

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT e.V.
Österreichische Landesgruppe

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend

per E-Mail: post@c14.bmwfj.gv.at

Bundesministerium für Justiz

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

cc: *Günter Bauer, Markus Fellner, Andreas Foglar-Deinhardstein
Martin Eckel, Isabella Hartung, Dieter Hauck, Raoul Hoffer,
Christina Hummer, Heinrich Kühnert, Stefan Polster, Axel Reidlinger,
Wolfgang Schäfer, Martin Stempkowski, Wolfgang Strasser, Peter Thyri,
Franz Urlsberger, Hanno Wollmann, Andreas Zellhofer*

Wien, am 29. Februar 2012

BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011

BMJ –Z9.100/0001-I 4/2012

**ANMERKUNGEN ZU DEM ENTWURF EINER NOVELLE ZUM WETTBEWERBSGESETZ,
KARTELLGESETZ 2005 UND NAHVERSORGUNGSGESETZ
der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht bedanken sich für die Übermittlung des Begutachtungsentwurfs zur geplanten Novelle zum Wettbewerbs-, Kartell- und Nahversorgungsgesetz und übermitteln zu einzelnen Änderungen folgende Anmerkungen:

Zum Begutachtungsentwurf der Kartellgesetz-Novelle 2012

1. Bagatellregelung (§ 2 KartG)

Der vorliegende Entwurf des § 2 Abs. 2 Z 1 ist weitgehend an die Bagatellregelung des EU-Kartellrechts angepasst, dennoch bestehen weiterhin wichtige Unterschiede:

- (i) Nach der (entscheidenden) Rechtsprechung des EuGH können auch Kernbeschränkungen, die von der "de minimis"-Bekanntmachung der Europäischen Kommission ("**Kommission**") nicht gedeckt sind, als nicht spürbar von dem Kartellverbot ausgenommen sein (vgl. etwa EuGH RS 5/69 – Völk/Vervaecke).

- (ii) Gerade im österreichischen Recht ist eine möglichst uneingeschränkte Bagatellausnahme wichtig ist, weil das österr. KartG die Einleitung von kartellgerichtlichen Untersuchungen nicht nur den Amtsparteien, sondern auch Privaten (Antrag an das Kartellgericht). Es gilt deshalb besonders darauf zu achten, Fälle zu vermeiden, deren Verfolgung höhere Kosten verursacht als Schaden für den Wettbewerb entsteht.
- (iii) Da die Bagatellregelung des KartG weiterhin als Ausnahme vom Kartellverbot konzipiert ist, können sich Unterschiede in der Anwendung der Regelung in "non-liquet"-Fällen durch die unterschiedliche Beweislastverteilung ergeben.

Aus diesen Gründen macht die Studienvereinigung folgenden Lösungsvorschlag:

Klarstellung in den Gesetzesmaterialien durch Aufnahme des folgenden Textes:

Der Begriff "bezwecken" ist im Sinn der Rechtsprechung der Gerichte der EU auszulegen (insbes. EuGH, Rs C-306/96, Javico, Slg 1998 I, 1983; EuGH, Rs C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique). Die Begriffe "Festsetzung der Verkaufspreise", "Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes" und "Aufteilung der Märkte" nehmen Bezug auf die Definition von Kernbeschränkungen in der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), Abl. C 368/13 vom 22.12.2001.

2. Kollektive Marktbeherrschung (§ 4 KartG)

Nach den Erläuterungen des BMJ sollen die geplanten Ergänzungen von § 4 KartG die Missbrauchsaufsicht erleichtern. Dabei ist der Entwurf von der Absicht getragen, das österreichische Recht an § 19 Abs 2 und Abs 3 des deutschen GWB anzugleichen.

Mit der vorgeschlagenen Formulierung wird dieses Ziel verfehlt. Nach Auffassung der Studienvereinigung besteht die Gefahr einer Überregulierung zu Lasten der österreichischen Gerichte, Verwaltungsbehörden und Unternehmen. Das zeigt sich schon daran, dass nach dem derzeitigen Textvorschlag die neuen Vermutungstatbestände für kollektive Marktbeherrschung die bisherigen Tatbestände des § 4 Abs 2 Z 2 und Z 3 KartG ergänzen und nicht ersetzen würden. Es würde daher zukünftig vier Vermutungstatbestände geben, deren Beziehung zueinander unklar bliebe.

Dazu kommt, dass die Vermutungstatbestände des § 19 Abs 3 GWB nicht jene Tragweite haben, welche ihnen im Diskussionsentwurf zugemessen werden. So gelten die deutschen Vermutungstatbestände gemäß § 81 Abs 2 Z 1 GWB nicht in Bußgeldverfahren, sondern erleichtern nur die Arbeit des Bundeskartellamtes, wenn es um die Anordnung von Abstellmaßnahmen geht. Dieser Ansatz entspricht wohl auch der Intention des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen, der sich zwar für eine verstärkte Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, nicht aber für die vermehrte Verhängung von Geldbußen

„auf Verdacht“ (dh aufgrund bloßer Vermutungen) ausgesprochen hat. Die Studienvereinigung meint daher, dass sich der Gesetzgeber konsequenterweise auch in diesem Punkt dem deutschen Konzept anschließen sollte.

Das gilt umso mehr, als die kollektive Marktbeherrschung vermutlich jener Bereich des Wettbewerbsrechts ist, dem es am meisten an einer ökonomischen Fundierung fehlt. Bislang war die Industrieökonomie nicht in der Lage, empirisch testbare Hypothesen zur Beantwortung der Frage zu entwickeln, in welchen wirtschaftlichen Konstellationen sich eine Mehrheit von Unternehmen mit hoher Wahrscheinlichkeit stillschweigend abgestimmt verhält. Aus Sicht der Studienvereinigung sind daher Vermutungstatbestände für kollektive Marktbeherrschung generell problembehaftet. Eine Zurückhaltung in diesem Bereich erscheint geboten, bis die wettbewerbsökonomische Forschung diesbezüglich weiter gediehen ist.

Mit dem Ziel, die zukünftige österreichische Rechtslage stärker an das deutsche Modell heranzuführen und übermäßige Eingriffe in das Wirtschaftsleben zu vermeiden, schlagen wir folgende Neufassung des § 4 KartG vor (die Änderungen gegenüber dem Begutachtungsentwurf sind hervorgehoben):

*§ 4 Abs 1:
unverändert*

*§ 4 Abs 1a:
Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs 1 erfüllen.*

§ 4 Abs 2:

Z 1 Es wird vermutet, dass ein Unternehmer marktbeherrschend ist, wenn er als Anbieter oder Nachfrager am relevanten Markt einen Anteil von mindestens einem Drittel hat. In diesem Fall trifft ihn die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs 1 nicht vorliegen.

Z 2 Es wird vermutet, dass mehrere Unternehmer gemeinsam marktbeherrschend sind, wenn sie am relevanten Markt

(a) gemeinsam einen Anteil von mindestens 50% haben und die Gesamtheit aus drei oder weniger Unternehmern besteht; oder wenn sie

(b) einen Anteil von mindestens zwei Dritteln haben und die Gesamtheit aus fünf oder weniger Unternehmen besteht.

In diesen Fällen trifft die Unternehmer die Beweislast, dass die Voraussetzungen nach Abs 1a nicht vorliegen.

Z 3 Diese Vermutungstatbestände gelten ausschließlich in Verfahren nach §§ 26 und 27 KartG.

*§ 4 Abs 3:
unverändert*

3. Preis-/Konditionenmissbrauch (§ 5 Abs 1 Z 1 KartG)

In seiner derzeitigen Formulierung entspricht § 5 Abs 1 Z 1 KartG im Wesentlichen Art 102 lit a AEUV. Mit der vorgeschlagenen Neuformulierung soll nach den Erläuterungen eine Angleichung an § 19 Abs 4 Z 2 dGWB erreicht werden. Hintergrund dieses Vorschlags ist die vom Beirat für Wirtschaft und Sozialfragen angeregte Stärkung der Missbrauchsaufsicht u.a. mit Hinblick auf den Preismissbrauch.

Die Studienvereinigung weist eingangs darauf hin, dass eine starke Preismissbrauchsaufsicht wettbewerblich durchaus zwiespältig zu betrachten ist. Denn eine solche Kontrolle erfordert immer eine Abwägung von kurzfristigen Verbrauchervorteilen durch die Preissenkung einerseits und mittel- bis langfristigen Nachteilen für die Wettbewerbsstruktur andererseits. Letztere können sich etwa daraus ergeben, dass die verordnete Preissenkung Markteintritte weniger attraktiv macht. Ausbeutungsmisbräuche sind daher auch aus forensischer Sicht nur schwer feststellbar, zumal die ökonomische Theorie keine Methoden bereitstellt, klar zu bestimmen, ab welchem Niveau ein Preis unangemessen ist (s. etwa *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, Rn 6-19).

Unabhängig von ihrer ökonomischen Fundierung ist die vorgeschlagene Änderung aus Sicht der Studienvereinigung aber jedenfalls mit Hinblick auf die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen bedenklich. Mit dem Abgehen vom bisherigen, auf dem AEUV aufbauenden Wortlaut geht nämlich einher, dass in Zukunft weder die bisherige österreichische Rechtsprechung (zB OGH 17.11.2003, 16 Ok 14/03 *Verschleißerprovision*) noch die Praxis der Europäischen Kommission und der Europäischen Gerichte unmittelbar für die Auslegung des neuen § 5 Abs 1 Z 1 KartG herangezogen werden können.

Die Erläuterungen enthalten keinen Hinweis darauf, welche bisher nicht erfassten Fälle infolge der vorgeschlagenen Umstellung vom Modell des AEUV auf das Modell des dGWB nun als Missbrauch gelten sollen und warum eine allfällige Erweiterung des Tatbestands als sinnvoll erachtet wird.

Der bloße Verweis darauf, dass eine derartige Textierung im dGWB besteht, erlaubt hierzu keine klaren Rückschlüsse. So wird in der deutschen Lehre vertreten, dass die Missbrauchstatbestände des § 19 Abs 4 dGWB trotz Abweichungen in der Formulierung einheitlich mit Art 102 AEUV auszulegen seien (s. etwa *MünchKommGWB/Säcker/Gosse/Wolf*, § 19, Rn 62). Inwieweit Entwicklungen der deutschen Rechtspraxis, die in der europäischen Rechtsanwendung bislang keine Entsprechung finden (vgl etwa BGH 28.6.2005, KVR 17/04 *Stadtwerke Mainz*, wo der BGH mit dem „Erheblichkeitszuschlag“ ein weiteres Tatbestandsmerkmal herausgearbeitet hat) in Zukunft auch in Österreich relevant sein sollen, bleibt daher vollkommen unbestimmt.

Ein Verweis auf die Textierung des dGWB wiegt daher den Verlust der bisherigen österreichischen und europäischen Rechtsprechung und Entscheidungspraxis als unmittelbare Auslegungshilfe nicht auf. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass die

deutsche Rechtsanwendung – anders als die in frei verfügbaren Datenbanken wie RIS, Eur-Lex und Curia erfasste österreichische und europäische Praxis – für die österreichischen Rechtsunterworfenen nur schwer zugänglich ist, weshalb mit der Umformulierung jedenfalls ein Verlust an Transparenz und Rechtssicherheit einhergeht.

Eine Neufassung im Sinne des Entwurfs ist daher nach Ansicht der Studienvereinigung nicht zielführend.

Sollte eine Novellierung des § 5 Abs 1 Z 1 KartG dennoch als wünschenswert angesehen werden, so regt die Studienvereinigung an, jedenfalls anstelle des Tatbestandsmerkmals der „Forderung“ den bisherigen Begriff „Erzwingung“ beizubehalten, sodass die Neufassung lauten würde:

§ 5 Abs. 1 Z 1 lautet:

„1. die ~~Forderung~~ nach Erzwingung von Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder nach von sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,“

Das Tatbestandsmerkmal der „Erzwingung“ bezeichnet nämlich schon nach geltendem Recht lediglich die Ausübung der wirtschaftlichen Übermacht des Marktbeherrschers, auf die Ausübung zusätzlichen Drucks kommt es nicht an (*Möschel in Immenga/Mestmäcker*, Art 82 EGV, Rn 138 mwN). Eine Erweiterung des Tatbestands, welche durch die Ersetzung des Begriffs „Erzwingung“ durch „Forderung“ jedenfalls suggeriert würde, ist daher nicht geboten – vielmehr wäre es völlig systemfremd, würde § 5 KartG auch Fälle umfassen, in denen wirtschaftliche Übermacht nicht ausgeübt wird.

4. Fristverlängerungen (§ 11 Abs 1 bzw § 14 Abs 1 KartG)

Die Möglichkeit der Fristverlängerung auf Begehren der Anmelder und die Beschränkung einer derartigen Fristverlängerung auf 2 Wochen in Phase I in § 11 Abs. 1 des Entwurfs wird begrüßt. Zusätzlich sollte analog dazu in § 14 Abs. 1 die Fristverlängerungsmöglichkeit in Phase II auf 4 Wochen beschränkt werden.

Die Bestimmung würde dann lauten wie folgt :

Dem § 14 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Diese Frist verlängert sich auf sechs Monate, soweit dies der Anmelder innerhalb der Fünf-Monats-Frist gegenüber dem Kartellgericht begehrt.“

5. Durchführungsverbot (§ 17 KartG)

Wir erlauben uns an dieser Stelle noch einmal auf die Ausführungen der Studienvereinigung zum Durchführungsverbot zu verweisen. Wir hatten in diesem Kontext angeregt, die Ausnahmen vom Durchführungsverbot, wie sie in der FKVO und in dem d GWB bzw. in dem Referentenentwurf zur Novellierung des d GWB enthalten sind, auch in das KartG aufzunehmen. Es handelt sich hierbei um die Ausnahmen im Zusammenhang mit einem öffentlichen Übernahmeangebot bzw. dem Erwerb von Wertpapieren, sowie solchen im Zusammenhang mit drohenden schweren Schäden für eines der beteiligten Unternehmen. Der Umstand, dass dies im d GWB geregelt ist bzw. nun wird, zeigt dass derartige Regelungen mittlerweile zu einem internationalen Standard gehören. Die derzeitige Rechtslage nach dem KartG wirft immer wieder erhebliche praktische Probleme auf.

Zudem wäre es wertvoll, auch die Frage der Heilung der Nichtigkeit im Falle der Nichtanmeldung eines Zusammenschlusses durch eine nachträgliche Anmeldung einer Klarstellung zu unterziehen (vgl. hier auch den Referentenentwurf zum d GWB, wo allerdings ein dem ö KartG fremdes Entflechtungsverfahren für derartige Sachverhalte vorgesehen ist). Die Studienvereinigung schlägt daher die folgenden neuen Absätze 1a, 1b und 4 in § 17 KartG vor:

[]. In § 17 werden nach dem Abs. 1 folgende Absätze 1a und 1b angefügt:

„(1a) Das Durchführungsverbot steht der Verwirklichung von Vorgängen nicht entgegen, bei denen die Anteile oder der beherrschende Einfluss im Sinne des § 7 KartG entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren, einschließlich solchen, die in andere zum Handel an einer Börse oder an einem ähnlichen Markt zugelassene Wertpapiere konvertierbar sind, erworben wird, sofern der Zusammenschluss gemäß § 10 unverzüglich bei der Bundeswettbewerbsbehörde angemeldet wird und der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht oder nur zur Erhaltung des vollen Wertes seiner Investition aufgrund einer von der Bundeswettbewerbsbehörde nach Abs. 1b erteilten Befreiung ausübt.

(1b) Die Bundeswettbewerbsbehörde kann auf Antrag Befreiungen vom Durchführungsverbot erteilen, wenn die beteiligten Unternehmen hierfür wichtige Gründe geltend machen, insbesondere um schweren Schaden von einem beteiligten Unternehmen oder von Dritten abzuwenden. Die Befreiung kann jederzeit, auch vor der Anmeldung, erteilt und mit Beschränkungen und Auflagen verbunden werden.“

[]. In § 17 wird nach dem Abs. 3 folgender Abs. 4 angefügt:

„(4) Die aufgrund eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot bestehende Unwirksamkeit eines Vertrags nach Abs. 3 wird durch die nachträgliche Anmeldung des Zusammenschlusses und durch Abgabe eines Prüfungsverzichts oder ungenütztes Verstreichen der Frist zur Stellung eines Prüfungsantrags beim Kartellgericht durch die

Bundeswettbewerbsbehörde nach § 11 Abs. 4 oder durch eine nach § 12 Abs. 1 Z 1 oder § 12 Abs. 1 Z 3 oder § 12 Abs. 2 oder § 12 Abs. 3 erlassene Entscheidung des Kartellgerichts rückwirkend geheilt.“

6. Feststellungsinteresse (§ 28 Abs 1 a)

Zu § 28 Abs 1 a Z 1

Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich die gesetzliche Klärung der auch in der Rechtsprechung (siehe zB KG 29 Kt 132, 133/07; KOG 16 Ok 4/09) noch nicht abschließend geklärten Frage der Zulässigkeit von Feststellungsentscheidungen gegen ein Unternehmen, dem die Bundeswettbewerbsbehörde Kronzeugenstatus zuerkannt hat. Die nun in Z 1 vorgeschlagene Regelung, wonach ein berechtigtes Interesse gemäß § 28 Abs 1 für eine Feststellung der Zuwiderhandlung gegen einen Kronzeugen jedenfalls vorliegen soll, steht freilich in einem bestimmten Spannungsverhältnis zu der rechtspolitisch ebenfalls gewünschten weiteren Stärkung des Kronzeugenprogramms als wesentliches Instrument des öffentlich-rechtlichen Kartellrechtvollzugs. Die kartellgerichtliche Feststellung einer Zuwiderhandlung kann bekanntlich (auch) für einen Kronzeugen zu nachteiligen Folgen in zivilrechtlichen "follow on"-Schadenersatzprozessen wegen der betroffenen Zuwiderhandlung führen. Der Gesetzgeber wird daher eine (rechtspolitische) Abwägung zu treffen haben, ob die mit einer gesetzlichen Verankerung von Feststellungsbeschlüssen gegen Kronzeugen potentiell einhergehende Abschreckungswirkung für die Einbringung von Kronzeugenanträgen durch das in den Materialien mit der Neuregelung verfolgte wesentliche Ziel – namentlich die Nutzung der Feststellung als Erschwerungsgrund in weiteren Geldbußenverfahren gegen den Kronzeugen wegen möglicher zukünftiger Verstößen – aufgewogen wird.

Jedenfalls sollte das Feststellungsinteresse gemäß Z 1 nach Auffassung der Studienvereinigung nur den Amtsparteien (nicht aber auch privaten Antragstellern) zuerkannt werden, zumal dies auch den Erläuterungen ausdrücklich zu entnehmen ist und die Frage der allfälligen Erleichterung der Durchsetzung privater Schadenersatzansprüche von Z 2 der Neuregelung abgedeckt werden soll. Es wäre daher eine Klarstellung im Text der Z 1 geboten (zB "wenn die Feststellung einer Zuwiderhandlung durch eine Amtspartei gegen ... begehrt wird, ...").

Zu § 28 Abs 1 a Z 2

Auch die vorgeschlagene Neuregelung in Z 2 des § 28 Abs 1 steht im Spannungsverhältnis zwischen der Förderung des Kronzeugenprogramms, einerseits, und der privatrechtlichen Durchsetzung von auf Kartellrecht beruhenden Schadenersatzansprüchen, andererseits. Grundsätzlich hält es die Studienvereinigung wiederum für begrüßenswert, die bisher der Rechtsprechung (zB KOG 16 Ok 8/08) überlassene Frage des Vorliegens eines berechtigten Interesses an einer Feststellung einer Zuwiderhandlung zum Zwecke der Vorbereitung von

zivilrechtlichen Schadenersatzprozessen einer gesetzlichen Klärung zuzuführen. Dabei handelt es sich aber um eine wesentliche rechtspolitische Weichenstellung, da eine zukünftige Möglichkeit der Führung von kartellgerichtlichen Feststellungsverfahren gerade zum Zweck der Erleichterung von "follow on"-Schadenersatzprozessen zwar das "Private Enforcement" von Kartellrecht stärken, andererseits aber voraussichtlich die Attraktivität des Kronzeugenprogramms verringern und somit insgesamt den öffentlich-rechtlichen Kartellrechtsvollzug behindern könnte. Die Für und Wider einer entsprechenden Bestimmung werden im Gesetzgebungsprozess daher sorgfältig abzuwägen sein.

Für den Fall der Verabschiedung einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung ist es aus Sicht der Studienvereinigung jedenfalls – wie in der vorgeschlagenen Z 2 vorgesehen – zweckmäßig, entsprechende Feststellungsverfahren nur dann zuzulassen, wenn nicht ohnehin bereits eine einschlägige Entscheidung des Kartellgerichts vorliegt oder ein darauf gerichtetes Verfahren anhängig ist.

Hinzuweisen ist im Zusammenhang mit beiden Ziffern der vorgeschlagenen neuen Regelung auch auf das potentielle Spannungsverhältnis zu EU-Recht. Bekanntlich wird in der Literatur (zB *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rn 486) und der Rechtsprechung (KG 29 Kt 132, 133/07) vertreten, dass eine Feststellungsbefugnis des Kartellgerichts bei zwischenstaatlichen (auch eine Verletzung des Art 101 AEUV umfassenden) Sachverhalten zu einem Unterlaufen der in Art 5 VO Nr 1/2003 vorgesehenen Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden (ausschließliche Zuständigkeit der Kommission zur Feststellung von Verstößen gegen das EU-Kartellrecht) führen könnte.

7. Bußgeldbemessung (§ 30 KartG)

Neue Erschwerungs- und Milderungsgründe

Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass der vorliegende Entwurf nur unvollständig seinen eigenen (ausdrücklich festgelegten) Zielen gerecht wird. Denn die Einfügungen zu § 30 KartG zielen laut den Erläuterungen darauf ab, die Bußgeldbemessungsgründe der Rz 28f der Bußgeldleitlinien der Kommission ins österreichische Recht zu übernehmen. Dies erfolgt durch den vorliegenden Entwurf nur unvollständig. Aus diesem Grund und aus gewichtigen rechtsstaatlichen Überlegungen schlägt die Studienvereinigung vor, den vorliegenden Textentwurf abzuändern.

Im Einzelnen:

§ 30 Abs 2 Z 1 KartG-Novelle 2012 / Rz 28 Punkt 1 Bußgeld-LL – Wiederholungstat

a) *Bloßes "Vorgehen" unzureichend*

Die Erhöhung der Geldbuße wegen "recidivism" wird in den Bußgeld-LL an die Fortsetzung einer Zuwiderhandlung oder erneutes Begehen einer gleichartigen oder ähnlichen, von Kommission oder einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörde *festgestellten* Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 AEUV durch das Unternehmen geknüpft.

Der Text des vorliegenden Entwurfs stellt hingegen auf ein bloßes "Vorgehen des Kartellgerichts", nicht aber auf die rechtskräftige Feststellung eines Kartellrechtsverstößes ab. Der Gesetzestext sollte klarstellen, dass die bußgelderhöhende Wiederholungstat nicht bereits an die Einleitung (Stichwort "vorgehen") eines Verfahrens durch eine Amtspartei oder gar durch Antrag einer Individualpartei (§ 36 Abs 4 Z 4 KartG) in der Vergangenheit geknüpft ist. Ein entsprechender Textvorschlag ist an das Ende der Kommentierung gestellt.

b) *Der Begriff "ähnliche Rechtsverletzung" ist unklar*

Auch in der Praxis der Europäischen Kommission bereitet der Begriff "gleichartige oder ähnliche Zuwiderhandlung" erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Der Erschwerungsgrund der Wiederholungstat im KartG sollte deshalb klarstellen, dass die Wiederholungstat nur vorliegt, wenn die frühere Rechtsverletzung der jeweils gleichen Fallgruppe des Kartellrechts zuzurechnen war, also ebenfalls dem Kartellverbot oder dem Verbot der Preisbindung und Markt- oder Kundenaufteilung in vertikalen Absprachen oder dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

Nur innerhalb dieser Fallgruppen sind sich die aufzugreifenden Verstöße hinreichend nahe, um die Erschwerung wegen einer Wiederholungstat zu rechtfertigen.

Zu § 30 Abs 2 Z 2 KartG-Novelle 2012 / Rz 28 Punkt 3 Bußgeld-LL – "Anführer oder Anstifter"

Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt vor, den Begriff "führend beteiligt" in den Erläuterungen zu erklären. Es könnte klargelegt werden, dass der aus § 33 Z 4 StGB übernommene Begriff der "führende Beteiligung" dem Terminus "Anführer" der BußgeldLL entspricht und Anhaltspunkte für eine führende Beteiligung die Initiierung des Kartells, die Organisation des Kartells einschließlich Datensammlung ("Kartellbuchhalter"), der Vorsitz bei Kartelltreffen, die Beeinflussung von anderen Marktteilnehmern (z.B. die Vertretung des

Kartells gegenüber den Vertriebspartnern) und die Marktanteile bzw Machtverhältnisse auf dem betroffenen Markt sein können.¹

Zu § 30 Abs 3 Z 2 KartG-Novelle 2012 / Rz 29 Bußgeld-LL – Milderungsgründe

Nach den Erläuterungen sollte Rn 29 der Bußgeld-LL der Kommission in die Milderungsgründe des KartG übernommen werden. Die Studienvereinigung begrüßt diese Intention. Der vorliegende Entwurf des § 30 Abs 3 Z 3 KartG weicht jedoch zum Teil erheblich von den Bußgeld-LL ab und sollte noch stärker an das Vorbild der Bußgeld-LL angepasst werden, um das ausdrückliche Ziel zu erreichen und Unklarheiten zu beseitigen.

Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist etwa die (neuerliche) Erwähnung eines Milderungsgrunds "wesentlicher Beitrag zur Aufklärung" in § 30 Abs 2 lit 3 der Kartellgesetz-Novelle 2012 eine Wiederholung der bereits im Text des § 30 (neuer) Abs 1 KartG erwähnten "Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung".

Nachdem laut Erläuterungen nur jene Strafzumessungsgründe der Bußgeld-LL ergänzt werden sollen, die nicht bereits im § 30 berücksichtigt sind, sollte die Z 3 daher zur Vermeidung von Unklarheiten entfallen. Wünschenswert wäre allerdings ein Hinweis in den Erläuterungen darauf, ob die Mitwirkung an der Aufklärung nur außerhalb der Kronzeugenregelung mildern berücksichtigt werden kann, oder aber mit den Ermäßigungen wegen Kronzeugenmitarbeit kumuliert werden kann.

Im Entwurf für eine Kartellgesetz-Novelle 2012 ist bislang ein Milderungsgrund überhaupt nicht enthalten, der wie Rz 29, 5. Spiegelstrich der Bußgeld-LL, auf die Genehmigung oder Ermutigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Behörden oder geltende Vorschriften abstellt. Um die Anpassung an die Minderungsgründe der Bußgeld-LL zu gewährleisten, wäre eine entsprechende Formulierung aufzunehmen.

Die Studienvereinigung schlägt folgende Anpassung des Texts des § 30 Abs 2 und 3 der Kartellgesetz-Novelle 2012 vor:

In § 30 erhält der bisherige Text die Absatzbezeichnung „(1)“; und werden folgende Absätze angefügt:

„(2) Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn
1. ~~das Kartellgericht gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung bereits wegen einer ähnlichen Rechtsverletzung gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung rechtskräftig festgestellt hat (§§ 26, 27, 28, 29 KartG)~~vorgegangen ist;

¹ Vgl Engelsing/Schneider in Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Kartellrecht, Art 23 VO 1/2003, Rz 133.

2. der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung als Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung oder an einer solchen Rechtsverletzung führend beteiligt gewesen ist.

(3) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung

1. an einer von mehreren begangenen Rechtsverletzung nur in untergeordneter Weise beteiligt war;

2. die Rechtsverletzung aus eigenem beendet hat;

3. ~~wesentlich zur Aufklärung der Rechtsverletzung beigetragen hat.~~

4. durch Behörden oder geltende Vorschriften zu dem Rechtsverstoß ermutigt worden sind oder ein solcher genehmigt worden ist.

In die erläuternden Bemerkungen/Gesetzesmaterialien sollte zur Klarstellung aufgenommen werden:

"Zwei Rechtsverletzungen gelten als ähnlich, wenn sie beide jeweils einer der folgenden Gruppen von Rechtsverletzungen angehören: horizontale Absprachen, vertikale Verstöße, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung."

8. Verteidigungsrechte (§ 36 KartG)

Rechtsstaatliche Anforderungen an den Bußgeldantrag

Die Studienvereinigung begrüßt die geplante Änderung von § 36; der Entwurf entspricht weitgehend den Anforderungen, welche die Rechtsschutzstandards des Strafverfahrens für das Kartellsanktionenrecht erfordern. Eine Ergänzung scheint insofern wünschenswert, als im Rahmen der im Bußgeldantrag anzugebenden "näheren Umstände des Verstoßes" insbesondere Angaben zur mutmaßlich verletzen Norm sowie auch zur Dauer des mutmaßlichen Verstoßes aufzunehmen sein sollten. Dies sollte nicht nur den Erläuterungen, sondern bereits dem Gesetzestext klar entnommen werden können.

Die Studienvereinigung begrüßt im Besonderen, dass die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens der Amtsparteien im Bußgeldantrag offen gelegt, sowie die Beweise angeführt werden müssen. Obwohl neue Beweisangebote der Amtsparteien nach dem Geldbußenantrag zwar grundsätzlich nicht präkludiert werden sollen, sollte vermieden werden, dass bereits zum Zeitpunkt des verfahrenseröffnenden Antrags vorliegende Beweise erst zu einem späteren Zeitpunkt "nachgeschoben" werden. Dies sollte im Gesetzestext klar zum Ausdruck kommen.

Aus diesen Erwägungen schlägt die Studienvereinigung folgende Anpassung des Texts des § 36 Abs 1a der Kartellgesetz-Novelle 2012 vor:

In § 36 wird nach dem Abs. 1 folgender Abs. 1a eingefügt:

„(1a) Ein Antrag auf Verhängung von Geldbußen hat ein bestimmtes Begehren zu enthalten, das die Bezeichnung der belangten Unternehmer oder Unternehmervereinigungen sowie Angaben über die näheren Umstände des Verstoßes, sowie die verletzte Norm und die Dauer des Verstoßes, enthält. Ferner sind im Antrag die Ergebnisse des von der antragstellenden Amtspartei durchgeführten Ermittlungsverfahrens zusammenzufassen und sämtliche zum Zeitpunkt des Antrags vorliegenden ~~die~~ Beweise anzuführen, die vom Kartellgericht aufgenommen werden sollen.“

9. Einschränkung Antragsbefugnis (§ 36 Abs 2)

Die nun getroffene Einschränkung der Antragsbefugnis betreffend § 16 Z 1 KartG ist als Klarstellung zu begrüßen. Tatsächlich ist nicht einzusehen, warum Dritte keine Antragsbefugnisse und keine Akteneinsicht im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens gem. §§ 9ff KartG haben, aber dennoch über § 16 Abs. 1 Z 1 KartG eine Überprüfung des Wahrheits- oder Vollständigkeitsgehaltes der Angaben der beteiligten Unternehmer vornehmen können sollten.

Fraglich ist jedoch, ob das nicht auch für § 16 Z 2 KartG gelten müsste. Ansonsten hätte ein Dritter die Möglichkeit über diese Bestimmung „nachträgliche Maßnahmen“ zu erzwingen, die an sich eher als Instrumentarium der Wettbewerbsbehörden konstruiert sind (und für deren Anwendung wohl daher auch die gesamte Aktenkenntnis aus dem Zusammenschlussverfahren erforderlich ist). Zudem sind Dritte bei einem Zuwiderhandeln gegen Auflagen (oder Beschränkung) ohnedies über § 17 Abs 2 KartG geschützt.

Vorgeschlagen wird daher folgender Text (Änderungen gegenüber dem Begutachtungsentwurf sind hervorgehoben):

§ 36 Abs. 2 erster Satz lautet:

„Zum Antrag auf Prüfung von Zusammenschlüssen, auf nachträgliche Maßnahmen nach § 16 Z 1 und Z 2, auf eine Feststellung nach § 28a Abs. 1a Z 1, sowie auf Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern sind nur die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt berechtigt.“

10. Entscheidungsveröffentlichung (§ 37 KartG)

Aus Sicht der Unternehmen ist im Falle der Veröffentlichung von erstinstanzlichen Entscheidungen des Kartellgerichtes eine Regelung unabdingbar, die neben einer Anonymisierung vor allem auch die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und anderen „vertraulichen Informationen“ nach dem Vorbild des EU-Verfahrens (siehe *Mitteilung der*

Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten, ABI C 325 vom 22.12.2005, Rn 19) vorsieht.

Die vorgeschlagene Neufassung sieht nun zwar vor, dass dem berechtigten Interesse der Unternehmen auf Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung getragen werden soll, schließt einen Rechtsanspruch jedoch aus. Dies ist nach EU-Recht (das die Klärung zunächst durch den Anhörungsbeauftragten und in weiterer Folge durch das EuG vorsieht, vgl Art 8 des Beschlusses über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragten, ABI L 275 vom 20.10.2011, sowie EuG, RS T-198/03 – *Bank Austria Creditanstalt/Kommission*) anders, steht mit dem Recht auf Datenschutz in Konflikt und deckt sich auch nicht mit der Auffassung des KOG, dass davon ausgeht, dass sich Unternehmen bei Ermittlungen etwa im Rahmen von Auskunftsverlangen, Befragungen oder Hausdurchsuchungen grundsätzlich nur dann nicht auf Aussageverweigerungsrechte aufgrund von Geschäftsgeheimnissen berufen können, "*soweit ausreichende Sicherheit vor Preisgabe ... der betreffenden Informationen gewährleistet ist.*" (OGH, 30.05.2006, 16 Ok 10/05; OGH, 11.10.2006, 16 Ok 7/06, 16 Ok 8/06)

Mit Hinblick auf diese Gründe und um das Kartellgericht nicht unnötig zu belasten schlagen wir vor, eine nichtvertrauliche Fassung jeweils mit den Amtsparteien abzustimmen. Vertraulichkeitsstandard sollte das Verfahren vor der Europäischen Kommission sein. Lediglich im Streitfall soll dem Gericht (Zuständigkeit des Vorsitzenden) die Möglichkeit einer Entscheidung eingeräumt werden.

Die Neufassung sollte daher lauten:

§ 37 lautet samt Überschrift:

„Entscheidungsveröffentlichung

§ 37. Das Kartellgericht hat rechtskräftige Entscheidungen über die Abstellung einer Zuwiderhandlung, die Feststellung einer Zuwiderhandlung, die Verhängung einer Geldbuße oder über Anträge nach den §§ 11 und 16 durch Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss einem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen; ein Rechtsanspruch darauf besteht jedoch nicht.“

12. Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen (§ 37a Z 21 KartG (NEU))

Der Entwurf zu § 37a KartG lässt bedauerlicherweise gänzlich offen, wie bei „Weiterveräußerung“ der Waren oder Dienstleistungen mit den damit verbundenen Fragen der Bereicherung des Geschädigten bei Ersatz eines nicht erlittenen Schadens und mit möglichen Mehrfachansprüchen (durch weitere Unternehmen in der „Veräußerungskette“) umgegangen werden soll. Dies hat in Zusammenhang mit dem deutschen Vorbild zu Diskussionen geführt. Der BGH (28.06.2022, KZR 75/10) hat kürzlich klargestellt, dass die weitgehend gleichlautende Regelung in § 33 Abs. 3 S.2 GWB idF d. 7-GWB-Novelle einen

Vorteilsausgleich nicht ausschließt und somit keine Aussage gemacht wurde, ob der Schaden aufgrund späterer Entwicklungen gemindert oder ausgeschlossen werden kann. Dies sollte zumindest in den erläuternden Bemerkungen klargestellt werden.

Die Verjährungshemmung in § 37a Abs 4 KartG kann bei EU-Verfahren im Bereich von ca. 10 Jahren liegen.

13. Akteneinsicht (§ 39 Abs 1 und 2 KartG)

Aufgrund der Systematik des § 39 bezieht die Studienvereinigung zu Abs 2 Stellung, bevor Abs 1 erörtert wird.

§ 39 Abs. 2

Die in Kronzeugenfällen dringend erforderliche Klarstellung der Rechtslage bezüglich Akteneinsicht in vertrauliche Dokumente, welche im Wege der Amtshilfe weitergeleitet wurden, erfolgte erstaunlicherweise nicht. Vor dem Hintergrund der neuesten Entwicklungen auf europäischer Ebene (*insbesondere RS Pfeiderer*) ist dies bemerkenswert.

Um die Effektivität des österreichischen Kronzeugenprogramms zu gewährleisten, ist es unerlässlich, eine klare gesetzliche Regelung zur vertraulichen Behandlung von Kronzeugenanträgen samt den dazugehörigen Dokumenten vorzunehmen. Andernfalls ist damit zu rechnen, dass die Kooperationsbereitschaft von Kartellanten schwindet, die Effektivität des österreichischen Kronzeugenprogramms und mit ihr die Aufdeckungswahrscheinlichkeit weiterer Kartelle drastisch sinkt.

Die Aktualität dieses Themas wird auch dadurch unterstrichen, dass im Referentenentwurf zur 8. GWB Novelle eine solche Klarstellung, einschließlich Fragestellungen im Bereich des Strafrechts, vorgenommen wurde. Zusätzlich hat das Amtsgericht Bonn in einer kürzlich ergangenen Entscheidung eine Klage auf Akteneinsicht abgewiesen (Urteil v. 18.01.2012, Az. 51 GS 53/09). Begründet wurde dies damit, dass die Attraktivität der deutschen Kronzeugen- Bonusregelung wesentlich darunter leiden würde, wenn potenzielle Antragsteller mit der Offenlegung ihrer freiwillig übergebenen Unterlagen gegenüber potenziell Geschädigten rechnen müssten.

Der Umstand, dass in Österreich nach der gegenwärtigen Rechtslage im Strafverfahren ein Kartellakt durch die Staatsanwaltschaft im Wege der Amtshilfe beigebracht werden kann, verringert die Kooperationsbereitschaft potentieller Kronzeugen vermutlich erheblich und wird somit künftig zu einer verringerten Aufdeckungswahrscheinlichkeit von Kartellen führen. Insbesondere die für Kartellgeschädigte bestehende Möglichkeit, als Privatbeteiligte an Strafverfahren von ihrem Beweisantragsrecht nach § 55 StPO an die Staatsanwaltschaft Gebrauch zu machen, um die Beibringung eines Kartellakts zu erzielen, schränkt die Effizienz des österreichischen Kronzeugenprogramms erheblich ein.

Aus diesem Grunde regen wir daher an, § 39 wie am Ende dieser Anmerkungen folgend, um einen 3. Absatz zu ergänzen, in dem klargestellt wird, dass Anträge auf Erlass oder Reduktion einer Geldbuße und die dazu übermittelten Beweismittel von der Beischaffung im Wege der Amtshilfe auszunehmen sind. Um sicherzustellen, dass diese Bestimmung nicht durch die verfassungsgesetzlich angeordnete Amtshilfe derogiert wird, sollte ein allfälliger Abs 3 Verfassungsrang erhalten. Aufgrund der geplanten Veröffentlichung von erstinstanzlichen Entscheidungen durch das Kartellgericht bestehen auch keine Bedenken dahingehend, dass eine derartige Regelung die Geltendmachung von Schadenersatz durch Kartellgeschädigte unmöglich machen oder übermäßig erschweren würde. Folgende Formulierung könnte als Abs 3 in § 39 eingefügt werden:

In § 39 wird nach dem Abs. 2 folgender Abs. 3 eingefügt:

„(3) Wird in die Akten des Kartellgerichts im Wege der Amtshilfe Einsicht genommen, sind Anträge auf Erlass oder Reduktion der Geldbuße sowie die dazu übermittelten Beweismittel auszunehmen.“

Alternativ schlägt die Studienvereinigung folgende Formulierung vor:

In § 39 wird nach dem Abs. 2 folgender Abs. 3 eingefügt:

„(3) Stellt eine Staatsanwaltschaft ein Begehren auf Amtshilfe durch Übersendung eines Kartellakts im Rahmen des ihr obliegenden gesetzlichen Wirkungsbereichs, hat das Kartellgericht diesem Ersuchen nur soweit nachzukommen, als dies nicht Anträge auf Erlass oder Reduktion der Geldbuße sowie die dazu übermittelten Beweismittel betrifft.“

Zu § 39 Abs. 1 neu:

Eine Verbindung von Verfahren ermöglicht dann keinen Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, wenn sichergestellt ist, dass sowohl Dritte als auch am Verfahren beteiligte Parteien keinen Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen anderer am Verfahren beteiligter Parteien erhalten.

Allerdings besteht dieses Problem unabhängig davon, ob Verfahren zusammengelegt werden. So erlangen jene Unternehmen, die am Verfahren beteiligt sind, im Wege der Akteneinsicht Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und somit zu wettbewerbsrelevanten Informationen solcher Wettbewerber, die ebenfalls Partei im jeweiligen Verfahren sind. Dass dies grundsätzlich nicht erwünscht ist, zeigt sich auch daran, dass die Europäische Kommission derartige Informationen als schützenswert erachtet und ein Austausch solcher Informationen prinzipiell gegen das Kartellverbot verstoßen kann.

Daher sollte unseres Erachtens sicher gestellt werden, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auch zwischen am Verfahren beteiligten Parteien geschützt werden. Aus diesem Grund schlagen wir vor, § 39 Abs 1 in seiner bisher bestehenden Form grundsätzlich beizubehalten, jedoch dahingehend zu ergänzen, dass er einen absoluten Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sicherstellt:

Dem § 39 Abs. wird folgender Satz vorangestellt:

„(1) Von Akteneinsicht ist jene Information auszunehmen, die dem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis unterliegt.“

§ 39 Abs 1 lautet:

„(1) Von Akteneinsicht ist jene Information auszunehmen, die dem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis unterliegt. Ein Verfahren, das auf Antrag einer Amtspartei (§ 40) eingeleitet worden ist, kann nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren verbunden werden, das auf Antrag einer Partei, die nicht Amtspartei ist, eingeleitet worden ist oder eingeleitet wird.“

Sollte diesem Vorschlag nicht gefolgt werden und die derzeitige Systematik des § 39 Abs 1 beibehalten werden, regen wir an wie folgt:

Vorteilhaft ist, dass § 39 Abs 1 nunmehr – im Gegensatz zum § 39 Abs 1 KartG 2005 – ausdrücklich auf jene Fälle abstellt, in denen durch eine Verbindung von Verfahren der Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ermöglicht würde. Dies erlaubt die Verbindung jener Verfahren, in denen dies nicht der Fall ist, und fördert somit die ökonomischere Führung kartellgerichtlicher Verfahren.

Unklar ist nach wie vor, wer zum Kreis der in § 39 Abs 1 genannten Personen, die an der Nichtverbreitung ein berechtigtes Interesse haben und deren Zustimmungen erforderlich sind, gehört. Schutzwürdig sind alle Inhaber von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Diese haben in jedem Fall ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Um nicht Gefahr zu laufen, dass das berechnigte Interesse als ein das Schutzrecht einschränkendes Kriterium interpretiert wird, schlagen wir daher vor, § 39 Abs 1 entsprechend zu ergänzen:

Dem § 39 Abs. 1 wird folgender Halbsatz angefügt:

„es sei denn, dass der Inhaber von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Verbindung zustimmt.“

Unklar ist allerdings, wie gewährleistet wird, dass sämtliche, in diesem Zusammenhang schutzwürdigen Personen gehört werden. Eben dies wäre jedoch sicherzustellen.

14. Stellung Regulatoren (§ 47 Abs 1 KartG)

Bereits jetzt besteht die Möglichkeit, dass die Regulatoren ihre Sachkenntnis im Rahmen von kartellgerichtlichen Verfahren durch die Übermittlung von Stellungnahmen einbringen. In Ermangelung einer Parteistellung kommt ihnen in diesem Zusammenhang aber grundsätzlich das Recht auf Akteneinsicht nicht zu. Soll nunmehr die Teilnahme der Regulatoren an Verhandlungen, hinsichtlich derer mit Hinblick auf den Geheimnisschutz die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, teilnehmen können, so erfolgt damit eine „quasi-Akteneinsicht“ über die Hintertür. Jedenfalls sollte daher sichergestellt werden, dass dies – so wie hinsichtlich der Möglichkeit zur Stellungnahme in § 46 KartG auch – nur hinsichtlich ihres jeweiligen Wirtschaftszweiges zulässig sein soll.

Ist doch auch bei der in § 10 WettbG geregelten Informationsübermittlung der BWB an die Regulatoren, sofern sie diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, die Übermittlung ausgeschlossen, sofern dem schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen im Sinne des Datenschutzgesetzes entgegenstehen.

Die Amtsverschwiegenheit hingegen sollte gemäß Art. 20 Abs. 3 B-VG gewährleistet sein, sofern dies „im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist“ (siehe im Detail Ecolex 2011, 222 (Astrid Ablasser-Neuhuber, Florian Neumayr, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen (Teil II))).

§ 47 Abs 1 letzter Satz:

„..... Regulatoren sind auch ohne Parteistellung im Verfahren berechtigt, an einer Verhandlung teilzunehmen, jedoch eingeschränkt auf ihren jeweiligen Wirtschaftszweig.“

15. Fristen (§ 49 KartG)

Die Studienvereinigung begrüßt die Einführung der verkürzten Rechtsmittelfrist auch für einstweilige Verfügungen, da dies zu einer weiteren Beschleunigung im Verfahren zur Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz führt.

16. OGH als Tatsacheninstanz (§ 49 KartG)

Im Begutachtungsentwurf des BMJ für die geplante Novelle zum Kartellgesetz wurde das Thema „OGH als Tatsacheninstanz“ nicht aufgegriffen. Aus nachstehenden Überlegungen hält es die Studienvereinigung weiterhin für überlegenswert, im Rahmen der Novelle auch für dieses Thema eine sachgerechte Lösung zu finden:

- Im kartellgerichtlichen Verfahren ist der OGH als KOG funktionell als Rekursgericht tätig. Gemäß § 38 KartG 2005 sind (auch) im Verfahren vor dem KOG die Bestimmungen des Außerstreitgesetzes anzuwenden. Demnach kommt als

Rekursgrund u.a. eine unrichtige Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung in Betracht.

- Dieser Rekursgrund wäre gerade im Kartellverfahren von besonderer Bedeutung, da Entscheidungen des Kartellgerichtes häufig auf dem Gutachten eines vom Gericht beigezogenen Sachverständigen beruhen. Die vom Kartellgericht auf der Grundlage eines derartigen Gutachtens getroffenen Feststellungen können in der Regel bloß über den Rekursgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung mit Aussicht auf Erfolg bekämpft werden.
- Dessen ungeachtet vertritt der OGH als KOG in nunmehr ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass eine Tatsachenrüge im Rekursverfahren gegen Entscheidungen des Kartellgerichtes nicht erhoben werden könne (siehe die Darstellung der Judikatur bei Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht Rz 290 ff; zuletzt bestätigt in OGH 12.12.2011, 16 Ok 8/10). Auch die in der Literatur dagegen vorgebrachten Argumente haben den OGH nicht dazu bewogen, von seiner Rechtsansicht abzugehen (siehe z.B. Thyri, Kartellrechtvollzug in Österreich, Rz 673 ff).
- De lege lata kommt den Argumenten des OGH zweifellos ein entsprechendes Gewicht zu. Sie erscheinen allerdings nicht zwingend, hat doch das KOG bis 1993 eine Überprüfung der Beweiswürdigung stets für zulässig gehalten (dazu Solé aaO, Rz 291). Die Auffassung des OGH scheint auch in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu zu stehen, dass Neuerungen im kartellgerichtlichen Rekursverfahren zumindest in gewissem Ausmaß zugelassen werden (dazu Solé aaO, Rz 298 ff; ferner Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG, Rz 27 ff zu § 49, und Hoffer, Kartellgesetz 302).
- De lege ferenda spricht gegen die Auffassung des OGH, dass daraus eine gravierende Rechtsschutzlücke im kartellgerichtlichen Verfahren resultiert. Insbesondere die Bekämpfung von Feststellungen, die aufgrund eines Sachverständigengutachtens getroffen werden, im Rekursverfahren ist damit – wie schon oben bemerkt – kaum mit Aussicht auf Erfolg möglich.
- Für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle ist allerdings einzuräumen, dass eine Überprüfung der Tatsachenfeststellungen durch das Rekursgericht im Hinblick auf die knappe Entscheidungsfrist (§ 14 Abs 2 KartG 2005) mit großen Schwierigkeiten verbunden wäre. Die Raschheit des Zusammenschlussverfahrens stellt jedoch im Hinblick auf die Erfordernisse des Wirtschaftslebens einen besonderen Wert dar, der eine Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten rechtfertigen mag.
- Anderes gilt aber wohl für Verfahren, die sich auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beziehen. Hier sieht das Gesetz keine besonderen Entscheidungsfristen vor, und an einer besonderen Beschleunigung dieser Verfahren – im Vergleich zu anderen Rekursverfahren – dürfte auch in der Praxis kein Bedarf bestehen.

- Die Studienvereinigung regt daher an, anlässlich der Novellierung des Kartellgesetzes in § 49 KartG klarzustellen, dass auch im Rekursverfahren vor dem KOG – mit Ausnahme von Verfahren über Zusammenschlussanmeldungen – die allgemeinen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes über das Rekursverfahren anzuwenden sind. Soweit erforderlich, könnte dies durch flankierende verfahrensrechtliche Regelungen ergänzt werden. Bemerkte sei, dass § 49 Abs 1 KartG vom OGH bisher als Argument dafür herangezogen wurde, dass das KOG im kartellgerichtlichen Rechtsmittelverfahren keine Tatsacheninstanz ist (siehe dazu Solé aaO, Rz 86 iVm Rz 297). Im Hinblick auf die vorgeschlagene Klarstellung könnte § 49 Abs 1 KartG entfallen, da im Rekursverfahren nach dem Außerstreitgesetz ohnedies nur relative Anwaltpflicht besteht. Sollte jedoch § 49 Abs 1 KartG in der geltenden Fassung beibehalten werden, dann erschiene es zweckmäßig, in den Erläuternden Bemerkungen darauf hinzuweisen, dass dies im Hinblick auf die Ergänzung des § 49 KartG nicht (mehr) die vom OGH bisher angenommene Bedeutung hat.

Wenngleich es für das österreichische Zivilverfahrensrecht ungewöhnlich erscheinen mag, dass der OGH für eine bestimmte Materie auch als Tatsacheninstanz angerufen werden kann, ist dies aus den genannten Gründen dennoch sinnvoll. Erwähnt sei, dass in einem anderen Bereich – jenem des Schiedsverfahrensrechtes – zuletzt vom BMJ der Entwurf eines Schiedsrechtsänderungsgesetzes 2012 vorgelegt wurde, nach dem der OGH im Verfahren über die Aufhebung von Schiedssprüchen sogar funktionell als erstinstanzliches Gericht tätig werden und somit selbst Tatsachenfeststellungen treffen und die Beweiswürdigung vornehmen soll.

Die Studienvereinigung schlägt somit vor, den § 49 KartG um einen weiteren Absatz wie folgt zu ergänzen:

(3) Im Übrigen richtet sich das Verfahren vor dem Kartellobergericht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen über das Rekursverfahren, sofern der Rekurs nicht in einem Verfahren gemäß dem 3. Abschnitt des I. Hauptstückes erhoben wird.

In diesem Zusammenhang wäre ferner zu überlegen, den § 49 Abs 1 KartG ersatzlos zu streichen, da im Hinblick auf den neuen Abs 3 auch im kartellgerichtlichen Rekursverfahren – in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Außerstreitgesetzes – bloß relative Anwaltpflicht gegeben wäre.

17. Übergangsbestimmungen (§ 86 KartG)

Die Inkrafttretensbestimmungen sind insofern problematisch, als aus der Regierungsvorlage im Hinblick auf materiellrechtliche Verschärfungen der Rechtslage noch nicht zweifelsfrei hervorgeht, dass solche Verschärfungen nicht für mutmaßliche Dauerdelikte gelten können,

hinsichtlich der bereits ein Verfahren vor dem Kartellgericht anhängig ist und auch nach 30.06.2012 anhängig sein wird.

Eine Verschärfung der materiellrechtlichen Rechtslage in anhängigen Verfahren stößt aufgrund der faktischen Rückwirkung auf grundsätzliche rechtsstaatliche Bedenken. Sie würde zur komplexen Anwendung unterschiedlich strenger Maßstäbe auf eine einzige fortdauernde und bereits gerichtsanhängige (mutmaßliche) Zuwiderhandlung führen. Dies hätte letztlich auch erhebliche Verzögerungen in Verfahren zur Folge, die ansonsten demnächst entscheidungsreif wären. Eine solche Intention kann der Regierungsvorlage unseres Erachtens nicht unterstellt werden.

Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt daher folgende Klarstellungen der Inkrafttretensbestimmungen (§ 86 Abs. 3 KartG) vor:

*"(3) §§ 2, 3, 4, 5, 7, 11, 14, 18, 28, 29, 30, 35, 36, 37, 37a, 39, 47, 49, 50, 52, 70, 73 und 74 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2012 treten mit 1. Juli 2012 in Kraft.
§ 2 Abs. 2 Z 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2012 ist auf Kartelle anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2012 gebildet werden, ausgenommen Kartelle, hinsichtlich welcher am 30. Juni 2012 bereits ein Verfahren vor dem Kartellgericht anhängig ist.
§ 4 Abs. 1a, 2 und 2a sowie § 5 Abs. 1 Z 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2012 sind auf Handlungen anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2012 begangen werden, ausgenommen Handlungen, hinsichtlich welcher am 30. Juni 2012 bereits ein Verfahren vor dem Kartellgericht anhängig ist.
§§ 28, 36 Abs. 1a und Abs. 2, §§ 37, 39 Abs. 1, § 49 Abs. 2, §§ 50, 52 Abs. 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2012 gelten für Verfahren, bei denen der verfahrenseinleitende Antrag nach dem 30. Juni 2012 eingebracht wird.
§§ 30 und 37a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2012 sind auf Wettbewerbsverstöße anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2012 begangen werden, ausgenommen Wettbewerbsverstöße, hinsichtlich welcher am 30. Juni 2012 bereits ein Verfahren vor dem Kartellgericht anhängig ist."*

Zum Begutachtungsentwurf der Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012

1. Ermittlungen (§ 11 WettbG)

Anwesenheit von Anwälten bei der Zeugenbefragung (§ 11 Abs 2a neu)

Nach der Ermittlungspraxis der Bundeswettbewerbsbehörde ("**BWB**") ist es Zeugen grundsätzlich nicht gestattet zur Einvernahme vor der BWB in Begleitung eines Rechtsanwalts zu erscheinen. Die BWB rechtfertigt ihren Standpunkt mit dem formalen Argument, wonach § 11 WettbG iVm § 10 Abs 5 AVG die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes nur für Beteiligte vorsehe. Zeugen hätten hingegen kein Recht auf Beiziehung eines Rechtsanwalts, weil sie vor der Behörde lediglich über ihre persönliche Wahrnehmung von Tatsachen aussagen sollen.

Diese Rechtsansicht verkennt, dass auch ein Zeuge an dem Gegenstand seiner Aussage (nicht am Verfahren, in dem er aussagt) mit eigenen rechtlich geschützte Interessen "beteiligt" sein kann, die sich in den Aussageverweigerungsrechten des § 49 AVG widerspiegeln (vgl *Hengstschläger/Leeb*, § 50 AVG, Rz 7). Es obliegt dem Zeugen, die Gründe seiner Verweigerung glaubhaft zu machen. Konkret sind folgenden Konfliktsituationen bei der Verpflichtung zur Zeugenaussage vor der BWB denkbar:

- Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung
Aufgrund seiner Aussage könnte gegen den Zeugen ein Verfahren nach § 168b StGB (Submissionskartelle) anhängig gemacht werden. Zudem ist – auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 168b StGB – in vielen Kartellkonstellationen eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft wegen Betrugs nach § 146 StGB nicht ausgeschlossen (wenngleich dies nicht der derzeitigen Behördenpraxis entsprechen dürfte).
- Schutz vor unmittelbaren Vermögensnachteilen
Die Aussage könnte einen vermögensrechtlichen Schaden begründen, der eine auf längere Zeit hin wirksame, nachhaltige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Zeugen begründet (vgl OGH vom 06.09.1977, GZ 11 Os 83/77). Zu denken wäre etwa an Entlassung oder Kündigung des Zeugen, der als Mitarbeiter des betroffenen Unternehmens tätig ist (vgl *Frieberger*, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren [1997], S 168).
- Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen
Die Beantwortung einer Frage könnte zur Offenbarung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses führen, an deren Geheimhaltung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat. Darunter fallen unzweifelhaft auch Kundenlisten, Umsatzerlöse, Margen und Preise oder allgemein: die Preis- und Konditionenpolitik eines Unternehmens (für weitere Details vgl *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*² § 321 ZPO, Rz 50 mwN).

Zwar ist die BWB nach § 50 AVG verpflichtet, den Zeugen zu Beginn seiner Vernehmung über seine Aussageverweigerungsrechte zu belehren. Selbst bei fehlerfreier Belehrung wird ein rechtsunkundiger Zeuge den Umfang und die Grenzen dieser Rechte jedoch nicht zweifelsfrei erkennen können. Vielmehr bedarf es zur Wahrung und Ausübung der prozessualen Rechte eines unabhängigen und vom Zeugen frei gewählten Rechtsanwalts. Schließlich ist es Rechtsfrage, ob, wann und in welchem Umfang die Auskunft auf einzelne Fragen abgelehnt werden kann. Auch der VwGH folgerte daraus, dass einem Zeugen das Recht zuzubilligen ist, einen Rechtsbeistand seines Vertrauens beizuziehen (vgl VwGH vom 13.12.1990, GZ 90/09/0152). Da der Rechtsanwalt nicht mehr Befugnisse haben kann als der Zeuge selbst und eine Vertretung des Zeugen bei seiner Aussage ausgeschlossen ist, sind negative Einflüsse auf das Ermittlungsverfahren durch Beiziehung eines Rechtsbeistandes nicht zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund sollte nach Auffassung der Studienvereinigung im WettbG explizit klargestellt werden, dass auf Verlangen des Zeugen die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes oder einer sonstigen Vertrauensperson bei der Vernehmung vor der BWB zu gestatten ist. Sollte es zur Sicherung der Aussage- und Wahrheitspflicht des Zeugen gewünscht sein, bestimmte Personen als Vertrauensperson ausschließen zu können (bspw sonst am Verfahren Beteiligte), wäre eine Ausschlussregelung analog zu § 160 Abs 2 StPO zu erwägen.

Wir schlagen daher vor, in § 11 WettbG nach Abs 2 folgenden Abs 2a einzufügen:

"(2a) Auf Verlangen des Zeugen ist einer Person seines Vertrauens die Anwesenheit bei der Vernehmung zu gestatten. Auf dieses Recht ist in der Ladung hinzuweisen. Vertrauenspersonen sind zur Verschwiegenheit über die Wahrnehmung im Zuge der Vernehmung verpflichtet (§ 301 Abs 2 StGB)."

In eventu:

"(2a) Auf Verlangen des Zeugen ist einer Person seines Vertrauens die Anwesenheit bei der Vernehmung zu gestatten. Auf dieses Recht ist in der Ladung hinzuweisen. Als Vertrauensperson kann ausgeschlossen werden, wer als Zeuge vernommen wurde oder werden soll und wer sonst am Verfahren beteiligt ist oder besorgen lässt, dass seine Anwesenheit den Zeugen an einer freien und vollständigen Aussage beeinflussen könnte. Vertrauenspersonen sind zur Verschwiegenheit über die Wahrnehmung im Zuge der Vernehmung verpflichtet (§ 301 Abs 2 StGB)."

2. Kronzeugenregelung (§ 11 Abs 3)

Die Studienvereinigung begrüßt im Bereich der Kronzeugenregelung die Annäherung der Voraussetzungen für die Erlassung bzw. Minderung von Geldbußen an das ECN-Kronzeugenmodell, insb im Lichte der Rechtssicherheit bei den – weiterhin praxisüblichen – Antragstellung durch Kronzeugen an nationale Behörden und die Europäische Kommission. Die vorgesehenen Beweisschwellen erscheinen plausibel, setzen jedoch eine pragmatische

Anwendung "mit Augenmaß" durch die BWB voraus, um das Kronzeugensystem weiterhin transparent und objektiv erscheinen zu lassen.

Überschießend erscheint hier das neue Erfordernis In § 11 (3) Abs 3 WettbG, wonach die Unternehmer bzw Unternehmensvereinigungen "*sämtliche in ihrem Besitz befindlichen oder anderweitig verfügbaren Beweismittel für die mutmaßliche Zuwiderhandlung vorlegen*".

Dies geht weiter als die Bekanntmachung der Kommission, nach welcher "weitere Beweismittel für das mutmaßliche Kartell, die sich im Besitz des Antragstellers befinden oder zu denen er zum Zeitpunkt der Vorlage Zugang hat" vorzulegen sind (siehe Rn 9, letzter Satz – also nicht "sämtliche"). Es erscheint unbillig, einem Unternehmen, das die ohnehin weitreichenden Voraussetzungen für den Erlass der Geldbuße erfüllt, die Geldbuße etwa nur deshalb nicht zu erlassen, weil ein Beweismittel, das "anderweitig verfügbar" gewesen wäre, nicht vorgelegt wurde. Sollte die gesetzliche Bestimmung gegenüber dem vorliegenden Entwurf trotzdem unverändert bleiben, so wäre eine entsprechende Klarstellung im Handbuch gem § 11 (5) wünschenswert.

3. Auskunftsanspruch der BWB und Instanzenzug zum UVS (§ 11a WettbG)

Die Studienvereinigung hat Verständnis für die Bemühungen des Gesetzgebers, den seitens der BWB seit langem geäußerten Wunsch nach einer Ermächtigung der BWB zur Durchsetzung ihres Auskunftsanspruchs nach § 11a WettbG mittels Sanktionen zu erfüllen, und zwar durch die neue bescheidmäßige Anordnung der Erteilung von Auskünften und Vorlage von Unterlagen (neuer § 11a (3) WettbG). Nach den Erl erfordert diese Anpassung "kein Abgehen von der bisher geübten Praxis, Auskünfte zuerst durch ein einfaches Verlangen nach Abs 2 anzufordern".

In diesem Zusammenhang ist allerdings anzumerken, dass die BWB in letzter Zeit bei ihren Ermittlungen eine – im zitierten Satz der Erl durchklingende – anlassbezogene differenzierte Verwendung ihrer jeweiligen Untersuchungsmittel bisweilen vermissen lässt. So ist es im Sommer 2011 vorgekommen, dass Unternehmensvertreter von einzelnen BWB-Sachbearbeitern zunächst telefonisch (ohne vorangegangenes Auskunftsverlangen nach § 11 (2) WettbG) aufgefordert wurden, "freiwillig" Unterlagen vorzulegen (verbunden mit der vagen Anmerkung, dass dies auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregel des § 11 (3) WettbG angemessen "gewürdigt" würde). Auf den Hinweis der Unternehmensvertreter, dass die BWB zunächst ein entsprechendes Auskunftsverlangen übermitteln sollte (das dann umgehend beantwortet würde), reagierte die BWB unverzüglich mit Hausdurchsuchungen.

Es gibt zwar streng genommen "keine Hierarchie unter den Ermittlungsinstrumenten" der BWB (vgl OGH als KOG in 16 Ok 5/11). Es bleibt dennoch zu hoffen, dass sich die BWB mit ihrer nunmehrigen "Stärkung" durch die Sanktionsmöglichkeit bei Auskunftsverlangen künftig auch auf einen differenzierten Einsatz ihrer Untersuchungsmethoden besinnt.

Die bescheidmäßige Anordnung der Erteilung von Auskünften und Vorlage von Unterlagen sieht nun im Falle der Bekämpfung seitens der betroffenen Unternehmer einen Instanzenzug an den UVS Wien vor. Dieser wird laut Erl als "Zwischenlösung" eingeführt, "bis aufgrund der aktuellen Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Instanzenzug an das Kartellgericht oder das Verwaltungsgericht des Bundes möglich ist" (Erl).

Der UVS Wien verfügt bisher naturgemäß über keine Erfahrung mit der Durchsetzung von Kartellrecht. Die Anmerkung der Erl, diese Zuständigkeit erscheine dennoch "sinnvoll, weil es sich hier um eine rein verfahrensrechtliche Entscheidung handelt", wirkt eher von Hoffnung als von Überzeugung getragen. Die Studienvereinigung wird die praktische Anwendung dieser "Zwischenlösung" (Instanzenzug zum UVS Wien) mit Aufmerksamkeit beobachten und die dadurch gewonnenen Erfahrungen in ihrer Stellungnahme zu den Vorschlägen für eine endgültige Lösung zum Instanzenzug berücksichtigen.

4. Verteidigungsrechte / Anwaltsprivileg (11a WettbG)

Die österreichische Anwaltschaft hat bei verschiedenen Gelegenheiten aufgezeigt, dass ein aus Sicht der Rechtsunterworfenen nicht nachvollziehbarer Unterschied in der Behandlung der Kommunikation zwischen betroffenem Unternehmen und Anwalt („Anwaltskorrespondenz“) zwischen europäischem und nationalem Verfahrensrecht besteht bzw zumindest die BWB davon ausgeht, dass nach nationalem Verfahrensrecht das sogenannte „Anwaltsprivileg“ im Sinne der europäischen Praxis, das diese Kommunikation von Ermittlungen der Behörde etwa im Wege von Auskunftsverlangen oder Hausdurchsuchungen ausnimmt, in Österreich bestünde. (Zu den Gegenstimmen in der Literatur siehe etwa *Neumayr/Stegbauer, Die Reichweite des Anwaltsprivilegs, ÖZK 2008, 10*; *Zellhofer/Reichert, Der Schutz von Anwaltskorrespondenz nach Akzo Nobel – ein Privileg externer Anwälte und ihrer Mandanten, ÖZK 2011, 43*; *Rosbaud, Zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Kartellverfahren, wbl 2010, 433*; *Gruber, Das "Anwaltsprivileg" im Wettbewerbsrecht, ÖZK 2010, 103*).

In einem Rechtsbereich wie dem Kartellrecht stellt sich dieses Ungleichgewicht und - aus Sicht des europäischen Rechtes - Rechtsschutzdefizit in besonderer Schärfe dar, da ja aufgrund der dezentralen Anwendung des europäischen Kartellrechts die nationalen Behörden dasselbe materielle Recht vollziehen wie die europäischen Institutionen.

Dies hat zur Folge, dass im Ergebnis bei einer möglichen Verletzung ein und derselben Rechtsnorm im Fall einer Hausdurchsuchung durch die BWB kein Anwaltsprivileg zur Anwendung kommt während dies bei einer Ermittlung durch die europäische Behörde selbstverständlich der Fall ist.

Da die nachhaltige Möglichkeit zur Beratung von Unternehmen in (häufig komplexen) Kartellrechtsfällen wesentlich zur Stärkung der Vollziehung des Wettbewerbsrechts beiträgt,

erscheint eine Klarstellung, wonach das Anwaltsprivileg in Kartellsachen auch in Österreich gilt, darüber hinaus auch rechtspolitisch wünschenswert.

Diese „Gleichstellung auf Ebene der Verteidigungsrechte“ bietet sich gerade in der nunmehr geplanten Novelle an, da ja auch im Bereich der Ermittlungsbefugnisse aufseiten der Behörden eine Gleichstellung erfolgen soll.

Wir haben daher in den § 11a Abs 1 WettbG eine entsprechende Formulierung vorgeschlagen, welche auf der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte aufbaut. Kraft Verweises in § 12 Abs 4 WettbG wäre die Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz auch im Rahmen von Hausdurchsuchungen gewährleistet.

Zusätzlich würden wir es für sinnvoll erachten, in den Erläuterungen auf die bezweckte Gleichstellung mit der Praxis der europäischen Institutionen aufmerksam zu machen, um hier auf die bewährte Praxis und die bestehende Rechtsprechung der europäischen Gerichte für Auslegungsfragen zurückgreifen zu können.

§ 11a Abs 1 Z 2 WettbG sollte lauten:

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß diesem Bundesgesetz erforderlich ist, auch befugt:

- 1. von Unternehmern und Unternehmervereinigungen die Erteilung von Auskünften innerhalb einer jeweils zu setzenden, angemessenen Frist anzufordern,*
- 2. geschäftliche Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen, Abschriften und Auszüge der Unterlagen anzufertigen sowie*
- 3. vor Ort alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen*

„jeweils mit Ausnahme der Korrespondenz mit unabhängigen Verteidigern und Rechtsanwältinnen im Interesse des Rechts auf Verteidigung.“

5. Hausdurchsuchung BWB (I) (§ 12 Abs 3 WettbG)

§ 12 Abs 3 WettbG

Laut dem vorliegenden Entwurf soll § 12 Abs 3 WettbG unverändert belassen werden. § 12 Abs 3 letzter Satz WettbG sieht derzeit vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde den Hausdurchsuchungsbefehl den in § 11a Abs 2 genannten Personen sogleich oder doch innerhalb von 24 Stunden zuzustellen hat.

In der Praxis hat sich anhand der im Sommer 2011 erstmals auf Basis von Hausdurchsuchungsbefehlen gemäß § 12 Abs 1 WettbG erfolgten Durchsuchungen gezeigt, dass die BWB den vom Kartellgericht gemäß § 12 Abs 1 WettbG erlassenen

Hausdurchsuchungsbefehl mehrere Monate lang weder vollzogen noch zugestellt hat. Als die BWB dann letztlich vor Ort erschien, haben einzelne betroffene Unternehmen einer "freiwilligen Nachschau" durch die BWB zugestimmt. Der OGH als Kartellobergericht hat in der Folge ausgesprochen, dass durch die Zustimmung zu einer "freiwilligen Nachschau" iSd § 11a Abs 1 WettbG der Hausdurchsuchungsbefehl konsumiert werde, somit kein Eingriff bestehe und generell Belehrungspflichten für die Bundeswettbewerbsbehörde nach den §§ 11a, 12 WettbG nicht bestehen (OGH als KOG 20.12.2011, 16 Ok 7/11). Diese Situation entspricht insb vor dem Hintergrund, dass die BWB den Hausdurchsuchungsbefehl gemäß § 12 Abs 3 WettbG eigentlich unverzüglich zuzustellen hätte – also die Betroffenen jedenfalls von Existenz und Inhalt/Umfang eines Hausdurchsuchungsbefehls in Kenntnis setzen sollte –, nicht dem an ein faires Verfahren zu stellenden rechtsstaatlichen Anspruch. Die BWB sollte daher im Fall des Vorliegens eines Hausdurchsuchungsbefehls explizit verpflichtet werden, jedenfalls nach § 12 WettbG vorzugehen (dh insb auch den Hausdurchsuchungsbefehl zuzustellen und sich an den bewilligten Umfang der Hausdurchsuchung zu halten), da ansonsten das betroffene Unternehmen um seine in § 12 Abs 4 und 5 WettbG verankerten Rechte gebracht würde.

Wir schlagen daher vor, in § 12 Abs 3 WettbG am Ende einen weiteren Satz einzufügen, sodass § 12 Abs 3 WettbG lauten würde wie folgt:²

"Die Hausdurchsuchung ist vom Senatsvorsitzenden im Verfahren außer Streitsachen mit Beschluss anzuordnen. Gegen den Beschluss steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen; dieses hat keine aufschiebende Wirkung. Mit der Durchführung der Hausdurchsuchung ist die Bundeswettbewerbsbehörde zu beauftragen, die den Hausdurchsuchungsbefehl den in § 11a Abs. 2 genannten Personen sogleich oder doch innerhalb von 24 Stunden zuzustellen hat. Hat das Kartellgericht eine Hausdurchsuchung mit Beschluss angeordnet, gelten bei Durchführung der Hausdurchsuchung die in diesem § 12 WettbG enthaltenen Regeln auch dann, wenn die in § 11a Abs. 2 genannten oder sonstige Personen einer Einschau durch die Bundeswettbewerbsbehörde vor Ort aus welchen Gründen auch immer zustimmen sollten."

§ 12 Abs 4 WettbG

§ 12 Abs 4 WettbG in der neuen Fassung soll laut den Erläuterungen einerseits den bisherigen Verweis auf § 142 StPO idF BGBl 631/1975 beseitigen und die im nunmehrigen § 121 Abs 3 StPO enthaltenen Grundsätze direkt übernehmen; andererseits soll die in § 142 StPO idF BGBl 631/1975 vorgesehene Verpflichtung zur Erstellung eines Protokolls und das im bisherigen § 12 Abs 4 WettbG enthaltene Recht zur Beiziehung einer Vertrauensperson übernommen werden. Gem § 142 Abs 4 StPO idF BGBl 631/1975 ist das über die Durchsuchung aufzunehmende Protokoll von allen Anwesenden zu unterfertigen. Dies sollte uE auch in der neuen Fassung des § 12 Abs 4 WettbG klargestellt werden. Überdies sollte

² Streichungen und Hervorhebungen markieren von uns vorgeschlagene Änderungen gegenüber dem Text der Novelle laut Entwurf vom 24.01.2012.

hinsichtlich der Vertrauensperson in den Erläuterungen klargestellt werden, dass diese auch ein Rechtsanwalt sein kann.

Weiters ist im dritten Satz des § 12 Abs 4 WettbG in der Fassung des Entwurfs unklar, worüber genau die BWB das Kartellgericht zu informieren hat. Da sich Hausdurchsuchungsbefehle in aller Regel nicht gegen natürliche Personen richten, sollte überdies im vierten Satz klar gestellt werden, dass die dort genannten Rechte den in § 11a Abs 2 WettbG genannten Personen (statt: dem "Betroffenen") zukommen.

Wir schlagen daher folgende Fassung des § 12 Abs 4 WettbG vor (zur Begründung unserer Einfügung eines neuen Halbsatzes im letzten Satz siehe unten bei § 12 Abs 5 WettbG):

Bei der Durchführung der Hausdurchsuchung sind Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Die Bundeswettbewerbsbehörde hat über die Hausdurchsuchung ein von den Anwesenden zu unterzeichnendes Protokoll aufzunehmen und das Kartellgericht darüber zu informieren dieses unverzüglich ans Kartellgericht zu übersenden. Der Betroffene hat Zumindest eine der in § 11a Abs 2 WettbG genannten Personen hat das Recht, bei der Durchsuchung anwesend zu sein und ihr eine Person seines/ihrer Vertrauens zuzuziehen. Der Bundeswettbewerbsbehörde kommen bei Hausdurchsuchungen die in § 11a Abs 1 Z 2 und 3 genannten Befugnisse zu, jedoch nur im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts.

§ 12 Abs 5 WettbG und § 14 Abs 2 WettbG

Die neue Fassung des § 12 Abs 5 WettbG schränkt das Widerspruchrecht des Inhabers von Unterlagen gegen eine Einsichtnahme durch die BWB erheblich ein und führt damit zu einer wesentlichen Einschränkung des bisher vorgesehenen Rechtsschutzes. Laut den Erläuterungen sei das bisher uneingeschränkte Widerspruchsrecht "nicht praktikabel". Ein Widerspruch soll demnach nur noch möglich sein hinsichtlich "bestimmter, einzeln bezeichneter Unterlagen" und entweder (i) unter Berufung auf eine gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder (ii) mit dem Hinweis, dass die Durchsuchung oder Einsichtnahme nicht von dem Beschluss des Kartellgerichts, mit dem die Hausdurchsuchung angeordnet wurde, umfasst sei.

Schon nach derzeitiger Rechtslage besteht eine Rechtsschutzlücke für von einer Hausdurchsuchung betroffene Unternehmen, zumal (i) die BWB laut Rsp keine Pflicht zur Belehrung über das (ihrer Ansicht nach nur während laufender Hausdurchsuchung ausübbare) Widerspruchsrecht trifft, gleichzeitig aber (ii) die BWB in der Praxis ohne Berücksichtigung des im Gerichtsbeschluss genannten Untersuchungsgegenstands Kopien der gesamten elektronischen Daten ganzer Unternehmensbereiche bzw der gesamten e-mail-Accounts des Managements, leitender Mitarbeiter und bestimmter weiterer Mitarbeiter

anfertigt (bzw zumindest im Rahmen mehrerer im Jahr 2011 von ihr durchgeführten Hausdurchsuchungen angefertigt hat).

Würden nun auch noch die im Entwurf in § 12 Abs 5 WettbG vorgesehenen Einschränkungen des Widerspruchsrechts (Beschränkung auf einzeln bezeichnete Unterlagen und Beschränkung des Widerspruchs auf zwei bestimmte Gründe) eingeführt, würde der Rechtsschutz noch weiter leiden. Damit würde nämlich quasi eine (widerlegliche) Vermutung geschaffen, dass sämtliche Dokumente des Unternehmens vom Gegenstand der Hausdurchsuchung umfasst sind (bzw nicht unter eine gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit fallen). MaW: Dem Unternehmen würde die Beweislast dafür auferlegt, dass Dokumente nicht vom Untersuchungsgegenstand umfasst sind, es muss sich also "freibeweisen". Überspitzt formuliert müsste bei einer Hausdurchsuchung nicht mehr die BWB nach Dokumenten suchen, die vom Gegenstand des Hausdurchsuchungsbefehls umfasst sind, sondern das Unternehmen müsste nach Dokumenten suchen, die vom Untersuchungsgegenstand nicht umfasst sind – dies kann angesichts der Eingriffsintensität einer Hausdurchsuchung nicht mehr als verhältnismäßig bezeichnet werden.

Die Einschränkung des Widerspruchsrechts auf bestimmte, einzeln zu bezeichnende Unterlagen sollte daher unbedingt entfallen. Hinter dieser Einschränkung steht offenbar die Furcht des Kartellgerichts, gesamte Unternehmens-Server dahingehend durchsehen zu müssen, ob und in welchem Umfang sie von der BWB durchsucht bzw eingesehen werden dürfen. Dieser Furcht sollte aber nicht mit einer (weiteren) Einschränkung des Rechtsschutzes begegnet werden, sondern mit einer Verpflichtung der BWB, tatsächlich vor Ort zu suchen nach Unterlagen, die den Untersuchungsgegenstand gemäß Gerichtsbeschluss betreffen (sodass die BWB in Zukunft nicht einfach gesamte Server kopieren kann, sondern schon vor Ort mit einschlägigen Suchworten und datums- und personenbezogenen Eingrenzungen arbeiten muss). § 12 Abs 5 WettbG und § 14 Abs 2 WettbG sollten daher entsprechend gefasst werden. Weiters ist auch in § 12 Abs 4 WettbG klarzustellen, dass der Bundeswettbewerbsbehörde bei Hausdurchsuchungen die in § 11a Abs 1 Z 2 und 3 genannten Befugnisse nur im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts zukommen (siehe dazu schon den Textvorschlag zu § 12 Abs 4 WettbG oben). Im Einzelnen schlagen wir daher folgende Fassung vor:

§ 12 Abs 5 WettbG:

"Unmittelbar vor einer auf Grund von Abs. 1 angeordneten Hausdurchsuchung ist derjenige, bei dem die Hausdurchsuchung vorgenommen werden soll, zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung zu befragen, es sei denn, dies würde den Ermittlungserfolg wegen Gefahr im Verzug gefährden. Widerspricht der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen der Durchsuchung von oder Einsichtnahme in bestimmter, einzeln-bezeichneter Unterlagen unter Berufung auf eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, oder mit dem Hinweis, dass ...]"

§ 14 Abs 2 WettbG:

~~"Im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde sind die~~ Die gemäß Abs. 1 hilfeleistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, die Bundeswettbewerbsbehörde bei Durchführung einer Hausdurchsuchung (§ 12 WettbG) im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts durch die Sicherung elektronischer Beweismittel vor Ort zu unterstützen."

Darüber hinaus sollte in den Erläuterungen zu § 12 Abs 4 und § 14 Abs 2 WettbG festgehalten werden, dass aufgrund der dort jeweils vorgenommenen Einfügung der Passage "im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts" die BWB nunmehr explizit angehalten ist, elektronische Daten nicht in Pausch und Bogen (in Form gesamter Server oder Festplatten) zu kopieren, sondern vor Ort die vom Untersuchungsgegenstand umfassten Dokumente zB über die Eingabe von Suchworten zu identifizieren und nur diese zu kopieren.

Sollte dadurch die Bedenken des Kartellgerichts vor dem Widerspruchsrecht in § 12 Abs 5 WettbG nicht ausgeräumt werden können, wäre allenfalls noch denkbar, das Widerspruchsrecht auf "bestimmte Unterlagen" zu beschränken.

Eine diesbezügliche Anpassung könnte dann alternativ zu obigem Formulierungsvorschlag wie folgt lauten

"Unmittelbar vor einer auf Grund von Abs. 1 angeordneten Hausdurchsuchung ist derjenige, bei dem die Hausdurchsuchung vorgenommen werden soll, zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung zu befragen, es sei denn, dies würde den Ermittlungserfolg wegen Gefahr im Verzug gefährden. Widerspricht der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen der Durchsuchung von oder Einsichtnahme in bestimmter ~~einzelnen bezeichneter~~ Unterlagen unter Berufung auf eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, oder mit dem Hinweis, dass ...]"

Damit wäre nicht jedes Dokument einzeln zu bezeichnen, sondern der Widerspruch könnte bestimmte Gattungen an Unterlagen (zB "von der Personalabteilung geführte Korrespondenz", "Dokumente im Ordner XY" oÄ) betreffen (Letzteres wäre auch in den Erläuterungen festzuhalten). Die von uns vorgeschlagene Einfügung in § 12 Abs 4 und § 14 Abs 2 WettbG ("im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts") wäre aber auch diesfalls unumgänglich.

§ 12 Abs 6 WettbG

Im neuen § 12 Abs 6 WettbG soll die BWB ermächtigt werden (i) zur Versiegelung von Räumlichkeiten und Beweismitteln sowie (ii) zur Beschlagnahme von Beweismitteln.

Laut den Erläuterungen zu § 12 Abs 6 WettbG handelt es sich dabei um eine Angleichung an die Befugnisse der Europäischen Kommission nach der VO 1/2003. Eine Beschlagnahme von Unterlagen durch die BWB würde aber über die Befugnisse der Europäischen Kommission nach der VO 1/2003 hinausgehen. Sie ist überdies nicht notwendig, da die BWB mit der Versiegelung von Räumen und Beweismitteln das angestrebte Ziel (Sicherung des Ermittlungserfolges insb bei Hausdurchsuchungen, die länger als einen Tag dauern) ohnehin vollständig erreichen kann. Eine Beschlagnahme würde überdies die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens einschränken, da es nach der Hausdurchsuchung nicht nachvollziehen könnte, welche Beweismittel sich in Händen der BWB befinden.

Auch hinsichtlich der Versiegelung sollte – wie bei den sonstigen Befugnissen der BWB bei Hausdurchsuchungen – klargestellt werden, dass sie sich im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts zu halten haben (sodass zB nicht Büros von Mitarbeitern versiegelt werden können, die einer anderen Gesellschaften angehören als derjenigen, gegen die sich der Durchsuchungsbefehl richtet).

§ 12 Abs 6 WettbG sollte daher lauten:

"Die Bundeswettbewerbsbehörde ist befugt, im Rahmen des die Hausdurchsuchung anordnenden Beschlusses des Kartellgerichts alle Räumlichkeiten und Beweismittel (§ 11a Abs. 1 Z 2) für die Dauer der Hausdurchsuchung in dem hierfür erforderlichen Ausmaß zu versiegeln ~~und die geschäftlichen Unterlagen (§ 11a Abs. 1 Z 2) in Beschlag zu nehmen~~, soweit dies zur Sicherung des Ermittlungserfolges geboten ist."

6. Hausdurchsuchung BWB (II) (§ 14 Abs 3 WettbG)

Der neu vorgesehene Abs 3 des § 14 dient laut Erläuterungen dazu, eine Datenübermittlung hinsichtlich der Ermittlungsergebnisse des Bundesamtes für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung betreffend Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht an die BWB zu ermöglichen (die bis dato mangels expliziter Ermächtigung – vgl § 76 Abs 4 StPO – nicht möglich war).

Die Formulierung des neuen Abs 3 kann allerdings aus folgenden Gründen datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht genügen:

§ 8 Abs 4 DSG legt fest, in welchen Fällen ein schutzwürdiges Interesse an der Verwendung von nicht-sensiblen, aber strafrechtsbezogenen Daten nicht verletzt wird. Dies ist insb der Fall, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Verwendung der Daten besteht (Z 1) oder wenn "die Verwendung derartiger Daten für Auftraggeber des öffentlichen Bereichs eine wesentliche Voraussetzung zur Wahrnehmung einer ihnen gesetzlich übertragenen Aufgabe ist" (Z 2). Abseits von strafrechtsbezogenen Daten besteht eine weitere Ausnahme für die Verwendung sonstiger nicht-sensibler Daten bei Auftraggebern

des öffentlichen Bereichs, die in Erfüllung der Verpflichtung zur Amtshilfe handeln (§ 8 Abs 3 Z 2 DSG). Laut *Dohl/Pollirer/Weiss*, DSG² § 8 Anm 13 (S 79) ist die Amtshilfe auf konkrete Einzelfälle beschränkt; ein genereller Datenabgleich zwischen zwei Behörden ist von § 8 Abs 3 Z 2 DSG nicht gedeckt. Wenn aber schon die Weitergabe nicht-strafrechtsbezogener Daten im Rahmen der Amtshilfe nur anlassfallbezogen zulässig ist, dann muss dies umso mehr für strafrechtsbezogene Daten gelten. Dh es muss wohl auch eine einfachgesetzliche Regelung, die zu einer Weitergabe strafrechtsbezogener Daten im Rahmen der Amtshilfe ermächtigt, eine Beschränkung auf den Anlassfall enthalten.

Dasselbe ergibt sich aus einer anderen Überlegung: Nach der Rsp des VfGH und VwGH (VfGH 07.03.1994, B115/93; VwGH 13.02.1968, 1039/67) kann ein Ersuchen um Amtshilfe die fehlenden rechtlichen Möglichkeiten des ersuchenden Organs nicht ersetzen. Wenn also die Sammlung bzw Erhebung von Daten durch eine Behörde den Garantien des (im Verfassungsrang stehenden) § 1 DSG entsprechen muss, dh insbesondere in Zusammenhang mit einem konkreten behördlichen Verfahren stehen und verhältnismäßig sein muss (VfSlg 16.369/2001), kann auch die Weitergabe dieser Daten an eine andere Behörde nur unter denselben Voraussetzungen zulässig sein.

Wir schlagen daher vor, § 14 Abs 3 WettbG wie folgt zu formulieren:

"Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte sind berechtigt, der Bundeswettbewerbsbehörde über nach der Strafprozessordnung ermittelte personenbezogene Daten Auskünfte zu erteilen, soweit dies für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, insbesondere die Durchsetzung des Kartellverbotes gemäß § 1 KartG 2005 und Art. 101 AEUV, relevant sind in Zusammenhang mit einem konkreten Anlassfall erforderlich ist."

Zum Begutachtungsentwurf zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen

Die geplante Regelung des § 2a NVG orientiert sich weitestgehend an der Regelung des § 29 dGWB; die Erläuterungen zum Entwurf machen daraus auch kein Hehl. Der Entwurf übersieht aber, dass eine weitgehend unreflektierte Übernahme, wie sie derzeit vorgesehen ist, unter anderem aufgrund mit der "Ansiedlung" der Bestimmung im NVG zu gravierenden Unterschieden führt. Auch wird in den Erläuterungen zwar die positive Bewertung der deutschen "Parallelbestimmung" durch das Bundeskartellamt erwähnt, unerwähnt bleibt dabei aber die schon mehrfach vorgetragene, fachlich fundierte und auch auf mittlerweile vorhandene praktische Erfahrungen gegründete Kritik der deutschen Monopolkommission. Insgesamt erweist sich die vorgeschlagene Bestimmung als wettbewerbsökonomisch nicht zielführend, verfassungsrechtlich und auch im Hinblick auf Prinzipien des europäischen Kartellverfahrensrechtes problematisch und hinsichtlich der darin enthaltenen Beweislastumkehr als überschießend. Sie sollte daher entfallen, weil die Zielsetzung – soweit wettbewerbsrechtlich gerechtfertigt – auch mit der bereits im Kartellrecht bestehenden Missbrauchkontrolle erreicht werden kann; zumindest wäre sie aber ins KartG zu „übersiedeln“ und wie in Punkt 6. aufgezeigt, anzupassen.

Dazu im Einzelnen Folgendes:

1. WETTBEWERBSÖKONOMISCHE FEHLWIRKUNG DER BESTIMMUNG

- 1.1 Die deutsche Monopolkommission hat bereits mehrfach, so insbesondere auch jüngst in ihrem 63. Sondergutachten zur 8. GWB-Novelle die Regelung des § 29 dGWB scharf kritisiert. Hauptkritikpunkt der Monopolkommission ist, dass die Regelung in sich entwickelnden liberalisierten Märkten keine Wettbewerbsbelegungsfunktion hat, sondern de facto sogar wettbewerbshindernd wirkt. Zutreffend führt die Monopolkommission in Rz 90 des 63. Sondergutachtens aus, dass die sektorspezifische Preismissbrauchsaufsicht versucht, wettbewerbs"konforme" Preise durch die Anwendung von Kartellrecht vorweg zu nehmen; dies führt zu einem behördlichen Eingriff in Preisentwicklungsmechanismen, die für in den Markt Eintretende abschreckende Wirkung haben. Die Vorschrift bewirkt nämlich, dass das Preisniveau von Marktbeherrschern durch behördlichen Eingriff auf ein *ex ante* kaum abschätzbare "Minimalniveau" gesenkt werden kann. Damit reduziert sich aber auch die Renditechance für Marktneulinge. Die Monopolkommission legt daher dar, dass durch die in Rede stehende Vorschrift tatsächlich echter und wirksamer Wettbewerb gebremst wird, weil Markteintritte reduziert und die Wechselbereitschaft von Verbrauchern eingedämmt wird. Durch die Preiseingriffsmöglichkeit wird Kunden nämlich letztlich der Anreiz genommen, seinen Energieversorger zu wechseln. Ganz im Gegenteil, wird durch die geschaffene Bestimmung den Kunden der Marktbeherrscher suggeriert, dass über die geschaffene Preisaufsicht sichergestellt ist, dass sie ohnehin nicht mehr als den günstigsten Tarif bezahlen; durch die laufend gegebene

Eingriffsmöglichkeit besteht aus Sicht der Kunden bei einem Bezug vom Marktbeherrscher gegenüber einem Bezug von einem kleineren Marktteilnehmer überdies der Vorteil, dass über die gesamte Vertragslaufzeit "Preissicherheit" gegeben ist: Während der Kunde bei einem Vertrag mit einem "Nichtmarktbeherrscher" über die gesamte Vertragsdauer an die Preisvereinbarung gebunden ist, und zwar auch dann, wenn dieser Preis über einem Vergleichspreis gemäß der nunmehr geplanten Bestimmung liegt, kann in die Preisvereinbarung mit dem Marktbeherrscher stets eingegriffen und damit behördlich der "Bestpreis" garantiert werden. Dass eine derartige behördliche „Bestpreisgarantie“, die aber nur greift, wenn von einem Marktbeherrscher bezogen wird, ein strukturelles Wettbewerbshindernis für Neulinge schafft, liegt auf der Hand.

- 1.2 Die österreichischen Energiemärkte sind bereits von einem erheblichen Grad an Liberalisierung und Wettbewerb geprägt. Der von der Regulierungsbehörde veröffentlichte Tarifrechner zeigt in sämtlichen Netzgebieten eine Vielzahl von Angeboten mit durchaus unterschiedlichen Preisen; eine Beobachtung der Angebotsvielfalt auf allen Marktstufen zeigt überdies, dass die Anbieterzahl laufend wächst. Die in Rede stehende Regelung würde diese Entwicklung – wie die Monopolkommission deutlich aufzeigt – konterkarieren und nicht nur weitere Marktzutritte behindern; vielmehr würde ein bloß kurzfristiger Effekt der Gewinnabschöpfung bei Energieunternehmen aber mit dem hohen Preis einer Anbieterreduktion und damit einer mittel- bis langfristigen Reduktion von Wettbewerb "erkauft" werden.
- 1.3 Aber noch ein weiterer Kritikpunkt der Monopolkommission muss erwähnt werden: Auf Basis praktischer Erfahrungen mit der deutschen Parallelregelung stellt die Monopolkommission dar, dass die (unter dem Deckmantel der Missbrauchsaufsicht in Wahrheit bezweckte) "Preisregulierung" im Rahmen eines kartellrechtlichen Verfahrens auf erhebliche praktische Durchführungsschwierigkeiten stößt: In Rz 102ff des 63. Sondergutachtens zeigt die Monopolkommission auf, dass und warum ein Kartellverfahren die falsche Plattform für Preisregulierung ist; dies nicht zuletzt, weil aufwendige betriebswirtschaftliche Datenerhebungen und Preisregulierungsmethoden, wie sie für eine sachlich richtige, wissenschaftlich fundierte sektorspezifische Preisregulierung erforderlich wären, im Rahmen eines Kartellverfahrens schlicht nicht durchgeführt werden können.
- 1.4 Wenn der Gesetzgeber daher eine sektorspezifische Preisregulierung wünscht, so muss er sich zum einen der negativen Auswirkungen auf den sich entwickelnden Wettbewerb bewusst sein, zum anderen aber den für eine regulierungstechnisch korrekte Abwicklung erforderlichen Rechts- und Organisationsrahmen schaffen; eine Sondernorm im Rahmen der Missbrauchsaufsicht, mittels derer Preisregulierung unter Heranziehung unbestimmter Gesetzesbegriffe im Rahmen eines kartellgerichtlichen Verfahrens betrieben werden soll, ist dafür nicht geeignet.

2. VERFASSUNGSRECHTLICHE PROBLEME: FEHLENDE KOMPETENZRECHTLICHE DECKUNG

- 2.1 Wie bereits oben aufgezeigt, ist die geplante Regelung des § 2a NVG ihrem Wesen nach eine preisrechtliche Bestimmung, die daher dem Wirtschaftslenkungsrecht zuzuordnen ist: Immerhin geht es um die (wettbewerbs-)behördliche Festsetzung / Durchsetzung eines bestimmten Preises auf einem (an sich) wettbewerblich organisierten Markt. Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG, auf welche Kompetenzbestimmung sich der Entwurf stützt, räumt dem Bund aber keine generelle preisrechtliche Kompetenz ein; nach diesem Kompetenztatbestand ist der Bund nur insoweit befugt, preisrechtliche Regelungen zu erlassen, als diese erforderlich sind, bei bestimmten Gewerben der Ausbeutung einer besonderen Notlage bzw Ausnützung eines monopolartigen Marktvorteils Einhalt zu gebieten. Über diese spezifische Gefahrenabwehr hinausgehende preisrechtliche Vorschriften sind von diesem Kompetenztatbestand nicht gedeckt. Die hier in Rede stehende Preisregulierung geht freilich über die oben erwähnte spezifische Gefahrenabwehr weit hinaus. Preisregelungen, die bloß wirtschaftspolitischen Zielsetzungen dienen, sind kompetenzwidrig (vgl *Rill*, ÖZW 1974, 101).
- 2.2 Für die Elektrizitätswirtschaft gilt überdies, dass Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG dem Bund lediglich eine Gesetzgebungskompetenz über Grundsätze einräumt; die Kompetenz für die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung liegt bei den Ländern.

Es lässt sich also festhalten, dass sich die geplante Bestimmung des § 2a NVG nicht auf den in den Erläuterungen bezogenen Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG stützen kann, und überdies mit der geplanten Regelung in Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen der Länder eingegriffen wird; die Regelung ist daher verfassungswidrig.

3. DOGMATISCH UNZUTREFFENDE EINORDNUNG IM NAHVERSORGUNGSGESETZ

- 3.1 Zielsetzung der §§ 1 bis 3 NVG ist die Regelung des "kaufmännischen Wohlverhaltens" im Verhältnis zwischen Lieferant und Wiederverkäufer. Die geplante Regelung betrifft hingegen preisrechtliche Bestimmungen für jede Form des Anbietens, und zwar auf allen Wirtschaftsstufen einschließlich des Verkaufs an Verbraucher, ihre Anordnung im NVG ist daher schon aus diesem Grund systematisch verfehlt.
- 3.2 Auch knüpft die geplante Regelung an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung an; auch dies ist dem NVG ebenso fremd wie die Verhängung eines Bußgeldes gemäß § 29 KartG sowie die Antragstellung durch eine Regulierungsbehörde. Wenn der Gesetzgeber schon einen spezifischen kartellrechtlich determinierten Missbrauchstatbestand regeln will, so sollte er dies an der systematisch

richtigen Stelle, nämlich im KartG tun; wie nachstehend dargestellt, führt die Regelung im NVG nämlich zu spezifischen Problemen bzw Fehlwirkungen.

- 3.3 Besonders „systemfremd“ ist, dass dem Regulator in der geplanten Regelung des § 7 Abs 2a NVG nicht nur „allgemein“ ein Antragsrecht wegen Verstößen gegen die geplante Regelung eingeräumt werden soll, sondern ausdrücklich auch das Recht, einen Bußgeldantrag beim Kartellgericht zu stellen. Weshalb hier eine – vom gesamten übrigen Bußgeld- und Antragsystem abweichende – Sondersituation geschaffen werden soll, ist nicht nachvollziehbar. Die „Antragshoheit“ für Bußgelder gem § 29 KartG sollte jedenfalls unverändert bleiben; eine spezifische „Privilegierung“ der E-Control ist nicht nachvollziehbar: Warum wird der Regulierungsbehörde, die nach den sektorspezifischen Gesetzen ohnehin auch ein Recht zur Missbrauchsaufsicht hat, für einen spezifischen kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand ein Bußgeldantragsrecht eingeräumt? Eine sachliche Rechtfertigung ist nicht erkennbar.

4. RECHTSWIDRIGKEIT DER BEWEISLASTUMKEHR

- 4.1 Wenn sich auch die geplante Bestimmung weitgehend an § 29 dGWB orientiert, so führen die geringen textlichen Unterschiede sowie die Positionierung der Bestimmung im NVG hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Auswirkungen zu gravierenden, sachlich nicht gerechtfertigten und mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen im Widerspruch stehenden Auswirkungen. § 2a Abs 1 Z 1 legt dem normunterworfenen Versorgungsunternehmen die Nachweispflicht hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung auf. Diese Regelung führt zu einer der Rechtsordnung fremden Beweislastumkehr. Abgesehen davon, dass eine solche Beweislastumkehrregelung dem Prinzip der *Offizialmaxime* im Außerstreitrecht, nach dessen Verfahrensregelungen auch Verfahren wegen Verstößen gegen das NVG abzuhandeln sind, fremd ist, findet sich gerade hier ein wesentlicher Unterschied zur deutschen Rechtslage. Dort gilt gemäß § 29 Z 1 letzter Satz dGWB die Darlegungs- und Beweislastumkehr nur in Verfahren vor den Kartellbehörden, und damit nur in Verfahren, die von Wettbewerbsbehörden eingeleitet wurden. Nur in diesen Verfahren, nicht also im Bereich des "Private Enforcement" soll die Beweiserleichterung greifen.
- 4.2 Demgegenüber kann in Österreich jedermann, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat, insbesondere also jeder Kunde des betroffenen Versorgungsunternehmens, ein Verfahren vor dem Kartellgericht anstrengen. Nach der derzeitigen Regelung müsste sich – in deutlicher Abkehr zur angeblich als Vorbild dienenden Regelung in Deutschland – das betroffene Versorgungsunternehmen auch gegenüber jedem Privaten "freibeweisen", und damit auch gegenüber jedem Privaten umfassend Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenlegen.
- 4.3 Hinzu kommt, dass es nach der deutschen Regelung im Bußgeldverfahren keine Beweislastumkehr gibt, und zwar weder für die vorgelagerte Frage der Marktbeherrschung, noch für die Frage des Missbrauchs, und damit auch der

sachlichen Rechtfertigung von Preisabweichungen (vgl etwa *Markert* in *Hirsch/Montag/Säcker*, Münchner Kommentar zum Europäischen und deutschen Kartellrecht, Band 2 (GWB), § 29 GWB Rn64).

- 4.4 Überdies bestehen aber auch faktische Bedenken gegen die Beweislastumkehr: Die betroffenen Energieversorgungsunternehmen können vielfach gar keine Kenntnis über die für den geforderten Nachweis benötigten Parameter hinsichtlich Kosten- und Marktstrukturen vergleichbarer Unternehmen bzw vergleichbarer Märkte haben. Das sich verteidigenden Versorgungsunternehmen wäre daher darauf angewiesen, dass ihm vom Kartellgericht bzw dem Antragsteller entsprechende Daten zur Verfügung gestellt werden. Hier zeigt sich ein signifikanter Unterschied zur seinerzeitigen Regelung im NVG hinsichtlich des Verkaufs unter Einstandspreisen. Dort musste das betroffene Unternehmen lediglich die eigene Kostenstruktur nachweisen, nicht aber, dass konkrete Abweichungen gegenüber bestimmten Entgelten oder Geschäftsbedingungen anderer Unternehmen auf anderen Märkten sachlich gerechtfertigt sind.
- 4.5 Die vorgeschlagene Regelung führt daher zu einem "*in dubio contra reo*"-Prinzip, das schon grundsätzlich, besonders aber im Bußgeldverfahren gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien, insbesondere den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstößt. Die Beweislastumkehr widerspricht aber auch den in Art 2 der VO1/2003 niedergelegten Grundprinzipien, wonach nationale Wettbewerbsbehörden einen Marktmachtmissbrauch nachzuweisen haben; die vorgeschlagene Regelung führt demgegenüber dazu, dass das Kartellgericht auf Antrag ein Bußgeld zu verhängen hat, wenn das betroffene Versorgungsunternehmen seine Unschuld (durch den – wie oben aufgezeigt – faktisch kaum führbaren) Sachlichkeitsnachweis beweisen kann.

~~4.4~~ Wenn überhaupt die vorgeschlagene Regelung bestehen bleiben soll, so müsste daher zumindest die in Abs 1 Z 1 geregelte Nachweispflicht auf von Amtsparteien eingeleitete Untersagungsverfahren eingeschränkt werden, daher insbesondere nicht gelten in von Nicht-Amtsparteien eingeleiteten Verfahren sowie in Bußgeldverfahren.

5. UNZULÄSSIGKEIT DER "EX POST-ENTGELTKORREKTUR" BEI UNANGEMESSENER KOSTENÜBERSCHREITUNG BZW NICHT BERÜCKSICHTIGUNG VON KOSTEN BEI DER BEURTEILUNG EINES MISSBRAUCHS

- 5.1 Der letzte Satz von Abs 1 der vorgeschlagenen Regelung sieht vor, dass Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden. Dies führt de facto dazu, dass tatsächlich angefallene Kosten, die daher regelmäßig auch kalkulationsrelevant waren, bei der sachlichen Rechtfertigung verrechneter Entgelte nicht berücksichtigt werden. Dies bringt ein jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrendes Problem im "Zeitschnitt":

Ein wirtschaftlich kalkulierendes Unternehmen muss bei der Gestaltung seiner Produkte und Kalkulation der dafür einzufordernden Entgelte grundsätzlich sämtliche Kosten berücksichtigen. Schließlich ist jedes Unternehmen (und zwar auch ein marktbeherrschendes) angehalten, kostendeckende Preise zu verlangen. Die vorgeschlagene Regelung führt nun dazu, dass ein am freien Markt tätiges Versorgungsunternehmen, das anhand seiner Kosten *ex ante* Preise festsetzt, *ex post* mit der Ansicht einer Behörde oder des Kartellgerichts konfrontiert wird, dass bestimmte von ihm aus wirtschaftlicher Sicht vernünftigerweise *bona fide* berücksichtigte Kosten nicht anerkannt werden. Dies setzt die betroffenen Versorgungsunternehmen unkalkulierbaren Risiken aus, zumal die vorgeschlagene Regelung hinsichtlich der Anerkennungsfähigkeit von Kosten völlig undeterminiert ist und damit auch dem verfassungsrechtlichen Legalitätsgebot widerspricht.

- 5.2 Bemerkenswert ist auch, dass hier von modernen regulierungsrechtlichen Ansätzen grob und ohne sachliche Rechtfertigung abgewichen wird: Gerade im Energiebereich gibt es ausdifferenzierte Modelle einer "Gewinndeckelung" bei Kostendeckungsprinzip; hier hat die Einführung des "Regulierungskontos" dazu geführt, dass Zeitverschiebungseffekte entsprechend berücksichtigt werden können. Nicht jedoch greift modernes Regulierungsrecht rückwirkend in *bona fide* kalkulierte Entgelte ein.

Der letzte Satz des § 2a Abs 1 NVG erweist sich daher als verfassungswidrig und ist ersatzlos zu streichen (dies ungeachtet des Umstandes, dass auch die deutsche "Vorbildregelung" eine analoge Formulierung enthält; es darf nämlich nicht übersehen werden, dass gerade die Anwendung dieser Bestimmung auf massive, berechtigte Kritik der Monopolkommission stößt – vgl dazu die Ausführungen im 59. Sondergutachten "Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten", Rn 722 bis 735).

6. FAZIT:

Die vorgeschlagene Regelung des § 2a NVG ist als "versteckte Preisregulierung" abzulehnen; die von der deutschen Monopolkommission vorgetragenen Bedenken gegen die "Parallelregelung" des § 29 GWB gelten auch für die vorgeschlagene Bestimmung.

Sollte der Gesetzgeber dennoch auf die Erzielung kurzer energiepreispolitischer Effekte zulasten einer ungestörten Entwicklung des Wettbewerbs beharren, so müsste zumindest

- zuvor die erforderliche kompetenzrechtliche Grundlage (im Verfassungsrang) geschaffen werden;
- die Bestimmung an der systematisch richtigen Stelle, nämlich als Missbrauchstatbestand im Kartellgesetz (etwa im Rahmen eines neu zu schaffenden § 5a KartG) geregelt werden;

- die in § 2a Abs 1 Z 1 vorgesehene Nachweispflicht auf Untersagungsverfahren, die von Amtsparteien oder Regulierungsbehörden eingeleitet werden, eingeschränkt werden und insbesondere klargestellt werden, dass diese Nachweispflicht daher nicht gilt, sofern das Verfahren auf Antrag eines Dritten eingeleitet wurde oder es um die Verhängung eines Bußgelds gemäß § 29 KartG geht;
- der letzte Satz des § 2a Abs 1, wonach Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden sollen, ersatzlos gestrichen werden.
- das in § 7 Abs 2a NVG vorgesehene Antragsrecht der E-Control hinsichtlich einer Geldbuße gem § 29 KartG gestrichen werden;

– 0 –

Für eine Diskussion unseres Beitrags stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Astrid Ablasser-Neuhuber