt oder die Besichtigung eines in ihrem Gewahrsam befindlichen Augenscheingegenstands ermöglicht, so kann es die Partei zunächst dazu auffordern und als ultima ratio auch durch Zwangsmittel dazu anhalten.<sup>38)</sup> Auch kann es anordnen, dass die entsprechenden Beweismittel direkt einem oder einer Sachverständigen zukommen zu lassen sind,<sup>39)</sup> also etwa einer auf Auswertung solcher Daten spezialisierten Person. Keinesfalls abwegig ist es, auch die in der Gewalt eines Unternehmens befindlichen Datensätze darunter zu subsumieren und diese damit einer datengetriebenen Analyse durch die BWB bzw das KG oder einem von letzterem beauftragten Sachverständigen zuzuführen.

### Datenbasierte Analysen sind dann ein geeignetes Beweismittel, wenn sie entsprechend belastbar sind.

Von Bedeutung ist ferner das Beweismaß, also die nötige Überzeugung des KG, nach dem es Beweismittel im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen hat. Dabei ist das Beweismaß eine „hohe und nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“.<sup>40)</sup> Das KG muss also unter Berücksichtigung sämtlicher Verhandlungsergebnisse zur Überzeugung kommen, dass eine Tatsache als wahr anzusehen ist, wobei widrigenfalls die Beweislastregeln zur Anwendung gelangen.<sup>41)</sup> Ob nur eine hohe Wahrscheinlichkeit

zur Überzeugung kommen, dass eine Tatsache als wahr anzusehen ist, wobei widrigenfalls die Beweislastregeln zur Anwendung gelangen.<sup>41)</sup> Ob nur eine hohe Wahrscheinlichkeit

<sup>25)</sup> Seelos in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht § 12 WettbG Rz 38.

<sup>26)</sup> OGH als KOG 5. 3. 2013, 16 Ok 1/13 (direktes Zitat); OGH als KOG 9. 11. 2011, 16 Ok 5/11, Rz 4; OGH als KOG 20. 12. 2011, 16 Ok 7/11, Rz 7.1.

<sup>27)</sup> OGH als KOG 20. 12. 2011, 16 Ok 7/11, Rz 7.1.

<sup>28)</sup> RSO127267; Seelos in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht § 12 WettbG Rz 39. Diese Wertung lässt sich auch der Rsp des OGH entnehmen. So kann eine Verdachtslage nicht etwa dadurch entkräftet werden, dass es für die bescheinigten Verhaltensweisen, welche einen Tatverdacht begründen, allenfalls noch eine andere Erklärung gibt. Vgl OGH als KOG 19. 4. 2010, 16 Ok 2/10; OGH als KOG 16. 6. 2016, 16 Ok 6/16; *Völk/Torggler/Ingemarsson/Majer*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht<sup>3</sup> (2023) Rz 583.

<sup>29)</sup> § 49 Abs 3 KartG; *Völk/Torggler/Ingemarsson/Majer*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht<sup>3</sup> Rz 583.

<sup>30)</sup> OGH als KOG 19. 1. 2023, 16 Ok 7/22y.

<sup>31)</sup> Art 4, 7ff der VO (EG) 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1; §§ 32ff Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dBGBl I 2013, 1750, 3245 idGF.

<sup>32)</sup> § 36 KartG; § 2 Abs 1 Z 1 WettbG.

<sup>33)</sup> Vgl § 35 AußStrG.

<sup>34)</sup> § 32 AußStrG; RIS-Justiz RSO006272; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 31 Rz 4 (Stand 1. 6. 2019, rdb.at).

<sup>35)</sup> § 31 Abs 1 AußStrG; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 31 Rz 8 mwN (Stand 1. 6. 2019, rdb.at); *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 31 Rz 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

<sup>36)</sup> Vgl dazu bereits *Amthauer/Fleiß/Guggi/Robertson*, Computer Law & Security Review 2023, 17.

<sup>37)</sup> Siehe dazu *Amthauer/Fleiß/Guggi/Robertson*, Computer Law & Security Review 2023.

<sup>38)</sup> § 31 Abs 5 AußStrG; zu den Zwangsmitteln vgl § 79 Abs 2 AußStrG.

<sup>39)</sup> OGH 20. 12. 2016, 1 Ob 210/16p; *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 31 Rz 19 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

<sup>40)</sup> RSO110701 (Wahrheitsüberzeugungstheorie).

<sup>41)</sup> *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 32 Rz 1–5 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

der zu beweisenden Tatsachen ausreicht oder die reine Glaubhaftmachung genügt, dass also das G lediglich von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Behauptung überzeugt werden muss,<sup>42)</sup> ist strittig. In Anbetracht alternativer Erklärungsmöglichkeiten für Kartellrechtsverstöße, die durch datengetriebene Kartellscreenings aufgedeckt oder nachgewiesen werden sollen, ist seitens der Behörde einer Entkräftung dieser Erklärungsmöglichkeiten besonderes Augenmerk zu schenken. Weist also bspw ein Analyseinstrument auf eine mögliche Preisbindung zweiter Hand hin, so kann hier reines Parallelverhalten oder ein (erlaubtes) Einführungsangebot alternative Erklärungen für uniforme Wiederverkaufspreise bieten. In diesem Fall ist es von Bedeutung, die durch datengetriebene Analyse zu Tage geförderten Verdachtsmomente, die für eine Hausdurchsuchung ausreichen mögen, durch weitere Ermittlungsergebnisse zu untermauern.

### C. Resümee und Ausblick

Eine erste Einschätzung zeigt, dass das außerstreitige Verf, dem das kartellgerichtliche Verf unterliegt, ausreichend Flexibilität zur Berücksichtigung datengetriebener Kartellscreenings bietet. Der Kartellaufdeckung 2.0 steht insofern nichts im Wege. Drei Aspekte sind dabei besonders hervorzuheben:

- ▶ Zunächst benötigen verlässliche datengetriebene Kartellscreenings eine ebenso verlässliche Datengrundlage. In Fällen, in denen keine ausreichenden öffentlichen Daten verfügbar sind – und das wird häufig der Fall sein –, ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, inwiefern die BWB als für Wettbewerb zuständige Verwaltungsbeh und das KG als für Wettbewerb zuständiges Justizorgan<sup>43)</sup> die Zurverfügungstellung oder auch Zusammenstellung der benötigten Daten anordnen können.

- ▶ Außerdem scheint es ratsam, mit alternativen Erklärungsmöglichkeiten für durch datengetriebene Kartellscreenings zu Tage geförderte Kartellrechtsverstöße entsprechend offensiv umzugehen, um dem KG die Beweiswürdigung zu ermöglichen.<sup>44)</sup>
- ▶ Des Weiteren wird es iS von „explainable AI“<sup>45)</sup> nötig sein, dass datengetriebene Kartellscreenings für Beh, KG und betroffene Unternehmen stets nachvollziehbar bleiben, um im kartellgerichtlichen Verf zur Anwendung gelangen zu können.

### Schlussstrich

Die Kartellaufdeckung 2.0 ermöglicht der BWB und dem KG, sich sowohl bei der Untersuchung möglicher Kartellrechtsverstöße als auch bei deren gerichtlicher Beurteilung vermehrt auf datengetriebene Kartellscreenings zu verlassen. Dabei bietet das kartellrechtliche Verfahrensrecht auch Möglichkeiten, an die für diese Screenings notwendigen Unternehmensdaten zu gelangen.

<sup>42)</sup> *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 765, 767 (Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie).

<sup>43)</sup> Vgl zu dieser Unterscheidung Art 2 Abs 1 Z 2 und 3 der ECN+RL.

<sup>44)</sup> Nicht notwendig erscheint es jedoch, die Fähigkeiten eines Kartellscreenings bereits *prima facie* allzu extensiv anzuzweifeln. So ist es auch im „klassischen“ Kartellverfahren iZm Hausdurchsuchungen nicht abträglich, wenn es für eine bescheinigte Verhaltensweise andere Erklärungen gibt. Die durch ein Kartellscreening gesetzte *Flag* kann also durchwegs auch Gegenwind standhalten.

<sup>45)</sup> Siehe *OECD*, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence (2019) OECD/LEGAL/0449, Prinzip 1.3 (transparency and explainability).