



Bundesministerium für Wirtschaft,  
Familie und Jugend  
Stubenring 1  
1011 Wien

Wiedner Hauptstrasse 63 | Postfach 195  
1045 Wien  
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243  
E [rp@wko.at](mailto:rp@wko.at)  
W <http://wko.at/rp>

Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

per e-mail:

[post@c14.bmwfj.gv.at](mailto:post@c14.bmwfj.gv.at)

[team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)

[begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at)

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom  
BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011  
BMJ -Z9.100/0001-I 4/2012

Unser Zeichen, Sachbearbeiter  
1266/12/TT/CG  
Dr. Theodor Taurer

Durchwahl  
4282

Datum  
27.02.2012

**Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich  
zum Entwurf einer Novelle zum Wettbewerbsgesetz, Kartellgesetz 2005  
und Nahversorgungsgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Wirtschaftskammer Österreich nimmt zu den vorliegenden Entwürfen wie folgt Stellung:

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt ausdrücklich die Initiative der beiden zuständigen Ressorts, die Empfehlungen der Sozialpartner, welche im Rahmen der Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“<sup>1</sup> erarbeitet worden sind, in der vorliegenden Reform des Wettbewerbs- und Kartellrechtes umfassend zu berücksichtigen.

Auch wenn nicht jede der vorgeschlagenen Maßnahmen auf die ungeteilte Zustimmung jedes Unternehmens in Österreich stößt, sind alle Vorhaben, die einen transparenteren und effektiveren Wettbewerbsvollzug in Österreich unterstützen volkswirtschaftlich sinnvoll und notwendig. Flankierend zu den vorgesehenen Maßnahmen auf Ebene des materiellen Rechtes und des Verfahrensrechtes, hat die Bundesregierung der Wettbewerbspolitik und einer wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie in Zukunft größere Beachtung zu schenken. Durch eine Verbesserung der Wettbewerbsgesinnung erfolgt ein wichtiger Beitrag zur Stärkung der nationalen und internationalen Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft und zur Steigerung der Attraktivität des Standortes Österreich. Vorschläge dafür enthalten sowohl die ge-

---

<sup>1</sup> siehe [www.sozialpartner.at](http://www.sozialpartner.at)

nannte Sozialpartnerstudie als auch die 19. Teilstudie (Böheim et al.) zum Wifo-Weißbuch „Wachstum und Beschäftigung“ aus 2006.

In der Folge wird zu einzelnen Punkten der vorliegenden Reformvorschläge Stellung genommen und diese juristisch und interessenspolitisch beurteilt; in der Anlage befinden sich von der Mehrheitsmeinung der WKÖ abweichende Stellungnahmen, welche die fachlichen Stellungnahmen einzelner Organisationsteile wiedergeben.

### 1) Zum Themenbereich „Wettbewerbsmonitoring“

Die Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen führt zum Thema Wettbewerbsmonitoring unter der Überschrift „Wettbewerbsmonitoring gesetzlich verankern“ folgendes aus:

*„Im Rahmen der öffentlichen Diskussion im Zusammenhang mit der Inflationsentwicklung in Österreich in den Jahren 2007/2008 wurde von verschiedenen Seiten wiederholt die Notwendigkeit eines systematischen und transparenten Wettbewerbsmonitorings eingefordert. Die Untersuchungen zu den Ursachen der Preissteigerungen, insbesondere bei Energie und Lebensmitteln, haben gezeigt, dass in Österreich die Datengrundlage über die einzelnen Sektoren entlang der Wertschöpfungskette stark verbesserungsbedürftig ist. Ein systematisches, kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring, das Kennzahlen zur Preisentwicklung in bestimmten Sektoren, zur Margen-, Kosten- und Marktkonzentrationsentwicklung erarbeitet und Ländervergleiche durchführt, liefert wichtige Informationen über die Wettbewerbsintensität einzelner Sektoren und Branchen. Der akute Bedarf nach einer proaktiven Wettbewerbspolitik wird durch jüngste Untersuchungen bestätigt. Hier wird vorgeschlagen, nach dänischem Vorbild eine vorausschauende, proaktive und investigative Wettbewerbspolitik auf der Grundlage eines transparenten quantitativen Wettbewerbsmonitorings zu implementieren.*

*Bislang hat keine der für den Wettbewerb verantwortlichen Institutionen ein klares Konzept zum Aufbau eines Wettbewerbsmonitorings erarbeitet. Die Sozialpartner sind sich einig, dass ein kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring gesetzlich eingerichtet werden muss. Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung ist als erster Schritt umgehend die Wettbewerbskommission mit der Ausarbeitung eines Konzeptes zu befassen.*

*Dabei sind externe Experten einzubinden, wofür die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen sind. Weiters ist abzuklären, inwieweit die Statistik Austria beauftragt werden kann, allgemein verfügbare Daten zur Verfügung zu stellen bzw. eine Konzentrationsstatistik zu implementieren, um eine Verbesserung der wettbewerbsökonomischen Datenbasis zu erreichen.“*

Daraus folgt für die WKÖ, dass die wettbewerbspolitische Diskussion über vermeintliche Marktdefizite und Preisdifferenzen, sich weg von einem einzelfallbezogenen und schlagwortartig einseitigen Klientelverständnis hin zu einer Versachlichung auf Basis anerkannter Kennzahlen und politischer Vorgaben im Rahmen einer neuen proaktiven Wettbewerbspolitik entwickeln soll.

Obgleich die Anregung zu einer Implementierung eines Wettbewerbsmonitorings bereits seit Jahren existiert, gibt es bislang keinen konkreten Vorschlag dafür; eine Beauftragung der Wettbewerbskommission - wie von den Sozialpartnern angeregt - ist bisher nicht erfolgt. Dadurch ist wertvolle Zeit verloren gegangen, um einen offenen und transparenten Willensbil-

dungsprozess darüber, was Inhalt des Wettbewerbsmonitorings im Detail sein könnte, in die Wege zu leiten. Wir stehen nach wie vor am Anfang eines solchen Prozesses – innerhalb weniger Tage und Wochen ein intelligentes Konzept „aus dem Hut zu zaubern“, kann seriös von niemandem erwartet werden.

Ausgangspunkt für alle inhaltlichen Überlegungen sollten die Erfahrungen in Dänemark sein, wo ein System entwickelt wurde, welches – an die österreichischen Verhältnisse angepasst – helfen könnte, Sektoren mit Wettbewerbsdefiziten zu identifizieren, und adäquate Abhilfemaßnahmen zu schaffen. Darunter sind nicht nur behördliche Maßnahmen – etwa Untersuchungen und Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde – zu verstehen, sondern allenfalls auch politische Maßnahmen seitens der zuständigen Ministerien.

Einblicke in die Grundstruktur des dänischen Systems bieten dabei die Ausführungen der 19. Teilstudie des Wifo-Weißbuches „Wachstum und Beschäftigung“ sowie der Aufsatz „Nationale Lissabon-Programme: Ideen für die österreichische Wirtschaft“<sup>2</sup>. Dort wird aufgezeigt, wie anhand qualitativer und quantitativer Faktoren Wirtschaftsbereiche mit geringer Wettbewerbsintensität, aber großer Relevanz für den Wirtschaftsstandort erhoben werden können. Basierend auf quantitativen Erhebungen nach Umsatz und Beschäftigungszahlen des gesamten Sektors wurden folgende Indikatoren herangezogen, um die Wettbewerbsintensität festzustellen.

Tabelle 2

<b>Wettbewerbsindikatoren zur Identifizierung von Sektoren mit geringer Wettbewerbsintensität</b>		
	<b>Kriterium</b>	<b>Punkteanzahl für Gewichtung</b>
Öffentliche Regulierung	Wettbewerb durch Regulierung eingeschränkt, Ja = 1, Nein = 0	3
Konzentration	Umsatzanteil der vier größten Unternehmen (Konzentrationsrate 4) > 80 %	2
Importe berücksichtigende Konzentration	Importe berücksichtigende Konzentrationsrate 4 > 50 %	1
Gründungsrate	Jährliche Gründungsrate unter 3 % in der Sachgüterindustrie, unter 8 % bei Dienstleistungen	2
Marktanteilsmobilität	Weniger als 10 % p. a.	2
Produktivitätsschwankungsbreite	Produktivitätsschwankungsbreite 25 % über der durchschnittlichen Breite	2
Lohnniveau	Lohnniveau 15 % über dem Niveau der dänischen Möbelindustrie	1
Rendite	Rendite 50 % über dem Durchschnitt der dänischen Sektoren	2
Preisniveau	Preisindex drei Prozentpunkte über dem Durchschnitt von neun ausgewählten EU-Mitgliedstaaten	3
Einschätzung durch Wettbewerbsbehörde	Spezifische Einschätzung	x

Quelle: NRP Dänemark

Dabei wurde dem Gesamtbild Vorrang gegenüber einer Betrachtung einzelner Faktoren gegeben. Mit der Durchführung dieses Monitorings wurde in Dänemark die Wettbewerbsbehörde beauftragt. Dort arbeiten im Wettbewerbsbereich unmittelbar 74 Mitarbeiter (2010).

<sup>2</sup> J. Janger, Geldpolitik & Wirtschaft, Q2/06, S.53 f



Die Idee der Einführung eines Wettbewerbsmonitorings darf nicht als solitäre Maßnahme gesehen werden, sondern ist - im Sinne der 19. Teilstudie zum Wifo-Weißbuch „Wachstum und Beschäftigung“ - Teil der Weiterentwicklung der Wettbewerbskultur in Österreich:

*„Wettbewerbspolitik ist mehr als das bloße Abarbeiten von konkreten Kartellrechtsfällen; eine moderne Wettbewerbspolitik setzt eine mit anderen Politikbereichen (Industriepolitik, Energiepolitik, Umweltpolitik usw.) abgestimmte Gesamtstrategie ("Grand Design") voraus; eine solche wettbewerbspolitische Gesamtstrategie ist für Österreich mit Nachdruck einzufordern; von der Politik sind diesbezüglich klare operationalisierbare Ziele vorzugeben.*

*Als Vorbild könnte die proaktive und investigative Wettbewerbspolitik in Dänemark dienen, die nach klaren politischen Vorgaben alle Wirtschaftszweige einem quantitativen Wettbewerbsmonitoring unterzieht.*

*Um die österreichische Wettbewerbs- und Regulierungspolitik auf nachvollziehbare quantitative Grundlagen zu stellen, sollte die Teilnahme Österreichs an den "OECD Reviews of Regulatory Reform" sichergestellt werden; parallel dazu sind nationale Anstrengungen zur Verbesserung der wettbewerbsökonomischen Datenbasis erforderlich, wie z. B. die Etablierung einer nationalen Konzentrationsstatistik durch Statistik Austria.*

*Auf der Grundlage der wettbewerbsökonomischen Datenbasis sollten jährliche Berichte über die Wettbewerbssituation in der österreichischen Wirtschaft veröffentlicht werden. Um höchstmögliche Unabhängigkeit, Objektivität und Transparenz zu gewährleisten, wäre dieser jährliche Wettbewerbsbericht von einer wissenschaftlich orientierten Forschungs- und Beratungsinstitution zu verfassen, die im Rahmen einer internationalen Ausschreibung ausgewählt wird. Der Wettbewerbsbericht sollte zusammen mit den verpflichtenden Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen sowie der Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden im österreichischen Parlament behandelt werden. Die Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden hätten einen konkreten Maßnahmenkatalog zur Behebung der im Bericht angesprochenen Wettbewerbsprobleme vorzulegen.“*

Ein funktionierendes Wettbewerbsmonitoring:

- kostet jedenfalls in der Anfangsphase Geld (hier liegt die Priorität auf Aufträgen an Wirtschaftsforschungseinrichtungen in Zusammenarbeit mit der BWB und der Wettbewerbskommission, wobei die BWB langfristig das Monitoring übernehmen sollte);
- darf die Unternehmen nichts kosten und keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen, wenn brauchbare Daten auch von dritter Seite beigebracht werden können (va Statistik Austria). Eigene Auskunftsverfahren, welche die Unternehmen mit neuen Verwaltungskosten belasten, werden strikt abgelehnt und widersprechen allen Maßnahmen der Regierung, Verwaltungskosten zu reduzieren;
- sollte die Grundlage bilden, das obsoletere und antiquierte Instrument der Preisregulierung im Rahmen des Preisgesetzes zu ersetzen;
- ist ein Hilfsinstrument, um eine proaktive Wettbewerbspolitik auf ministerieller Ebene zu verfolgen, und ein Ermittlungen vorgelagertes Analyseinstrument für den Wettbewerbsvollzug.

Rechtlich könnte das Wettbewerbsmonitoring im Rahmen der Kartell- und Wettbewerbsreform 2012 am einfachsten dadurch umgesetzt werden, dass entweder in der Aufgabenbeschreibung der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 2 (1) WettG) ein neuer Punkt 8 „Durchführung des Wettbewerbsmonitoring“ aufgenommen wird; oder das Wettbewerbsmonitoring könnte BWB und Wettbewerbskommission zur gemeinsamen Aufgabe gemacht werden, was entsprechende Anpassungen in § 2 (1) und § 16 (1) WettG nach sich ziehen würde. In den Erläuternden Bemerkungen zu diesen Bestimmungen sind die Zielvorstellungen und oben angestellten Überlegungen einzubringen, um der BWB bzw. der Wettbewerbskommission eine Zielrichtung für die Organisation des Wettbewerbsmonitorings zu geben. Ob im laufenden Gesetzwerdungsverfahren noch eine rechtskonforme Verordnungskompetenz für den BMWFJ geschaffen werden kann, um in einer späteren Rechtsverordnung die Details des Wettbewerbsmonitorings festzulegen, darf bezweifelt werden und wird aus Sicht der Wirtschaft abgelehnt.

Es bestünde allerdings auch die Möglichkeit dem BMWFJ das Wettbewerbsmonitoring unmittelbar per Gesetz zur Aufgabe zu machen, wobei BWB und Wettbewerbskommission jedenfalls in die Arbeiten einzubinden wären.

## 2) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetznovelle 2012)

Der Entwurfstext zur KartG Novelle greift eine zentrale Empfehlung der Sozialpartnerstudie nicht auf, deren Umsetzung für eine Verbesserung der Tatsachenkontrolle im kartellgerichtlichen Verfahren notwendig wäre. Die Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen führt zum Thema „zweite Tatsacheninstanz“ Folgendes aus:

*„Von einer Mehrzahl der Befragten wurde das Fehlen einer kontrollierenden Tatsacheninstanz bemängelt. Derzeit sieht sich das KOG ausschließlich zur Entscheidung von Rechtsfragen berufen. Es wurden zwei Vorschläge vorgebracht:*

- Die Einführung eines dreinstanzlichen Verfahrens mit dem Handelsgericht (HG Wien eventuell eigener Kartellsenat) in erster Instanz;*
- das KG als zweite Tatsacheninstanz*

*Die Sozialpartner sind der Auffassung, dass die Einführung eines dreinstanzlichen Verfahrens nur zu einer Verfahrensverlängerung führen würde. Gerade die Straffheit von nur zwei Instanzen, allerdings auf Gerichtshofebene, gewährleistet einen raschen Rechtsvollzug. Problematisch sehen es die Sozialpartner allerdings gerade für den Bereich des Geldbußenverfahrens an, dass keine zweite Tatsachenüberprüfung vorhanden ist.*

*Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass Tatsachenfeststellungen bereits in Geldbußenverfahren vorangehenden Abstellungs- bzw. Feststellungsverfahren getroffen werden können. Für die Fusionskontrolle wird diese Notwendigkeit von den Sozialpartnern nicht gesehen (hier kann ein „stop-the-clock-Verfahren“ Abhilfe schaffen). Die Möglichkeit das KOG nicht nur als Rechtsinstanz, sondern auch als Tatsacheninstanz zu bemühen, sollte einer Überprüfung unterzogen werden. In diesem Fall sollte die Tatsachenkontrolle aber stärker auf zivilprozessuale Grundsätze aufgebaut werden. Das Rekursgericht sollte nicht zu einer umfassenden Amtswegigkeit verpflichtet sondern die Entscheidung vielmehr auf das Parteivorbringen reduziert werden.“*

Aus Sicht der Wirtschaft ist die Einführung einer echten Tatsachenkontrolle im Rahmen der Kartellgerichtsbarkeit unabdingbar.

**Z 1 (§ 2 Abs. 2 Z 1):** Durch die Überarbeitung und Modernisierung der Regelung über Bagatellkartelle kommen in den betroffenen Branchen neuerlich Sorgen um die juristische Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften auf. Diese Form der horizontalen Kooperation spielt - vor allem im Baubereich - eine große Rolle. Obgleich sich für die wettbewerbsrechtliche und ökonomische Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften ein umfangreiches und komplexes Regelwerk herausgebildet hat, treten in der Praxis - va im Rahmen von Vergabeverfahren - immer häufiger Probleme mit der verfahrensrechtlichen Behandlung von Bietergemeinschaften auf<sup>3</sup>. Wie auch bereits in früheren Stellungnahmen der WKÖ zu Novellen des Kartellgesetzes setzen wir uns erneut für eine Verbesserung der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften ein. Eine rechtliche Klarstellung käme sowohl den Unternehmen zugute die eine Arbeitsgemeinschaft bilden wollen, als auch den öffentlichen Auftraggebern, deren Vergabeverfahren nicht durch Rechtsstreitigkeiten um die Bewertung von Arbeitsgemeinschaften belastet würden. Abschließende Rechtssicherheit könnte hier nur durch eine neue § 3 Abs. 1 KartG Verordnung des BMJ im Einvernehmen mit dem BMWFJ hergestellt werden<sup>4</sup>. Eine solche VO würde nur solchen Arbeitsgemeinschaften einen „safe harbour“ bieten, welche die Kriterien von § 2 Abs. 1 KartG bzw Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen würden. Alternativ könnte auch auf die Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften nach der GVO für Spezialisierungsvereinbarungen (VO Nr. 1218/2010) als Fall der „gemeinsamen Produktion“ Bezug genommen werden.

Öffentlich wurde am Entwurfstext von Anwaltsseite gerügt, dass es bei der neuen Bagatellregelung keine untere Spürbarkeitsgrenze gäbe<sup>5</sup>. Auch die österreichischen Vollzugsbehörden sollten sich nicht mit Fällen belasten, die keine spürbaren wirtschaftlichen Wirkungen in einem relevanten Markt hätten. Dies könnte dadurch bewirkt werden indem etwa folgender Satz dem Entwurfstext angefügt wird:

*„...oder die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle). Kartelle, bei denen der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen - einschließlich aller verbundenen Unternehmen - fünf Mio. Euro nicht übersteigt, sind ebenfalls von der Anwendung des § 1 ausgenommen.“*

**Z 6 (§ 4 Abs. 2a):** Nahezu allen entwickelten Wettbewerbsordnungen kennen neben der Einzelmarktbeherrschung das Rechtsphänomen der kollektiven Marktbeherrschung; dieses war bislang im österreichischen KartG nicht direkt umgesetzt. Bei der Umsetzung wird nunmehr im Entwurfstext vorgeschlagen, sich bei der Regelung am § 19 deutsches GWB zu orientieren. Hier bleibt aber festzuhalten, dass sich zwischen dem europäischen und dem deutschen Wettbewerbsrecht eine erhebliche rechtliche Diskrepanz ergibt. Vor allem die Oligopolvermutung gemäß § 19 Abs. 3 GWB trifft in der deutschen Literatur auf Verfassungsbedenken<sup>6</sup> sowie auf den Vorwurf wettbewerbsökonomisch nicht mehr auf dem letzten Wissensstand zu sein. Der pauschale und undifferenzierte Verdacht auch auf Märkten mit mittlerer Konzentration (immerhin reicht in Z 1 ein durchschnittlicher Marktanteil eines Unternehmens von 16,7%, in Z 2 ein solcher von 13,2% aus) werden hier dem wirtschaftlichen Faktum, dass mehrere Unternehmen sich abgesprochen haben oder bedingungsnotwendig wie ein Einziges am Markt

<sup>3</sup> Vergleiche dazu H. Wollmann, Arbeitsgemeinschaften und Kartellrecht - Eine Bestandaufnahme anlässlich der bevorstehenden Novelle zum KartG, bauaktuell, 01/2012, S. 8 ff.

<sup>4</sup> T. Taurer, Arbeits- und Bietergemeinschaften, in Sachs (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe, Wien, 2007, S.15

<sup>5</sup> Versammeltes Kartellrecht, der Standard, 03.02.2012, S. 18

<sup>6</sup> Siehe zB Säcker/Gosse/Wolf in Münchner Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, 2008, Bd II, S. 96 f.



verhalten nicht gerecht. Es darf in Erinnerung gerufen werden, dass die Anforderungen des Europäischen Rechtes für die kollektive Marktbeherrschung durchaus streng sind<sup>7</sup>. Wünschenswert wäre daher - ähnlich der Neufassung des Kartellverbotes in § 1 KartG - eine Neufassung der Marktbeherrschungsdefinition in § 4 KartG analog zu Art. 102 AEUV.

**Z 20 (§ 37):** Die Bereinigung einer zu veröffentlichenden Entscheidung um Geschäftsgeheimnisse eines Beteiligten, deren Preisgabe entweder dem betroffenen Unternehmen Schaden zufügen oder dem Wettbewerbsprozess künftig nachteilig beeinflussen könnte, ist das Kernproblem von Entscheidungsveröffentlichungen schlechthin. Die Interessenabwägung ist im Einzelfall nicht einfach; es ist allerdings abzulehnen, bereits im Gesetz pauschal den „Rechtsanspruch“ auf Beachtung der Geschäftsgeheimnisse abzusprechen. Auch Art. 30 VO 1/2003 sieht eine solche Regelung nicht vor; allerdings werden in Art. 16 Abs. 3 und 4 VO 773/2004 Verfahrensregeln für den Schutz vertraulicher Informationen aufgestellt. Da es hier teilweise auch um Informationen gehen kann, die dem Schutz des künftigen Wettbewerbs dienen, wäre die Einführung eines solchen (formgebundenen) „Kenntlichmachungsverfahrens“ dem vorliegenden Entwurfstext vorzuziehen.

**Z 21 (§ 37a):** Im Bereich der geplanten Schadenersatzbestimmungen im KartG kommen Vorbehalte vor allem von Teilen der Industrie sowie der Sparte Banken und Versicherungen.

Allgemein kann aber festgehalten werden, dass § 37a Abs 1 erster Satz die bereits bestehende Rechtslage einfach - aus vielleicht präventiven Gründen - kompiliert. Der Ausschluss der „passing on defence“ im zweiten Satz ist allgemein umstritten, hier gibt es auch keine klare Positionierung innerhalb der Wirtschaftskammer-Organisation.

Schließlich ist die undifferenzierte Übernahme des § 33 Abs 3 Satz 3 dGWB in § 37 Abs 1 dritter Satz des Entwurfes mit zahlreichen Problemen verbunden, welche die Verfassungskonformität dieser Bestimmung in Zweifel ziehen lassen. So ist weder nach dem Gesetzestext noch nach den Erläuterungen ersichtlich, ob hier an dem von den Gesetzesverfassern in Deutschland verfolgtem Ansatz, der Gewinn errechne sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistung sowie abzüglich angefallener Betriebskosten, während Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen nicht abzugsfähig seien<sup>8</sup>, festgehalten wird. In gleicher Weise bleibt, wie auch in Deutschland, völlig offen, ob nur der Mehrgewinn infolge des Kartellrechtsverstößes oder der gesamte Gewinn des für den Verstoß verantwortlichen Unternehmens berücksichtigt wird. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Wahlrecht zwischen dem Verletzergewinn (wie auch immer dieser berechnet sein mag) und dem Ersatz des dem Verletzten entstandenen Schadens bestehen soll oder ob lediglich dieser Schaden allenfalls um einen Betrag entsprechend dem anteiligen Gewinn des Verletzers erhöht werden kann. Schließlich bleibt unklar, wem das Wahlrecht zustehen soll, falls ein solches tatsächlich gegeben ist.<sup>9</sup>

In den Erläuternden Bemerkungen sollte auch klargestellt werden, dass die Bestimmung der Höhe des Schadens nach § 273 ZPO lediglich als ultima ratio dienen soll.

In Absatz 4 sollte klargestellt werden, dass „ewiges Ruhen“ als Form der Beendigung des eingeleiteten Verfahrens gilt.

<sup>7</sup> Siehe dazu R. Bechtold et al. EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 82, RZ 25; T. Eilmannsberger in Münchner Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Art. 82 EG, RN 90

<sup>8</sup> Vgl T. Lübbig in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 111.

<sup>9</sup> Vgl V. Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO § 33 Rz 62 f.

**Z 25 (§ 50):** Die Schaffung eines „Auffangtatbestandes“ für „sonstige Verfahren“ steht zufolge seiner Unbestimmtheit in einem wohl nicht mehr haltbaren Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip - eine Problematik, die durch die Verbindung mit der höchsten Rahmengebühr nach KartG noch verstärkt wird. Der im Entwurf vorgesehene Auffangtatbestand sollte daher entfallen oder konkretisiert werden.

### **3) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Wettbewerbsgesetz geändert wird (Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012)**

**Z 10 (§ 11a Abs.3):** In der Sozialpartnerstudie wird zum Thema „Auskunftsverlangen - selbstständige Bescheidkompetenz?“ Folgendes ausgeführt:

*„Der Entwurf der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 sah auch eine Bestimmung vor, wonach die BWB mittels Bescheid Auskunftersuchen auch eigenständig durchsetzen konnte. Der Gesetzgeber selbst hat diese Möglichkeit allerdings nicht beschlossen. Nach Ansicht der Sozialpartner bietet der derzeit mögliche verwaltungsrechtliche Rechtsschutz (BWB - VwGH) keine effizientere Durchsetzungsmöglichkeit behördlicher Auskunftsverlangen gegenüber dem bestehenden System der kartellgerichtlichen Durchsetzung.“*

*Durch den Musterfall der Branchenuntersuchung „Lebensmitteleinzelhandel“ hat das KOG mangels klarer rechtlicher Bestimmungen durch den Gesetzgeber Auslegungskriterien geschaffen, welche eine effiziente und rechtsstaatliche Durchsetzbarkeit ermöglichen. Seither ist es zu keinen weiteren Problemen in dieser Hinsicht gekommen. Insoweit das bestehende System optimiert werden kann, wird dies von den Sozialpartnern ausdrücklich befürwortet. Dies könnte in der Form geschehen, dass bei Auskunftsverlangen, die gerichtlich durchgesetzt werden müssen, ein „Eilverfahren“ eingeführt wird, und der Auftrag über Auskunftsverlangen binnen bestimmter Frist vom Kartellgericht erlassen werden muss. Die Möglichkeit einem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu versagen, wenn dies von der BWB beantragt wurde, gibt es bereits jetzt (§ 11a (3) WettbG). Diese Möglichkeit wurde von der BWB im oben genannten Musterfall nicht genutzt. Zusätzlich sollten die Rechtsmittelfristen verkürzt werden. Durch diese Vorgehensweise kann sichergestellt werden, dass Auskunftsverlangen in angemessenem Zeitraum durchgesetzt und als effizientes Ermittlungsinstrument genutzt werden können.“*

Die WKÖ ist auch weiterhin der Meinung, dass mit dem bisherigen Verfahren im bestehenden System durchaus das Auslangen gefunden werden kann.

Die Bestimmung stellt sich in ihrer vorgeschlagenen Fassung darüber hinaus als verfassungsrechtlich bedenklich dar: So verstößt sie zunächst gegen Art 90 Abs 2 B-VG, da sie als einfachgesetzliche Regelung dem Bescheidadressaten einen Zwang zur Selbstbezichtigung aufbürdet (vgl VfGH 29.9.1988, VfSlg 11.289; 25.9.1990, VfSlg 12.545; 16.10.1997, VfSlg 14.987; 16.10.1997, VfSlg 14.988; 6.10.1999, VfSlg 15.600 ua). Weigert sich dieser Adressat, dem mit Bescheid erteilten Auftrag zur Auskunftserteilung nachzukommen, so sieht sich dieser nunmehr nicht nur mit der Verhängung einer Zwangsstrafe, sondern auch einer Verwaltungsstrafe (vgl § 11 a Abs 5 WettbG) konfrontiert, welche von der selben Behörde verhängt wird, welche auch den Erstbescheid erlassen hat. Es zeigt sich somit, dass die Neufassung des § 11a Abs 3 WettbG allein darauf abzielt, möglichst viel Druck auf den Bescheidadressaten mit dem erklärten Ziel auszuüben, dass dieser Informationen preisgibt, welche ihn selbst belasten könnten: Hierdurch verstößt diese Bestimmung offenkundig gegen Art 6 Abs 1 EMRK, da die so erzwungenen Auskünfte fortan in einem Strafverfahren iSd Art 6 EMRK - als welches das



Geldbußenverfahren zweifelsohne zu qualifizieren ist<sup>10</sup> - verwendet werden können.<sup>11</sup> Es wäre auch zu wünschen, dass in den Erläuternden Bemerkungen Hinweise auf die Schranken des „nemo tenetur“ Grundsatzes im gegenständlichen Fall gegeben werden<sup>12</sup>.

**Z 11 (§ 11a Abs. 4 bis 8):** Die Übernahme der bisherigen Zwangsgeldbestimmung aus dem KartG in das Wettbewerbsgesetz führt in letzter Konsequenz dazu, dass durch eine ermittelnde Anklagebehörde aus Eigenem hohe Zwangsstrafen angedroht und verhängt werden können. Ob dies mit Art. 6 MRK vereinbar ist, wird allenfalls vor dem VfGH zu klären sein.

Anknüpfend an die Ausführungen zu § 11 a Abs 3 WettbG ist festzuhalten, dass es im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK problematisch ist, würde dieselbe Behörde, welche zuvor potentiell selbstbeachtigende Informationen mit Bescheid zu erzwingen gesucht hat, nunmehr für den Fall, dass ihr diese Auskünfte nicht genügen, das Recht eingeräumt, über den Bescheid-adressaten eine Verwaltungsstrafe zu verhängen. Dies widerspräche in jedem Fall dessen Recht auf ein faires Verfahren. Darüber hinaus bleibt fraglich, welchen Anwendungsbereich § 11a Abs 5 WettbG haben bzw wie dieser überhaupt verstanden werden soll: Zunächst wird eine Verwaltungsstrafe für den Fall angedroht, dass jemand überhaupt "keine" Angaben macht - dies ist, wie oben zu Abs 3 bereits aufgezeigt, jedenfalls verfassungswidrig, da hier nicht einmal eine einzige Einschränkung zugunsten des Selbstbeachtigungsverbots vorgenommen wird.

Betreffend die Vornahme "unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte" fragt sich zu Recht, wie diese Formulierung Art 7 Abs 1 B-VG genügen kann, wenn dem Normunterworfenen völlig unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine einmal erteilte Auskunft als unrichtig, unvollständig bzw insbesondere als irreführend qualifiziert wird. Es wird der Strafbehörde vielmehr ein Freiraum zur Übung von Willkür eröffnet, bei welchem sie auf keinerlei objektive Maßstäbe zurückgreifen muss. Die Einräumung eines solch freien Ermessens bringt darüber hinaus natürlich auch einen Verstoß gegen das Determinierungserfordernis des Art 18 Abs 1 B-VG mit sich, welches im Hinblick auf die mit der Verwaltungsstrafe einhergehende Grundrechtseingriffe als streng anzulegen ist.

Schließlich verlangt Art 7 EMRK, dass dem unbefangenen Rechtsunterworfenen der Normgehalt der Strafbestimmung aus dem Gesetzestext klar erkennbar ist. Dies ist jedenfalls betreffend die "Irreführung" zu verneinen welche vollkommen der subjektiven Sicht der Behörde ausgeliefert ist, jedoch gleichermaßen auch betreffend die "Richtigkeit" und die "Vollständigkeit" seiner Angaben, da der Bescheidadressat einem zumeist generellen Auskunftersuchen ja nur nach seinem Verständnis der Sachlage antworten kann, welches von Natur aus ein von der Behörde verschiedenes ist.

Es erscheint wenig sinnvoll in § 11a Abs. 6 des Entwurfes den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien als Rechtsmittelinstanz für die Rechtmäßigkeit der Auskunftsbefehle der BWB vorzusehen, wenn diese Behörde sonst nicht in den Kartellrechtsvollzug eingebunden ist. Hier ist in Hinblick auf die laufende Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 und die hier vorgesehenen Änderungen zu Art. 94 und Art. 102 Abs. 2 B-VG ein Rechtszug an Kartellgericht und Kartellobergericht vorzusehen.

**Z 13 (§ 12 Abs. 4):** Bezüglich der Vornahme einer (vom Kartellgericht angeordneten) Hausdurchsuchung wurde bisher in Abs. 4 zum Teil auf Bestimmungen der Strafprozessordnung in der Fassung vor dem 01.01.2008 verwiesen. Nach dem Entwurf sollen statt dieses Verweises

<sup>10</sup> Vgl F. Zeder in Schick/Hilf (Hrsg), Kartellstrafrecht (2007) 68.

<sup>11</sup> Vgl R. Reiter, Das Recht zu Schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen gemäß Art 6 EMRK, RZ Heft 5, 106 mwN.

<sup>12</sup> Im Sinne von C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2009, S. 390

die nunmehr in § 121 Abs.3 StPO enthaltenen Grundsätze im Wettbewerbsgesetz selbst verankert werden.

Dazu ist anzumerken, dass im Zuge einer Hausdurchsuchung auch die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse so weit wie möglich gewahrt und der Geschäftsbetrieb nicht über Gebühr beeinträchtigt werden soll(en). Wir empfehlen Abs.4 wie folgt zu formulieren:

„... Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sowie die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Weiters ist darauf zu achten, dass der Geschäftsbetrieb nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beeinträchtigt wird und diese Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zum Ziel der Durchsuchung steht. ...“

**Z 14 (§ 12 Abs. 5):** Diese Bestimmung schränkt das bisherige unbegrenzte Widerspruchsrecht (Unterlagen, deren Durchsuchung oder Einsichtnahme der Inhaber nicht gestatten will) ein. Nur wenn der Inhaber der Durchsuchung oder Einsichtnahme „bestimmter, einzeln bezeichneter Unterlagen unter Berufung auf eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, oder mit dem Hinweis, dass die Durchsuchung oder Einsichtnahme nicht von dem Beschluss des Kartellgerichts umfasst sei“, widerspricht, sollen diese Unterlagen zu sichern und dem Kartellgericht vorzulegen sein, das zu entscheiden hat, ob und in welchem Umfang sie durchsucht, eingesehen und kopiert werden dürfen oder sie zurückzustellen sind. Das Widerspruchsrecht sollte nicht nur in Bezug auf „einzeln“ bezeichnete, sondern zwecks Wahrung eines ausreichenden Rechtsschutzes zumindest auch für bestimmte Kategorien von Unterlagen bestehen. Abs.5 sollte daher lauten:

„... Widerspricht der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen der Durchsuchung oder Einsichtnahme bestimmter einzeln oder nach einem Gruppenmerkmal bezeichneter Unterlagen unter Berufung ...“

**Z 17 (§14 Abs.2):** Danach sind die im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde Hilfe leistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, die genannte Behörde durch die Sicherung elektronischer Beweismittel zu unterstützen. Nach den Erläuterungen soll hiermit klargestellt werden, dass auch die Sicherstellung von IT-Daten zulässig ist.

Bei derartigen Sicherungsmaßnahmen sollte auf den Geschäftsbetrieb so weit wie möglich Rücksicht genommen werden, sodass Abs. 2 lauten sollte:

„... Bei dieser Maßnahme ist darauf zu achten, dass der Geschäftsbetrieb nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beeinträchtigt wird und diese Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zum Ziel der Maßnahme steht.“

#### **4) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird**

Festzuhalten ist, dass für eine solche Bestimmung im NVG schon nach seiner Zielsetzung dogmatisch kein Raum ist. Die §§ 1 bis 3 NVG regeln „kaufmännisches Wohlverhalten“ von Unternehmen untereinander. Es geht darum, Wiederverkäufer nicht von der Belieferung mit bestimmten Waren auszuschließen. Diese Bestimmungen regeln somit in die Beziehungen von

Unternehmern untereinander; Fragen des Wohlverhaltens sind auf das Verhältnis zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern beschränkt.

Mit all dem hat die gegenständliche Novelle, die als preisrechtliche Regelung einzustufen ist und jede Form des Anbietens auf allen Wirtschaftsstufen erfasst, nichts zu tun.

Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen dieses System der Auseinandersetzung zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern unsachlich auf alle Stufen - also unter Einschluss der Verbraucher - im Rahmen des NVG erweitert werden soll; Schließlich verwundert die Platzierung der Bestimmung im NVG auch deshalb, weil dieses ja gerade nicht an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft. Die Bestimmung des § 2a ist daher für das NVG systemfremd.

Weiters ist festzuhalten, dass die Durchsetzung zwischen den Marktteilnehmern zivilrechtlich auf Basis des UWG oder durch das Kartellgericht im Wege Einstweiliger Verfügungen bzw. Untersagungsbeschlüsse erfolgt. Bereits derzeit stehen mit dem gegebenen Instrumentarium somit ausreichend Rechtsbehelfe zur Verfügung, um vermuteten Marktmissbrauch abzustellen. Es bleibt daher auch unklar, aus welchen Gründen das bewährte Rechtsschutzsystem (Klagen nach dem UWG, Untersagungen durch das Kartellgericht) verlassen werden sollte. Die Sanktionierung im Wege von Bußgeldern ist dem NVG fremd.

Die hier vorgeschlagene Regelung gehört in das Kartellgesetz systematisch in die Bestimmungen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung übertragen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die gegenständliche Regelung nicht als allgemeines Vorbild zur preisrechtlichen Kontrolle einzelner Branchen der Wirtschaft herangezogen werden sollte. Diese Sonderregeln bewirken in der Praxis einen wettbewerbslenkenden Effekt, der in funktionierenden Wettbewerbsmärkten mehr Schaden verursacht, als Nutzen stiftet.

Daher fordert die WKÖ, dass bei Einführung der vorgeschlagenen Regelung eine gewissenhafte ökonomische Analyse über die Wirkungsweise der Bestimmung angestellt wird, von dem Ergebnis ein allfälliges Auslaufen bzw. eine allfällige Verlängerung des Regelwerkes abhängig gemacht wird.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl  
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser  
Generalsekretärin

Anhang:

Minoritätsvoten; § 59 Abs. 3 WKG



## Anhang

### **Von der Mehrheitsäußerung abweichende Stellungnahmen (Minoritätsvoten; § 59 Abs. 3 WKG)**

**Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird  
(Kartellgesetznovelle 2012)**

#### **Stellungnahme der Bundessparte Banken und Versicherung**

Zu § 9 des Entwurfes

Die anstehende Novellierung sollte auch zum Anlass genommen werden, die bisherigen Aufgriffsschwellen nach Abs.1 für anmeldebedürftige Zusammenschlüsse (weltweiter Umsatz EUR 300 Millionen, im Inland EUR 30 Millionen und mindestens zwei Unternehmen weltweit jeweils EUR 5 Millionen) anzupassen.

Die geringe Höhe der bestehenden Aufgriffsschwellen belastet sowohl die Wirtschaft als auch die zuständigen Behörden mit der Anmeldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen, die für den Wettbewerb von vornherein unbedenklich sind.

Es wird daher vorgeschlagen, die genannten Aufgriffsschwellen so anzuheben, dass nur jene Zusammenschlüsse von der Anmeldepflicht erfasst werden, die wirklich eine marktbeherrschende Stellung herbeizuführen geeignet sind. Unseres Erachtens sollten daher die Aufgriffsschwellen mindestens auf Werte von EUR 500 Millionen, EUR 50 Millionen und EUR 20 Millionen angehoben werden. Dies würde einerseits den gewünschten Entlastungseffekt herbeiführen und die Aufgriffsschwellen weiters in ein angemessenes Verhältnis zu den europarechtlichen Aufgriffsschwellen bringen, ohne die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Inland zu gefährden.

Abs. 2 nimmt an sich anmeldepflichtige Zusammenschlüsse von der Anmeldepflicht aus, wenn nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als EUR 5 Millionen und die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als EUR 30 Millionen an Umsatzerlösen erzielt haben. Damit sollen Zusammenschlüsse, die keine spürbare Auswirkung auf den inländischen Markt haben können, von der Anmeldepflicht ausgenommen werden.

Diese Ausnahme nimmt keine Rücksicht darauf, ob sich der Zusammenschluss überhaupt auf den österreichischen Markt auswirkt. Der (mittelbare oder unmittelbare) Erwerb von ausländischen Unternehmen sollte unabhängig von den weltweiten Umsätzen jedenfalls dann nicht anmeldepflichtig sein, wenn der inländische Markt dadurch nicht berührt wird. Gleichzeitig sollten aus den obgenannten Gründen die Schwellenwerte entsprechend angehoben werden.

§ 9 Abs. 2 sollte daher lauten:

*„ Ausgenommen von Abs. 1 sind Zusammenschlüsse, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die folgenden Umsatzerlöse erzielten:*

1. *nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als zehn Millionen Euro und*
2. *die übrigen beteiligten Unternehmen entweder keinen nennenswerten Umsatzerlös im Inland oder weltweit insgesamt einen Umsatzerlös von nicht mehr als 50 Millionen Euro.“*

#### Zu § 37a des Entwurfes

##### Im Allgemeinen:

Die Europäische Kommission hat in den Jahren 2005 bzw. 2008 in Grün- bzw. Weißbuch umfassende Empfehlungen zur Forcierung des "private antitrust enforcement" in den Mitgliedstaaten abgegeben. Diese Empfehlungen haben keinen verbindlichen Rechtscharakter und sind daher auch nicht zwingend in nationales Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen. Die ursprünglich seitens der Kommission angedachte Vorlage eines Richtlinientextes wurde aufgrund der geäußerten Kritik wieder verworfen, sodass es ausschließlich im Ermessen der Mitgliedstaaten steht, diese Empfehlungen aufzugreifen oder auch nicht.

Es sollte aber nur dann und insoweit in die bewährten allgemeinen schadenersatzrechtlichen Normen eingegriffen werden, soweit ein dringender Handlungsbedarf erkennbar ist und damit nicht anderen legitimen Interessen insbesondere der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung (Kronzeugenregelung) konterkariert wird. Auf abgeschlossene bzw. noch laufende Schadenersatzklagen in Österreich ist festzuhalten, dass es bereits jetzt auf Basis der bestehenden Regelungen möglich war und ist, Schadenersatz als Folge von Kartellverstößen einzuklagen (siehe bspw. Landesgericht Graz ad Fahrschulkartell sowie Schadenersatzklage der Immofinanz gegen Mitglieder des "Aufzugskartells"). Ein dringender Handlungsbedarf ist daher nicht ersichtlich. Mit Blick auf die anhaltenden Diskussionen in Deutschland kann auch festgestellt werden, dass die mit der 7. GWB-Novelle eingeführten Änderungen nicht nur positiv zu bewerten sind. So wurden und werden u.a. insbesondere die abträglichen Auswirkungen der Novelle auf das Leniency-Programm des Bundeskartellamts weiterhin thematisiert (vgl. zB das laufende Verfahren in Sachen "Pfleiderer", in dem die Pfleiderer AG als Kunde des Kartellanten und Kronzeugen Einsicht in die Verfahrensakten des Bundeskartellamts begehrt).

Vor diesem Hintergrund sehen wir die in der Novelle enthaltenen schadenersatzrechtlichen Sonderbestimmungen bereits grundsätzlich als nicht erforderlich an und sehen darin - v.a. in Verbindung mit der künftig möglichen Einführung einer Klagebefugnis für Verbraucherverbände oder der zuletzt diskutierten Einführung einer Gruppenklage - einen ersten Schritt in Richtung einer Klageindustrie nach US-amerikanischem Vorbild, die mit der europäischen Rechtstradition nur schwer in Einklang zu bringen ist.

##### Im Besonderen:

##### a) Negative Auswirkungen auf die Effektivität von Kronzeugenregelungen

Die im Laufe der letzten Jahre zahlreichen Mitgliedstaaten eingeführten Kronzeugenregelungen ("leniency-programmes") haben sich nach allgemeiner Auffassung zu einem wichtigen und funktionierenden Instrument der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung entwickelt. Es ist zu befürchten, dass mit den vorgeschlagenen

schadenersatzrechtlichen Sonderregeln dieses allgemein anerkannte Instrument an Bedeutung verliert, da auch der potentielle Kronzeuge mit Schadenersatzklagen zu rechnen hat. Die Intention zur Aufdeckung von Verstößen und zur Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden wird damit verringert. Die bisherigen Erfahrungen in Deutschland bestätigen diese Einschätzung.

#### b) „Passing on defence“

Nach § 37 a (1) KartellG-E soll der Schadenersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen sein, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.

Diese, unmittelbare Abnehmer begünstigende, Regelung wird unter dem Stichwort "passing-on" diskutiert und ist in mehrfacher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Eine Ablehnung der passing-on defence führt nämlich nicht nur zu einer Abkehr vom im österreichischen Schadenersatzrecht anerkannten Prinzip des Vorteilsausgleichs, sondern fördert auch eine mögliche Doppel- und Mehrfachbelastung des Beklagten, sofern nicht nur unmittelbare Abnehmer, sondern auch Abnehmer nachgelagerter Stufen Schadenersatz erfolgreich geltend machen. Die vielfach kritisierten "treble damages" würden damit zwar nicht dem Wortlaut, aber der Sache nach, eingeführt. Darüber hinaus besteht weiters die Gefahr einer ungerechtfertigten Bereicherung des Klägers, wenn die Möglichkeit der Schadensweiterleitung außer Acht gelassen wird. In Extremfällen könnte diese Neuregelung dazu führen, dass Klägern ein Schadenersatz zugesprochen wird, ohne dass diese tatsächlich überhaupt irgendeinen Schaden erlitten haben (da dieser an mittelbare Abnehmer in Form höherer Preise weitergereicht wurde), was den Grundprinzipien des geltenden Ersatzrechts widerspricht.

#### c) Bindungswirkung

Nach §37a (3) KartellG-E soll ein österreichisches Zivilgericht an eine in einer rechtskräftigen Entscheidung des Kartellgerichts, der Europäischen Kommission oder einer Wettbewerbsbehörde im Sinn der Verordnung 1/2003 getroffene Feststellung gebunden sein, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat.

Diese umfassende Bindungswirkung ist in mehrfacher Hinsicht problematisch und auch unverhältnismäßig.

Während im materiellen Kartellrecht (mit Ausnahme der Höhe der Geldbuße) das "Verschulden" kein maßgebliches Kriterium darstellt, ist die Schuld des Beklagten im Schadenersatzrecht zentral und muss daher der freien Beweiswürdigung durch das Gericht vorbehalten bleiben.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Fehler des vorangegangenen "kartellbehördlichen" Verfahrens im Zivilrecht jedenfalls weiterwirken und damit - vor dem Hintergrund drohender follow-on Klagen - jedenfalls ein Zwang zur Anfechtung von Entscheidungen bis in die letzte Instanz entsteht. Das Problem des Anfechtungszwanges wird durch die in §37a KartellG-E vorgesehene Entscheidungsveröffentlichung darüber erschwert.

Die vorgeschlagene Regelung bedeutet weiters, dass auch Entscheidungen ausländischer Behörden zwingend eine Bindungswirkung für nationale Zivilgerichte entfalten, ohne der



Tatsache gebührend Rechnung zu tragen, dass das Verfahrensrecht des ausländischen Staates nicht unbedingt den österreichischen Maßstäben gerecht werden muss.

Sofern daher überhaupt eine Bindungswirkung für rechtskräftige kartellbehördliche Entscheidungen eingeführt werden soll, wäre die Form einer Vermutung samt Beweislastumkehr zugunsten des privaten Klägers eine Möglichkeit.

#### Zu § 49 des Entwurfes

Während die Rekursfrist bisher nach Abs.2 generell vier Wochen betragen hat, soll nach der Neufassung dieses Absatzes die Rekursfrist nur mehr bei Endentscheidungen vier Wochen betragen, während sie bei einstweiligen Verfügungen oder Zwischenerledigungen zwei Wochen betragen soll. Für die Frist zur Rekursbeantwortung soll jeweils Entsprechendes gelten.

Diese Verkürzung der Rekursfrist würde angesichts der Komplexität des Gegenstandes wettbewerbsrechtlicher Verfahren und des auch für die Parteien damit verbundenen Aufwandes einen Verlust an Rechtsschutz bedeuten, sodass dies kritisch beurteilt wird.

#### Stellungnahme des Fachverbandes der Gas- und Wärmeversorgungsunternehmen

#### Zu § 37a des Entwurfes

§ 37a Abs 1 KartG übernimmt nahezu undifferenziert den Wortlaut des § 33 Abs 3 dGWB, ohne sich jedoch mit dessen Notwendigkeit in der österreichischen Rechtsordnung sowie im Detail mit den damit einhergehenden Problemen auseinanderzusetzen. So wiederholt schon § 37 a Abs 1 S 1 KartG bloß Offenkundiges, welches in Österreich ohnehin nicht in Frage stand, nämlich dass die nationalen und EU-rechtlichen Wettbewerbsregeln als "Schutzgesetze" iSd § 1311 ABGB anzusehen ist. Die Einfügung dieses Satzes war lediglich in Deutschland von Relevanz, da die dortige Rechtsprechung uneinheitlich war.<sup>1</sup>

In keinem Fall war es jedoch die Intention des deutschen Gesetzgebers - entgegen den Ausführungen der Erl Bem. - pauschal "jedermann", dh uU auch Dritten oder privaten Letztverbrauchern, ohne Differenzierungen einen Schadenersatzanspruch bei wettbewerbswidrigem Verhalten einzuräumen.<sup>2</sup>

Insoweit wäre somit zumindest eine Klarstellung vorzunehmen, dass § 37 Abs 1 S 1 KartG keine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten bewirkt und in Wahrheit nur die ohnehin geltende Rechtslage wiedergibt.

Betreffend § 37a Abs 1 S 2 KartG ist wiederum anzumerken, dass auch dessen Pendant (§ 33 Abs 3 S 2 dGWB) im Hinblick auf die Weite seines Anwendungsbereiches in Deutschland intensiv diskutiert worden ist. Der österreichische Gesetzgeber hätte es in der Hand, die aufgeworfenen Rechtsfragen bereits bei Einführung des § 37a Abs 1 S 2 KartG zu beantworten. So wären insb zwei Klarstellungen notwendig: Zum einen wäre es wichtig festzuhalten, dass der Wortlaut des Gesetzes lediglich ausschließt, sich als Schädiger

<sup>1</sup> Vgl Möschel in Immenga/Mestmäcker, aaO § 19 Rz 111.

<sup>2</sup> Vgl Lübbig in Münchener Kommentar zum GWB (2008) § 33 Rz 56f, 66.

pauschal auf die Weiterveräußerung zu berufen. Zum anderen ist die Klarstellung erforderlich, dass dem Abnehmer der Ware aufgrund dieses § 2 nicht zwingend ein Schadenersatzanspruch zusteht, ein solcher vielmehr nur "nicht ausgeschlossen" ist.<sup>3</sup> Jeglicher völlige Ausschluss der Vorteilsausgleichung und der bloßen einmaligen Ersatzpflicht würde dem auch unserem Schadenersatzrecht verankerten Prinzip des Bereicherungsverbots zuwiderlaufen, ja diesem sogar eine Sanktionswirkung nach dem amerikanischen Modell der "punitive damages" verleihen.<sup>4</sup>

[...]

Zu § 47 Abs 1 der Novelle zum KartG

Wir sehen keine Notwendigkeit dafür, Regulatoren an einem Verfahren teilnehmen zu lassen. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt, durch keine Begründung in den Erläuterungen untermauert und somit vollinhaltlich abzulehnen.

**Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird**

#### Stellungnahme des Fachverbandes der Gas- und Wärmeversorgungsunternehmen

Im Allgemeinen:

1. Als Kern dieser Novelle soll der in Deutschland geltende § 29 GWB als § 2a in das österreichische Nahversorgungsgesetz (NVG) übernommen werden. Die Erläuterungen verweisen darauf, dass diese Regelung vom deutschen Bundeskartellamt begrüßt würde, verschweigen jedoch die Ablehnung und heftige Kritik, die sowohl von amtlicher Seite (Monopolkommission der deutschen Bundesregierung, Bonn) als auch in der Literatur<sup>5</sup> gegen diese Bestimmung vorgebracht wird. Umso unverständlicher ist es, wenn in Österreich die Einführung diskutiert wird. Die Erläuterungen bleiben jede Auseinandersetzung mit den geäußerten Bedenken schuldig. Soweit ungeachtet dessen eine derartige Bestimmung in die österreichische Rechtsordnung implementiert werden soll, sollte sie jedenfalls auf die Vielzahl der sachlichen Bedenken Rücksicht nehmen und nur mit entsprechenden Adaptierungen Gesetzesrang erreichen.
2. Auch die Befristung der in Aussicht genommenen Regelung ändert nichts am Umstand, dass aus nicht ausreichend nachvollziehbaren Gründen Sonderenergierecht für die Bereiche Elektrizität und Erdgas geschaffen wird und das bereits als Querschnittmaterie zu betrachtende Energierecht weiter zersplittert und noch unübersichtlicher wird.
3. Der gegenständliche Gesetzesentwurf basiert auf der Branchenuntersuchung der Bundeswettbewerbsbehörde im Strom- und Gasbereich. Diese im Jahr 2006 abgeschlossene Untersuchung stützt sich auf Erhebungsdaten aus den Jahren 2003 und 2004! Das heißt, die relevanten Daten stammen aus einem zeitlichen Umfeld, das drei

<sup>3</sup> Vgl. Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 96f.

<sup>4</sup> Vgl. Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 102 sowie Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO § 33 Rz 57f.

<sup>5</sup> Stellvertretend für viele: Baumgart/Rasbach/Rudolph, Eine brisante Mischung - Erste Erfahrungen mit § 29 GWB im Zusammenspiel mit §§ 32 und 64 f. GWB, in: Festschrift Gunther Kühne, 25ff.

Monate nach Beginn der Liberalisierung der untersuchten Gasmärkte (1.10.2002) begann und bereits zwei Jahre danach endet. Mittlerweile sind seit Beginn der Liberalisierung rund zehn Jahre vergangen. In dieser Zeit fanden zur Verstärkung des Wettbewerbes mehrere umfassende Gesetzesnovellen (in Umsetzung der EU-Energiebinnenmarktpakete) statt, wurden zahlreiche Verordnungen erlassen sowie die Marktregeln mehrmals komplett überarbeitet. De facto führten diese Aktivitäten zu einer signifikanten Belebung des Wettbewerbs; ein Blick in den Tarifrechner der Regulierungsbehörde zeigt, dass in jedem Netzgebiet der Regelzone Ost eine zweistellige Anzahl von Anbietern mit erheblichen Preisunterschieden anbieten. Allein im letzten Jahr kamen im Gasbereich drei überregionale neue Anbieter auf den Markt, die Wechselraten sind deutlich gestiegen. Wenn nun unter Berufung auf die fast zehn Jahre alte Datenbasis (!) gesetzliche Regulierungsmaßnahmen durchgesetzt werden sollen, lässt dies eher politischen Aktionismus denn wirklich durchdachte Marktlenkung vermuten.

4. Der derzeitige Entwicklungsgrad der Liberalisierungsmechanismen in Österreich ist bereits weit jenseits solcher Instrumente, die ja gerade typisch für den Beginn von Liberalisierungsbemühungen sind.
5. Anscheinend soll dem bundesstaatlichen Interventionismus durch die neue Regelung Auftrieb verschafft werden. Es erscheint paradox, in einem Markt, der mit enormen Kraftanstrengungen und Kosten (Unbundling, etc.) liberalisiert wurde bzw. wird, wieder eine strenge Preis- bzw. Produktregulierung zu etablieren. Dazu hätte man die Liberalisierungskosten sparen und gleich bei der damaligen Preisregulierung bleiben können.<sup>6</sup> Die Regelung würde zwangsläufig wieder zu einem uniformen Markt ohne relevante Preisunterschiede führen, da jegliche Abweichung von den Produkten und Preisen des Wettbewerbs letztlich rechtliche Risiken und Unwägbarkeiten mit sich brächte.
6. Die bisher von den Versorgungsunternehmen verfolgte Glättung von Preisschwankungen wird angesichts der Regelung im Einzelfall nicht mehr rechtssicher durchführbar sein. Senkungen und Erhöhungen werden demnach viel kurzfristiger weiterzugeben sein als bisher - diesbezüglich liegt ein Widerspruch zu den langen Bindungs- und Nachversorgungsfristen in GWG und ElWOG vor.
7. Der Produktinnovation, die gerade im Bereich Energieeffizienz wesentlich ist, würde durch diese Regelung der gesetzliche Boden entzogen, da jedes neue Produkt, das „andere Unternehmen“ nicht auch haben, grundsätzlich bis zum Freibeweis einmal das Risiko der Gesetzeswidrigkeit trägt.
8. Da auch die „Einkaufsstrategien“ der Unternehmen bereits dezidiert in den Erläuterungen thematisiert werden, ist zu befürchten, dass gerade langfristige bzw. speicherintensive Vertragsgestaltungen in Zeiten günstigerer Spotmärkte damit rechtliche Unsicherheiten mit sich bringen. Dies zu einem Zeitpunkt, in dem im Gasbereich ein neues Marktmodell mit Tagesbilanzierung etabliert werden soll, das „stranded investments“ im Bereich bestehender Speicherkosten stark befürchten lässt. Diese Regelung läuft somit bei derzeitigen Marktverhältnissen auch eindeutig der langfristigen Beschaffung und somit der Versorgungssicherheit zuwider.
9. Die geplante Beweislastumkehr ist rechtlich völlig überschießend. Es ist fraglich, wie sich ein Unternehmen freibeweisen wird können, wenn als Vergleichsmaßstab

---

<sup>6</sup> Durch die Novelle 8GBL I 121/2006 (Art 5 Energieliberalisierungsgesetz) wurde die Kompetenz zur Festlegung der Preise für die Lieferung von Erdgas und Elektrizität aus der Sonderkompetenz-Bestimmung des Art II PreisG 1992 herausgenommen.



Wettbewerber herangezogen werden sollen, über deren Daten man natürlich nicht verfügt. Vielmehr bietet der bestehende kartellrechtliche Rahmen bereits ausreichend Instrumente, um die angestrebten Ziele (sofern nicht ohnehin schon erreicht) zu realisieren.

Das gesamte Gesetzesvorhaben wird aus diesen und den nachfolgenden vertieften Gründen absolut abgelehnt; vielmehr sollte Konzentration darauf gelegt werden, die soeben für die Wettbewerbsbelebung erlassenen Gesetze (zB GWG 2011) optimal umzusetzen. Abgesehen davon wären beim aktuellen Liberalisierungsgrad die relevanten Märkte jedenfalls neu zu bewerten.

Im Besonderen:

Zu § 2a der Novelle zum NVG:

A. Dogmatische Fehleinordnung im Nahversorgungsgesetz (NVG)

[...]

B. Keine ausreichende Kompetenzgrundlage:

Die Erläuterungen berufen sich zur Zuständigkeit des Bundes für die in Aussicht genommene Regelung auf den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie (Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG).

Diese Aussage ist verfehlt. Es handelt sich bei § 2a NVG dem Wesen nach um eine preisrechtliche Bestimmung, die dem Wirtschaftslenkungsrecht zuzuordnen ist. Ziel der Bestimmung ist nämlich die behördliche Anordnung eines Preises auf einem wettbewerblich organisierten Markt. Der Bund verfügt aber auf Grund von Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG über keine generelle preisrechtliche Kompetenz; preisrechtliche Vorschriften, die über die spezielle Gefahrenabwehr hinaus im Dienste wirtschaftspolitischer Zielsetzungen - wie etwa der Stabilisierung der Preise, der Verbesserung des Lebensstandards wirtschaftlich schwächerer Konsumenten oder der Begrenzung von Unternehmergewinnen bei eingeschränktem Wettbewerb udgl - stehen, sind kompetenzwidrig (Rill, ÖZW 1974, 101). Genau diesem kompetenzwidrigen Ziel, Unternehmergewinne bei eingeschränktem Wettbewerb zu verhindern, dient aber auch die Regelung in § 2a NVG, ist doch deren Hintergrund nach den Erläuterungen im Begutachtungsentwurf, dass der bestehende Wettbewerbsdruck nicht reichen würde, um signifikante Preiserhöhungen durch die Marktbeherrscher zu verhindern. Da dies in den Erläuterungen auf nicht-wettbewerbskonforme Einkaufsstrategien oder allgemeine Kostenstrukturen zurückgeführt wird, geht es in Wahrheit nämlich nicht um eine Missbrauchsverhinderung, sondern um die Begrenzung von Preisen an sich; das Missbrauchsverbot wird durch § 2a NVG somit nicht konkretisiert, sondern nur vorgeschoben, was im Übrigen auch daran ersichtlich ist, dass sich die Regelung im NVG und nicht im KartG 2005 findet.

Für den Elektrizitätsbereich ist überdies darauf zu verweisen, dass gem. Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG der Bund höchstens über eine Gesetzgebungskompetenz über Grundsätze verfügt, während die Kompetenz für die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung jedenfalls bei den Ländern liegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Bund für die Verabschiedung dieser Bestimmung keine Kompetenz zukommt, sondern unzulässigerweise in die Kompetenz der Länder eingegriffen werden soll.

### C. Bestehen von Beweislast/Umkehr der Beweislast:

#### a) Beweispflicht des Energieversorgungsunternehmens

Mit Nachdruck muss darauf hingewiesen werden, dass auch die nach § 2a NVG zu führenden Verfahren solche im Sinne des gerichtlichen Verfahrens in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (§ 7 Abs 1 NVG) sind, die - unbeschadet der Mitwirkungspflicht von Energieversorgungsunternehmen - jedenfalls durch die *Offizialmaxime* geprägt sind und in denen die materielle Wahrheit zu ermitteln ist.

Eine formelle Beweislastumkehr ist ausgeschlossen, soweit die *Offizialmaxime* herrscht; eine materielle Beweislastumkehr ist dann jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Erbringung unsachliche Lasten auferlegt.

Dies wird gerade auch durch die deutsche Rechtslage, die dem Entwurf ja als Vorbild dienen soll, belegt. So erfolgt die im dGWB gewählte Formulierung, wonach „die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt“ vor dem Hintergrund eines ausschließlich durch die Behörden eingeleiteten Verfahrens. Mit dieser Bestimmung wird explizit eine Beweislastumkehr in privaten Rechtsstreitigkeiten ausgeschlossen.

Demgegenüber kann in Österreich jedermann, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat, ein Verfahren vor dem Kartellgericht anstrengen bzw erfolgt ja gerade auch die private Rechtsdurchsetzung in Österreich auch vor dem Kartellgericht.

Die im (österreichischen) Entwurf enthalten Formulierung, die einfach nur aus dem deutschen Recht abgeschrieben wurde, bewirkt damit aber gerade nicht die nach dem dGWB getroffene Einschränkung auf rein behördliches Handeln - womit einem „Missbrauch“ durch private Antragsteller Tür und Tor geöffnet ist!

Dazu kommt, dass nach der deutschen Regelung in Bußgeldverfahren überhaupt keine Beweislastumkehr - also auch nicht einmal zugunsten der Behörde stattfindet - weder für die vorgelagerte Frage der Marktbeherrschung (Vermutungsschwellen) noch für den Missbrauch.<sup>7</sup>

Es ist überhaupt kein Grund ersichtlich, warum die österreichische Bestimmung hier noch dazu um vieles strenger ausgestaltet werden soll, als die in Deutschland ohnehin heftigst umstrittene Regelung.

Schließlich kommen zahlreiche faktische Gegebenheiten hinzu, die einen Freibeweis häufig schlicht verunmöglichen werden.

Energieversorgungsunternehmen haben keine Kenntnis über die für die gegenständlich geforderte Beweisführung benötigten konkreten Parameter der Kostenstrukturen von vergleichbaren Unternehmen bzw. auf vergleichbaren Märkten. Ein solches Unternehmen

<sup>7</sup> Vgl etwa Dorß in Loewenheim (Hrsg.) / Meessen / Riesenkampff, KartellR, §29, Rn 7 und 24, Bechtold, Kartellgesetz, 6 Aufl 2010, § 29 Rn 20, Just, in: Schulte/Just (Hrsg), Kartellrecht1, § 29 Rn 33; Bechtold, Kartellgesetz6 2010, § 29 Rn 20 BT-Drs 16/7156, S 11; Markert in: Hirsch/Montag/Säcker, Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Kartellrecht (Kartellrecht)<sup>1</sup> 8d2, § 29 Rn 12.

kann sich auch die Kenntnis über diese Daten auf rechtsstaatlichem Wege nicht verschaffen (anders als etwa bei anderen Fällen der Beweislastumkehr, etwa gemäß § 5 KartG hinsichtlich des Verkaufs unter dem Einstandspreis, in dem der Unternehmer lediglich die eigene Kalkulation darlegen muss - vgl zum Inhalt des damaligen § 35 KartG auch VfSlg 16.653).

Soweit die materielle Beweislastumkehr beibehalten werden sollte, wäre das Energieversorgungsunternehmen daher darauf angewiesen, was ihm vom Kartellgericht oder der antragstellenden Behörde im Rahmen deren Ermittlungsbefugnis an Daten zur Verfügung gestellt wird. Würden sich Energieversorgungsunternehmen generell oder im Anlassfall in Kenntnis der benötigten Daten setzen, würde ein im Sinne des § 1 KartG verbotenes Informationskartell (Preismeldestelle) entstehen. Es kann nicht Inhalt einer Beweislastregel sein, dieser nur unter Anwendung verbotener Mittel oder Herbeiführung eines verbotenen Zustandes entsprechen zu können. Soweit die Beweisspflicht des Energieversorgungsunternehmens ungeachtet der geäußerten Bedenken dennoch eingeführt werden soll, ist vorzusehen, dass das Kartellgericht oder die antragstellende Behörde dem betroffenen Unternehmen die von diesem beantragten Daten im Rahmen eigener Ermittlungstätigkeit auf Basis der Offizialmaxime bei den in Betracht kommenden dritten Unternehmen oder Märkten beschafft. Andernfalls ist § 2a NVG verfassungswidrig und verstößt sogar gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip.

Dieselben Zweifel hatte auch die deutsche Monopolkommission geäußert, wobei bemerkenswert ist, dass diese die Umkehr der Beweislast schon im reinen Verwaltungsverfahren (mit dem noch kein Bußgeldverfahren verbunden ist) als verfassungsrechtlich bedenklich ansieht. In Deutschland wird die Vorschrift daher auch tatsächlich so ausgelegt, dass die Behörde zunächst die strukturelle Vergleichbarkeit nachzuweisen hat, bevor auf einen Missbrauch geschlossen werden darf. Vom Marktbeherrscher ist erst die sachliche Rechtfertigung nachzuweisen. (Wobei im Bußgeldverfahren auch die sachliche Rechtfertigung amtswegig von der Behörde zu berücksichtigen ist (siehe 47. Sondergutachten, S 12 ff Rz 14).

b) Beweisspflicht des (behördlichen) Antragstellers vor dem Kartellgericht bzw. Amtswegigkeit:

Mit der in Aussicht genommenen Regelung soll die Beweislast für die Rechtfertigung der vom Kartellgericht behaupteten Abweichung beim Versorgungsunternehmen liegen. Wie in jedem behördlichen Verfahren nach dem Außerstreitgesetz sind die Umstände, die die Zulässigkeit der Einleitung eines (Missbrauchs-) Verfahrens dartun, jedenfalls vom Antragsteller nachzuweisen bzw kommt die Amtswegigkeit zum Tragen.

Abgesehen davon, dass eine Umkehr der Beweispflicht gerade im Bußgeldverfahren rechtsstaatliche und verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft und gerade auch nicht dem deutschen Vorbild entspricht (siehe oben a), kann dem Entwurf nicht einmal ausreichend klar entnommen werden, wie weit die Beweislastumkehr zu Lasten des Energieversorgungsunternehmens reichen soll. Es ist daher - sollte die Beweislastumkehr überhaupt aufrechterhalten werden - dringend eine darauf abzielende Klarstellung geboten.

Tatbestandsvoraussetzung für das gerichtliche/behördliche Einschreiten ist insbesondere ein Abweichen von der strukturellen Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen und Märkte, sodass auch hiezu eine qualifizierte Nachweispflicht der Behörde gegeben sein muss. Eine diesbezügliche Beweisführung wäre einem Versorgungsunternehmen auch gar



nicht möglich, denn nur eine Behörde kann im Rahmen einer Ermittlungstätigkeit überhaupt über die Kalkulationsgrundlagen anderer Unternehmen und damit über Informationen hinsichtlich der Vergleichbarkeit von Märkten verfügen. Einem Versorgungsunternehmen ist ein diesbezüglicher „Freibeweis“ schon von vorneherein unmöglich. Eine diesbezügliche Beweispflicht wäre daher völlig unsachlich, ein echter Rechtsschutz für Versorgungsunternehmen systemimmanent ausgeschlossen. Die vorgeschlagene Regelung wäre daher grundrechtswidrig und würde auch dem rechtsstaatlichen Grundprinzip widersprechen, zumal kein im Sinn des Art 18 B-VG gebotener Rechtsschutz zustehen würde (vgl etwa Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> [2007] Rz 165).

Dringend zu fordern ist demnach die Regelung der Beweispflicht des Antragstellers/ des Kartellgerichts für

- die Marktbeherrschung,
- die Forderung von Entgelten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten,
- die strukturelle Vergleichbarkeit von Märkten und Unternehmen
- die Identifikation jener Kosten, die sich „im Wettbewerb“, also offenbar bei funktionierendem Wettbewerb, einstellen

Insbesondere zur Frage, welche Kosten sich „im Wettbewerb“ einstellen können, ist anzumerken, dass eine „ex post Entgeltkorrektur“ ein typisches Element einer ex ante Preisregulierung ist - siehe etwa die Entgeltfestsetzung für Netzbetreiber, deren Kosten und Erlöse ex ante festgelegt werden und unangemessene Erlöse mittels eines „Regulierungskontos“ iS des § 71 GWG und § 50 ELWOG nachträglich ausgeglichen werden.

Im vorliegenden Zusammenhang ist eine solche Vorgehensweise jedoch unsachlich. Im Ergebnis würde nämlich ein am freien Markt tätiges Unternehmen, das anhand seiner Kosten ex ante die Preise festsetzt, ex post mit der Ansicht einer Behörde oder eines Gerichts konfrontiert, dass bestimmte Kosten von diesen nicht anerkannt werden. Dies setzt die betroffenen Unternehmen einem unkalkulierbaren Risiko aus. Unbeschadet des Umstandes, dass gerade Energiepreise im Bereich von Elektrizität und Erdgas nach dem Willen des Gesetzgebers unreguliert bleiben sollen, ist eine derartige „ex post Entgeltkorrektur“ in einem Missbrauchsverfahren strikt abzulehnen.

Die in Aussicht genommene Regelung ist völlig undeterminiert und bietet keinen wie immer gearteten Anhaltspunkt, in welche Richtung und in welchem Ausmaß die Korrektur erfolgen soll. Unter dem Gebot der mangelnden Determiniertheit erscheint sie verfassungswidrig; unter der Sanktion der Missbrauchsdrohung erscheint sie gleichfalls ein unsachlicher Eingriff in die Erwerbsfreiheit.

#### D. Die Wirkungen dieser Bestimmung sind wettbewerbshemmend:

In ihrem aktuellen 63. Sondergutachten hat die Monopolkommission insbesondere wegen der schädlichen Wirkung für die Wettbewerbsentwicklung im Energiesektor dringend empfohlen, von einer unnötigen Verlängerung der befristeten Regelung des § 29 GWB abzusehen.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Monopolkommission, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 105.

Nach Ansicht der Monopolkommission kann eine Preiskürzung aufgrund kartellrechtlicher Maßnahmen mit wettbewerblichen Fehlwirkungen verbunden sein; dies ist gerade in Märkten von besonderer Relevanz, in denen der Wettbewerb gestärkt werden soll.<sup>9</sup>

Die Preise der Altanbieter können durch einen kartellrechtlichen Eingriff auf ein für potenzielle Wettbewerber bzw. Neueinsteiger kaum abzuschätzendes Niveau gesenkt und so unmittelbar die Renditechancen für Neuanbieter reduziert werden. In der Folge besteht für Neuanbieter eine abschreckende Wirkung, in den Markt einzutreten, und für die Kunden des Altanbieters ein geringerer Anreiz, zu einem bereits in den Markt eingetretenen Neuanbieter zu wechseln. Im Ergebnis wird echter und wirksamer Wettbewerb durch die Reduzierung von Markteintritten und die Schwächung des Wechselverhaltens gebremst.<sup>10</sup> Vielmehr wird damit eine Tendenz zur andauernden Missbrauchsaufsicht und somit letztlich zur Preisregelung eingeleitet. Dies stellt einen Systemumbruch von einem wettbewerblichen hin zu einem preisregulierten System dar.

Das Ziel der Liberalisierung der Energiemärkte, nämlich einen wirksamen Wettbewerb zu schaffen, durch den auch das Preisniveau selbstständig kontrolliert wird, wird durch die Einführung der speziellen Preismissbrauchsaufsicht konterkariert. Dies steht auch im Widerspruch zu den Erläuterungen, wonach als Inhalt der Novelle u.a. die Stärkung des Wettbewerbs angeführt wird.

Entgegen dem von der Liberalisierung angestrebten Wettbewerbsmodell findet die Nachfrageseite im Vergleichsmarktkonzept kaum und im Gewinnbegrenzungskonzept keine Berücksichtigung. Diese Modelle beschränken sich vielmehr auf einen Vergleich von Preisen und Kosten. Wie die deutsche Monopolkommission in ihrem 59. Sondergutachten gezeigt hat, sind die praktischen Probleme, die sich bei der Bestimmung des „richtigen“ Preis- und Kostenniveaus stellen (zB Bestimmung des Referenzunternehmens, des Referenzzeitraums, Anerkennung verschiedener Kostenpositionen) aber erheblich.

Bereits vor der Einführung dieser Regelung in Deutschland hat die Monopolkommission in einem Sondergutachten deutlich gemacht, dass sie die Norm in dieser Form für verfehlt hält.<sup>11</sup> In ihren Sondergutachten zum Energiesektor hat sie diese Bedenken erneuert und anhand der bisher vom Bundeskartellamt durchgeführten Verfahren im Gas- und Heizstromsektor zudem schwerwiegende operative Probleme der Vorschrift aufgezeigt.<sup>12</sup>

Die Monopolkommission hat ganz grundsätzliche Bedenken, ob das allgemeine Kartellrecht sich für die Durchführung einer eigenen sektorspezifischen Preismissbrauchsaufsicht eignen kann. Die Kommission kommt zum Ergebnis, dass mit § 29 GWB vor allem kurzfristige politische Ziele verfolgt werden um den Eindruck zu vermitteln, man könne auf diese Weise die gesamte Preissetzung im Energiesektor kontrollieren, obwohl bei dieser Art der Kontrolle der Endkundenpreise tatsächlich nur das Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette untersucht wurde.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 95, 96.

<sup>10</sup> Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 98.

<sup>11</sup> Vgl. ausführlich zu den Wirkungen des § 29 GWB Monopolkommission, Sondergutachten 47, a.a.O., Tz. 14 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 710 ff.

<sup>13</sup> Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 100, 104.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass durch die Regelung der Wettbewerb im Bereich von Elektrizitäts- und Erdgasmarkt nicht gefördert, sondern gebremst wird, erhebliche Rechtsunsicherheit in den Markt gebracht wird und erhebliche Bürokratiekosten durch die de facto-Preisregelung verursacht werden.

E. Die in Aussicht genommene Bestimmung ist mit dem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit uU nicht vereinbar

Wie bereits angedeutet, ist die in Aussicht genommene Bestimmung nicht nur geeignet, den Markteintritt neuer Anbieter unattraktiv zu machen, sondern es bestehen gewichtige Argumente, dass die potentielle Wirkung des § 2a des Entwurfes gar in Widerspruch zur Warenverkehrsfreiheit, insbesondere zu Art 34 AEUV steht. Dieser Umstand wurde der deutschen Literatur mit Hinblick auf eine Neufassung des § 29 GWB im Jahre 2007 bereits aufgezeigt (siehe zB Ehrliche - Die Vereinbarkeit des geplanten § 29 GWB n.F. mit den Warenverkehrsvorschriften des EG-Vertrages; EuZW 2007, 717, dessen grundlegende Bedenken an dieser Stelle in Erinnerung gerufen werden sollen).

Insb wurde ins Treffen geführt, und dem ist in Bezug auf den in Rede stehenden § 2a des Entwurfes ausdrücklich zuzustimmen, dass sich eine derartige Entgeltkontrolle faktisch wie eine (mittelbare) Festsetzung von Höchstpreisen auswirkt. So sind marktbeherrschende Unternehmen in der Praxis regelmäßig die „price setter“, an denen sich andere Unternehmen in Bezug auf den am Markt erzielbaren Preis orientieren, und folglich wird auch ein mittels der Missbrauchskontrolle des in Aussicht genommenen § 2a als nicht-missbräuchlich angenommener Preis regelmäßig die Obergrenze für alle Marktteilnehmer darstellen. Zwar wären (auch) ausländische, nicht-marktbeherrschende Unternehmen theoretisch frei, für ihre Produkte höhere Preise zu verlangen, dies wird einem rationalen unternehmerischen Verhalten jedoch oftmals nicht entsprechen.

Ausgehend davon, dass der § 2a des Entwurfes sohin (mittelbar) die Wirkung einer „Höchstpreisfestsetzung“ oder „Höchstpreisspannenfestsetzung“ entfaltet, wofür einiges spricht, könnten Ertragserwartungen der Unternehmen daher von vorneherein gekappt werden, was wiederum eine potentielle Behinderung der Einfuhr „ausländischer“ Energie bzw des freien Warenverkehrs darstellt - und damit uU eine Verletzung des Art 34 AEUV. Denn ist die mittelbare Höchstpreisregelung insb derart ausgestaltet, dass Importeure nur verlustbringend verkaufen können bzw Einfuhrerzeugnisse erschwert abzusetzen sind, weil der Höchstpreis zu niedrig angesetzt ist (etwa, weil Beschaffungs- und Einfuhrkosten, Kosten für grenzüberschreitende Kapazitäten und andere externe Kosten, eine unzureichende Liberalisierung oder sonstige gesetzliche Vorgaben im betreffenden Mitgliedsstaat, etc bei der Bildung des „österreichischen“ Höchstpreises nicht berücksichtigt werden bzw hier keine Rolle spielen), ist dies tatsächlich „als Maßnahme gleicher Wirkung“ iSd Art 34 AEUV zu qualifizieren (vgl EuGH, 26.2.1976, Rs 65/75 - Tasca, Rz 26/28). Es entspricht die beschriebene Situation auch einer mittelbaren Diskriminierung, da die Folgen einer Entgeltkorrektur nach § 2a des Entwurfs zwar unterschiedslos anwendbar sind, sich aber unterschiedlich auf in- und ausländische Energieversorger auswirken.

Es sprechen also gewichtige Argumente dafür, dass mit dem in Aussicht genommenen § 2a des Entwurfs eine Verletzung des Prinzips der Warenverkehrsfreiheit, insb des Art 34 AEUV,



einhergeht. Ob ein potentieller Widerspruch zum Primärrecht mit (weiteren) gesetzlichen Vorkehrungen allenfalls verhindert werden kann, wird an dieser Stelle bezweifelt.

F. Mangelnde Richtigkeitsgewähr durch beschränkte Kognition des Kartellobergerichts

[...]

Zu § 7 Abs 2a der Novelle zum NVG:

Mit der Bestimmung sollen die Bußgeldbestimmungen des Kartellgesetzes für die Sachverhalte des § 2a NVG eingeführt werden.

Wie bereits oben zu § 2a Pkt. A angesprochen, ist das NVG als Vorschrift zu verstehen, die das kaufmännische Wohlverhalten zwischen Unternehmen regelt. Die Sanktionen des NVG erschöpfen sich daher regelmäßig in der Herstellung des gesetzlich geforderten Zustandes sowie allenfalls in der Leistung von Schadenersatz. Die Durchsetzung des geforderten Zustandes mittels Bußgeld ist im NVG wesensfremd. Die Anordnung einer solchen Sanktion ausschließlich für die Anbieter der Sektoren von Elektrizität und Erdgas ist willkürlich und daher unsachlich gleichheitswidrig.

Neben diesen Bedenken aus dem Titel des verfassungsgesetzlich gebotenen Gleichheitsgrundsatzes ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung im Ergebnis bewirken würde, dass eine systemfremde Sanktion in das NVG eingeführt würde.

Schließlich ist zu beachten, dass die Beweislastregelung des § 2a im non liquet-Fall zulasten des Energieversorgungsunternehmens wirken würde.<sup>14</sup> Letztlich würde nach dem Entwurf daher nicht ein Missbrauch, sondern die Unmöglichkeit der Führung eines Beweises mit strafrechtsähnlichen Sanktionen geahndet werden; kartellrechtliche Geldbußen stellen nämlich strafrechtliche Anklagen iSd Art 6 EMRK dar.<sup>15</sup> Eine solche Strafdrohung im Zweifelsfall widerspricht aber grundlegenden verfassungsmäßigen Garantien (Art 6 Abs 2 EMRK).

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass § 2a NVG unbestritten auch civil rights betrifft, zumal die Frage der Gegenleistung für eine vom Unternehmer erbrachte Leistung und damit ein Recht vermögenswerter Natur angesprochen ist.<sup>16</sup> Selbstredend sind in einem solchen Verfahren die Grundsätze des Art 6 EMRK einzuhalten und den daraus sich ergebenden Anforderungen an ein faires Verfahren. Eine Beweislastumkehr kann daher nur insoweit normiert werden, als dem Betroffenen die Erbringung des Beweises im Sinn einer Waffengleichheit auch möglich ist. Da dies im vorliegenden Zusammenhang - wie bereits gezeigt - nicht gegeben ist, ist auch unter diesem Aspekt die Regelung verfassungswidrig. Diese Bestimmung hat daher jedenfalls ersatzlos zu entfallen.

Zu § 7 Abs 4 NVG idGF - Aufschiebende Wirkung:

Es widerspricht eklatant rechtsstaatlichen Prinzipien, Rechtsmittel gegen Anordnungen, die ihrem Inhalt nach nicht im Zuge eines umfassenden Verfahrens auf Basis der materiellen Wahrheitsfindung definiert wurden, sondern nur auf Basis von „non liquet“, also

<sup>14</sup> Vgl. Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 97.

<sup>15</sup> Vgl dazu mwN KOG 16 Ok 4/07; Raschauer, ÖZW 2008, 34.

<sup>16</sup> Vgl etwa Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht 10 (2007) Rz 1526 f.

Beweislast-regeln, gefunden wurden, a priori die aufschiebende Wirkung abzuerkennen. § 7 Abs 4 NVG in der geltenden Fassung, der die aufschiebende Wirkung von Rekursen ausschließt, fußt darauf, dass ein umfassendes, nicht durch ungewöhnliche Beweislastregeln beeinflusstes Verfahren abgeführt wurde und ist im Gesamtkontext des bestehenden NVG zu sehen, in dem es nur um die Setzung von faktischen Handlungen geht.

Dies gilt umso mehr für das in Rede stehende „Missbrauchsverfahren“, das durch Bußgelder erheblich sanktioniert werden soll. Das rechtsstaatlich geforderte Mindestmaß an Rechtsschutz würde jedenfalls erfordern, dass die aufschiebende Wirkung grundsätzlich zuerkannt, von der Rechtsmittelinstanz jedoch aberkannt werden kann, wenn aus besonderen, in der Lage des Einzelfalls gegeben Gründen eine besondere Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs gegeben und die Folgen für die Kunden eines Energieversorgungsunternehmens besonders gravierend erscheinen.