

KÜHNE+NAGEL



Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Bundesministerium für Justiz
team.z@bmj.gv.at

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
post@c14.bmwfi.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, unsere Nachricht vom	Name	DW	Datum
RM-J				28.02.2012

Betreff Ministerialentwurf Kartellgesetz- und Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

Zu dem vom Bundesministerium für Justiz und vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend eingebrochenen Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetz-Novelle 2012) und ein Bundesgesetz, mit dem das Wettbewerbsgesetz geändert wird (Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012) erlauben wir uns, wie folgt Stellung zu nehmen:

Grundsätzliche begrüßen wir einige der vorgeschlagenen Klarstellungen sowie die Anpassungen an die EU-rechtlichen Vorgaben. Allerdings enthält der Entwurf einige Änderungen, die aus wettbewerbspolitischer und verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich erscheinen.

1. Wettbewerbsgesetz-Novelle

§§ 11 a WettbG - Ermittlungsverfahren allgemein

Der Entwurf lässt nach wie vor eine zufriedenstellende und umfassende Behebung des Rechtsschutzdefizits im Ermittlungsverfahren vor der BWB vermissen. Vorauszuschicken ist, dass gem. dem geltenden § 11 Abs. 2 WettbG für Ermittlungen und „einfache“ Auskunftsverlangen der BWB die Bestimmungen des AVG nur eingeschränkt gelten (d.h. kein Recht auf Akteneinsicht und kein rechtliches Gehör)¹. Schon derzeit ist die BWB gemäß § 11 a Abs. 1 WettbG berechtigt, vor Ort Auskünfte zu verlangen. Diese Befugnis soll nun noch erweitert werden, indem von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens Erläuterungen zu Sachverhalten oder zu Unterlagen verlangt werden können.

¹ Fellner / Grunicke, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetz-Novelle 2005 (Teil 2), RdW 2005, 529



Im Hinblick auf die - schon in der geltenden Fassung des WettbG - verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung des Entschlagungsrechtes auf strafgerichtliche Verfolgung in § 11a Abs. 2 WettbG ist dieses erweiterte Auskunftsrecht abzulehnen. Freilich sieht das AVG in § 49 auch kein explizites Entschlagungsrecht wegen drohender Verwaltungsstrafen vor. Allerdings wird in den Erl. der Nov. BGBl I 2008/5 klargestellt, dass unter „strafrechtlicher Verfolgung“ neben der gerichtlichen auch die verwaltungsbehördliche Verfolgung zu verstehen ist. Darüber hinaus hat der VfGH bereits mehrfach ausgesprochen, dass eine gesetzliche Verpflichtung, die auf ein Gebot zur Selbstbeschuldigung oder zum Einbekenntnis, Täter im Sinne eines bestehenden Tatverdachtes zu sein, hinausläuft, im Widerspruch zum verfassungsrechtlich normierten Anklageprinzip gem. Art. 90 Abs. 2 B-VG steht. Jeder gegen einen Beschuldigten gerichtete behördliche Eingriff, der diesen unter Strafsanktion verpflichtet, an der Wahrheitsfindung durch ein (mündliches) Geständnis mitzuwirken, widerspricht dem Anklageprinzip²

Obwohl kartellrechtliche Bußgeldverfahren nach h.M. strafrechtsähnlichen Charakter haben, sind Unternehmen, die Gegenstand von Ermittlungen sind, rechtlich schlechter gestellt als in Ermittlungsverfahren nach der StPO oder in Verwaltungsstrafverfahren. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen sollten daher Ermittlungshandlungen der BWB nur auf Grundlage des AVG geführt werden.³ Zumindest sollte jedoch normiert werden, dass der Betroffene auch bei Ermittlungen nach § 11a WettbG eine Vertrauensperson – analog § 12 WettbG (Hausdurchsuchungen) – zuziehen darf.

§ 11a Abs. 5 WettbG

Die oben dargelegten Defizite im Rechtsschutz würden nach der vorgeschlagenen Novellierung noch verschärft. Künftig soll die BWB die Herausgabe (selbstbeziehender) Informationen auch unter Anwendung des AVG mit Bescheid anordnen und im Falle, dass „keine, unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte“ erteilt werden, eine Verwaltungsstrafe verhängen können. Widerspricht schon die Einschränkung des Rechtes die Aussage nur im Falle strafgerichtliche Verfolgung zu verweigern dem verfassungsrechtlichen Anklageprinzip, so können an der Verfassungswidrigkeit einer Strafandrohung bei irreführenden oder unvollständigen Auskünften kaum Zweifel bestehen.

Gänzlich abzulehnen ist jedoch die vorgeschlagene Befugnis der BWB, auch für unrichtige oder irreführende Angaben aufgrund „einfacher“ Auskunftsverlangen gem. § 11a Abs. 2 WettbG Geldbußen zu verhängen.⁴

Darüber hinaus brächte die Einrichtung eines zusätzlichen Instanzenzuges in Kartellsachen wohl kaum die gewollte Effizienzsteigerung, sondern würde diese in der Praxis – angesichts des Instanzenzuges an den UVS und eingeschränkt an den VwGH – eher zu einer Verfahrensverlängerung führen. Auch sollte von der bewährten Praxis des einheitlichen Vollzugs des Kartellrechts durch das Kartellgericht und das Kartellobergericht nicht abgewichen werden.

² vgl. VfSlg. 18164 mwN

³ Für Hausdurchsuchungen sollen selbstverständlich weiterhin die einschlägigen Bestimmungen der StPO gelten. Satz 2 in § 11 Abs. 2 WettbG wäre somit entsprechend anzupassen.

⁴ Wie oben dargelegt hätte der Adressat einer solchen Geldbuße nicht einmal Akteneinsicht!



Zusammenfassend sollte die Herausgabe von Geschäftsunterlagen und Erteilung von Auskünften auch weiterhin nur von einem unabhängigen Gericht angeordnet werden können.

2. Kartellgesetz-Novelle 2012

§ 37a - Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen

In Anbetracht der mit „Private Enforcement“ verbundenen komplexen schadenersatz- und verfahrensrechtlichen Fragen ist eine intensivere Auseinandersetzung des Gesetzgebers (zumindest in den Erl) mit dieser Materie notwendig. Die fast wortgleiche Übernahme des § 33 Abs. 3 GWB durch § 37a Abs. 1 KartG bringt für sich allein noch keine Rechtssicherheit. Wenn künftig auch indirekte Abnehmer von Kartellanten Anspruch auf Schadenersatz haben sollen, müsste klargestellt werden, dass im Falle der Weiterwälzung des Kartellaufschlages durch den Kläger ein Vorteilsausgleich gemäß den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen stattzufinden hat.⁵

Auch bei der Frage der Festsetzung des Schadenshöhe sollte nicht von bewährten Grundsätzen des Schadenersatzrechtes abgewichen werden. Der bloße Verweis auf den anteiligen Gewinn lässt u.a. die Frage offen, ob nur der durch den Kartellverstoß erzielte Mehrgewinn oder der gesamte Gewinn des Kartellanten zu berücksichtigen ist.

Der Gesetzgeber sollte bei der Formulierung des § 37 a KartG jedenfalls danach trachten, den im österreichischen Schadenersatz- und Zivilverfahrensrecht etablierten Ausgleich zwischen Kläger- und Beklagteninteressen Rechnung zu tragen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass künftig missbräuchlich Schadenersatzklagen eingebracht werden.

Zusammenschlusskontrolle

Diese Novelle sollte zum Anlass genommen werden, das Thema der Auslandszusammenschlüsse einer Lösung zuzuführen, die sowohl unnötige bürokratische Hürden für (internationale) Unternehmen beseitigt als auch den völkerrechtlichen Schranken Rechnung trägt.

Aufgrund des von der BWB extensiv ausgelegten Wirkungsprinzips⁶ und mangels höchstrichterlicher Konkretisierung desselben muss ein Zusammenschluss in der Praxis derzeit auch dann angemeldet werden, wenn beide am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ihren Sitz im Ausland haben und die Beteiligten die weltweiten und inländischen Umsatzschwellen in § 9 KartG 2005 überschreiten. Dies gilt selbst dann, wenn weder Erwerber noch ausländisches Zielunternehmen im Inland Niederlassungen unterhalten oder über Assets verfügen, das Zielunternehmen jedoch nur minimale Umsätze in Österreich erzielt.

Diese Auslegung durch die BWB führt für viele internationale Unternehmen dazu, dass Zusammenschlüsse, an denen nur ausländische Unternehmen beteiligt sind, nicht selten nur in dem Land, in dem sich der Zusammenschluss verwirklicht, und in Österreich anzumelden sind.

⁵ Vgl. jüngst BGH, KZR 75/10 (SD-Papier)

⁶ BWB selbst spricht davon, dass sie das „Kriterium der mangelnden Inlandsauswirkung restriktiv auslegt“

KÜHNE+NAGEL



Diese Praxis lässt sich u.E. weder mit den wettbewerbspolitischen Zielen des KartG noch mit völkerrechtlichen Vorgaben in Einklang bringen⁷. Legistisch ließe sich das Problem ganz einfach lösen, indem – wie in einigen nationalen Kartellgesetzen im CEE - Raum verwirklicht – in § 9 KartG eine eigene inländische Umsatzschwelle für das Zielunternehmen definiert wird oder die inländische Umsatzschwelle zumindest von zwei am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu erreichen ist. Alternativ könnte der Gesetzgeber zumindest das in § 24 Abs. 2 KartG 2005 statuierte Wirkungsprinzip iSd Effect Doctrine⁸ konkretisieren.

Wir ersuchen höflich um Berücksichtigung unserer Kommentare.

Mit freundlichen Grüßen

**Kühne + Nagel
Eastern Europe Aktiengesellschaft**

ppa. Dr. Alexander Grunicke
General Counsel / Leiter Recht

⁷ Vgl. auch *ICC Competition Commission*, Merger Control Initiative

⁸ T-102/96, *Gencor / Kommission*; vgl. auch BKartA, Merkblatt zur Inlandsauswirkung (www.bundeskartellamt.de)