

Bundesministerium für Justiz
zH Herrn SC Dr. Georg Kathrein
Museumsstraße 7
1070 Wien

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

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
zH Herrn SC Dr. Michael Losch
Stubenring 1
1011 Wien

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

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 29. Februar 2012

**Stellungnahme der Industriellenvereinigung zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit
dem das Kartellgesetz geändert wird**
BMJ –Z9.100/0001-I 4/2012

sowie

**Stellungnahme der Industriellenvereinigung zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit
denen das Wettbewerbsgesetz und das Nahversorgungsgesetz geändert werden**
BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Industriellenvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zu den vorliegenden
Gesetzesentwürfen Stellung zu nehmen.
Dem Ersuchen des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend, die
Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates im elektronischen Weg zu übermitteln,
wurde entsprochen.

Novelle 2012 Kartellgesetz

Einzelne Aspekte zur Novelle:

§ 4 Abs 1a und 2a

Es sollen die Regelungen des § 19 Abs 2 und 3 dGWB betreffend die gemeinsame Marktbeherrschung in das österreichische Recht übernommen werden.

Der neue Tatbestand sieht damit eine zusätzlich Umkehr der Beweislast vor, die kritisch gesehen wird.

Auch sollte vor einer Übernahme der deutschen Regelung deren Kontext und nationaler Anwendungsbereich in Betracht gezogen werden, aus dem heraus sich Regelungszweck und Verfahren ergeben und der unter Umständen nicht 1:1 auf das österreichische Kartellgesetz und -verfahren umlegbar ist.

§ 5 Abs 1 Z 1

Die bestehende Ziffer 1 entspricht nahezu ident dem Wortlaut von Art 102 lit a AEUV („der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;“).

Aus den Erläuterungen geht nicht hervor, warum man von einer an das EU-Recht angelehnten Formulierung zu Gunsten der Formulierung des deutschen Rechts abgeht. Damit einhergehend finden sich in der angedachten Formulierung auch zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe („mit hoher Wahrscheinlichkeit“, vergleichbarer Markt“) für die es in Österreich auch keine Judikatur gibt. Naturgemäß wird man sich an der Auslegung der deutschen Rechtsprechung orientieren können, die Formulierung birgt aber ein darüber hinaus gehendes Potential an Rechtsunsicherheit für die Normunterworfenen.

Im Übrigen möchten wir im Hinblick auf die Übernahme von deutschen Regelungen auf die zu § 4 gemachten Anmerkungen verweisen.

§ 11 Abs 1a und § 14 Abs 1

Die vorgesehene Ermöglichung der Verlängerung der Fristen auf Antrag des Anmelders im Zusammenschlussverfahren wird begrüßt.

Hinsichtlich der angedachten Fristen möchten wir anmerken, dass die Verlängerung der Frist im Rahmen des Prüfungsantrags um 2 Wochen positiv gesehen wird.

Im Hinblick auf die Interessen der Unternehmen an einer raschen Entscheidung vor dem Kartellgericht würden wir eine Verlängerung um 4 Wochen in Phase II befürworten.

§ 28 Abs 1a

Betreffend Ziffer 1 möchten wir anregen, die Beschränkung der Antragsbefugnis, die aus den Erläuterungen hervorgeht, auch im Gesetzestext festzuhalten.

Bei der Einführung von § 28 Abs 1 mit dem KartG 2005 sollte, den Materialien zufolge, dem „berechtigten Interesse“ im Sinne der Art 7-9 VO 1/2003 gefolgt werden.

An einer Feststellung früherer Zuwiderhandlungen besteht nach der europäischen Praxis hingegen kein berechtigtes Interesse, wenn damit im Wesentlichen die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vor den nationalen Gerichten erreicht werden soll (Jura in Langen/Bunte10, Band 2, VO 1/2003, Art 7, RN 3; Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, S. 158).

Durch die nun eingeführte Bestimmung in Abs 1a Ziffer 2 steht das „berechtigte Interesse“ nicht mehr in Einklang mit der Europäischen Praxis.

§ 30

Der Terminus „vorgegangen ist“ in Absatz 2 Z 1 sollte gegen den Begriff „rechtskräftig verurteilt“ ausgetauscht werden. Dies würde der Randziffer 28 der Bußgeldleitlinien der Kommission ABI. C 210 vom 1.9.2006 und dem dort verwendeten Begriff „festgestellt hat“ entsprechen. Nur eine rechtskräftige Entscheidung sollte als Erschwerungsgrund bei der Bußgeldbemessung zu tragen kommen.

§ 37

Die Erläuterungen halten fest, dass sich der Umfang der Entscheidungsveröffentlichung an Art 30 der VO 1/2003 orientiert. Dieser sieht vor: „Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.“

Die Formulierung des Entwurfs zu § 37 enthält allerdings zusätzlich einen Halbsatz, der den Rechtsanspruch auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen explizit ausschließt.

Die Erläuterungen bieten keinerlei Begründung hierfür.

Der Ausschluss des Rechtsschutzes in § 37 letzter Halbsatz ist nicht nachvollziehbar und aus Sicht der Industrie abzulehnen.

Betreffend den Inhalt der Entscheidungsveröffentlichung sollte man sich ebenfalls an den Vorgaben der Europäischen Kommission orientieren, und verweisen auf die Ausführungen zu diesem Themenkomplex in der Studie des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ 2010.

§ 37a

Durch die Novelle soll eine zivilrechtliche Sonderbestimmung im Kartellgesetz für Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen eingeführt werden, die darüber hinaus zusätzliche Vereinfachungen und Erleichterungen vorsieht.

Vor dem Hintergrund, dass es in Österreich bereits derzeit möglich ist, Schadenersatzklagen als Folge von Kartellverstößen durchzusetzen, ist kein dringender Handlungsbedarf ersichtlich.

Auch die Sonderbehandlung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche gegenüber sonstigen Ersatzansprüchen (Verzinsung, Verjährungsunterbrechung) ist unseres Erachtens unsachlich, begünstigt missbräuchliche Klagen und setzt damit letzten Endes nur zusätzliche Anreize in Richtung einer kommerziellen Klageindustrie nach US-amerikanischem Vorbild.

Im Wesentlichen wurde die Formulierung des § 33 dGWB übernommen, wobei wir darauf hinweisen möchten, dass die deutschen Regelung in ihrem innerstaatlichen Kontext zu sehen ist und sich nicht augenscheinlich in das in Österreich bestehende zivilrechtliche System eingliedern lässt.

Auch möchten wir festhalten, dass § 33 dGWB auch in Deutschland nicht unumstritten ist. Vor Übernahme dieser Regelung in das Österreichische Recht sollten daher die laufenden Diskussionen in Deutschland reflektiert werden und eine eingehende Auseinandersetzung darüber geführt werden, ob oder in welcher Form diese Bestimmung für Österreich anwendbar ist.

Die Industriellenvereinigung ist der Ansicht, dass die Bestimmung zu Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen einer vertieften Diskussion bedarf und daher noch nicht mit dieser Novelle in das Österreichische Recht eingeführt werden sollten.

§ 39 Abs 1

Aus unserer Sicht ist der bestehenden Formulierung des § 39 Abs 1 der Vorzug zu geben.

§ 47

Die Möglichkeit einer Teilnahme von Regulatoren ohne Parteistellung an einem Verfahren, von dem die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, ist für uns sachlich nicht nachvollziehbar. Auch den Erläuterungen kann diesbezüglich nichts entnommen werden.

Wir möchten die Novelle des Kartellgesetzes zum Anlass nehmen, zum Thema **Auslandszusammenschlüsse** eine Änderung in § 9 Abs 1 KartG anzuregen. Um einerseits die BWB von unnötigen Aufwand zu entlasten und andererseits eine Angleichung an die diesbezüglichen Vorschriften in vielen anderen europäischen Staaten zu erreichen, sollte ein Zusammenschluss in Österreich nur dann anmeldungsbedürftig sein, wenn zumindest zwei am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen jeweils eine bestimmte Umsatzschwelle im Inland überschreiten.

Novelle 2012 Wettbewerbsgesetz**Allgemeines:**

Wettbewerb trägt durch die Förderung von Innovation und Investition zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts bei. Wesentlich ist dabei, Rechtssicherheit und ein stabiles, langfristiges Umfeld für Investitionsentscheidungen zu schaffen.

Eine Wettbewerbspolitik, die diesen Forderungen Rechnung trägt, wird von der Industriellenvereinigung unterstützt.

Einmal mehr möchten wir im Rahmen dieser Novelle die bestehende Aufsplinterung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen in ein Wettbewerbsgesetz und ein Kartellgesetz als Folge der Kompetenzaufteilung zwischen BMWFJ und BMJ ansprechen, die für die Industrie nicht nachvollziehbar ist.

Wir befürworten und unterstützen daher Überlegungen im Hinblick auf eine Zusammenführung der beiden - sachlich nicht zu trennenden - Rechtsmaterien in einem einzigen Gesetz.

In Folge erlauben wir uns, einige aus unserer Sicht wesentliche Inhalte der Novelle zu erörtern.

Einzelne Aspekte zur Novelle:**§ 11a Absatz 1 Z 3**

Die Ausweitung der bereits bestehenden Befugnis, vor Ort alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen - dahingehend, „von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen“, - wird von uns kritisch gesehen.

Die Erweiterung der Befugnis auf alle Beschäftigten des Unternehmens ist insbesondere in Verbindung mit den Absätzen 3 - 5 problematisch. Die Auskunftspflicht muss jedenfalls auf die Vertreter des Unternehmens analog zu Absatz 2 beschränkt bleiben.

§ 11a Absatz 3

Ziel des Entwurfes ist eine Stärkung der Bundeswettbewerbsbehörde, insbesondere durch eine Erweiterung ihrer Befugnisse im Rahmen von Ermittlungen durch die Erleichterung der Erlangung von Auskünften von Unternehmen mittels Bescheid.

Die Kompetenzen der BWB sollen damit an jene der Europäischen Kommission angeglichen werden.

Generelle Anmerkungen:

Wir möchten an dieser Stelle darauf hinweisen, dass sich sowohl die Behörden als auch die Wettbewerbsstruktur mit anderen Mitgliedsstaaten oder der Europäischen Kommission nur sehr schwer vergleichen lassen. Insbesondere unterscheiden sich die Nationalen Wettbewerbsbehörden auch durch ihre personelle Ausstattung wesentlich von der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde.

Die Trennung zwischen Ermittlungsbehörde und Entscheidungsbehörde ist ein wesentlicher rechtsstaatlicher Grundsatz in Österreich.

Wir möchten auch auf die Studie des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ der Österreichischen Sozialpartner 2010 verweisen: „Aus Beobachtung der laufenden Anwendungspraxis und der überwiegenden Meinung der Experten gelangen die Sozialpartner zur Auffassung, dass sich die gegenwärtige Entscheidungsstruktur des Kartellrechtsvollzugs in Österreich grundsätzlich bewährt hat. Die strikte Trennung zwischen den Aufgriffsbehörden Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde – letztere auch als Ermittlungsbehörde – und dem Kartellgericht als Entscheidungsbehörde wird wegen der dadurch ermöglichten objektiven und qualitativ hochwertigen Entscheidungsfindung als Best-Practice-Beispiel angesehen.“

Im Regierungsübereinkommen wird zudem festgehalten: „Ermittlungsbefugnis (BWB) und Entscheidungsbefugnis (Kartellgericht) sind, um ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten, wie bisher zu trennen.“

Inhaltliche Anmerkungen:

Der Entwurf sieht hinsichtlich der Auskunftserteilung keine wie in Absatz 2 enthaltene Entschlagungsmöglichkeit vor dem Hintergrund einer eventuellen strafgerichtlichen Verfolgung vor. Es ist zumindest fraglich, ob er damit nicht gegen Art 90 Absatz 2 B-VG verstößt, denn eine gesetzliche Verpflichtung, die auf ein Gebot zur Selbstbeschuldigung hinausläuft, steht im Widerspruch zum verfassungsrechtlich verankerten Anklageprinzip. Weiters hat im gegenwärtigen Verfahren vor dem Kartellgericht gemäß § 11a Absatz 3 der Rekurs gegen den Beschluss des Kartellgerichts grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Der Entwurf sieht vor, dass einer Berufung gegen diesen Bescheid keine aufschiebende Wirkung zukommt, diese ist eigens zu beantragen.

Unter beiden Aspekten stellt sich die Frage eines ausreichenden Rechtsschutzes bzw der ausreichenden Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der auskunftspflichtigen Unternehmen.

Die Industriellenvereinigung spricht sich aus den oben angeführten Gründen daher gegen die Ausweitung der Befugnisse der BWB in Richtung Bescheidkompetenz aus. Um ihre bestehenden Möglichkeiten zur Ermittlung besser umsetzen zu können, sollte die BWB aber mit mehr personellen Ressourcen ausgestattet werden.

§ 11a Absatz 5

Wenn der Auskunftspflichtige entgegen einem Bescheid keine, unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskünfte erteilt, begeht er eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe von bis zu € 50.000,- bedroht ist.

Für Auskünfte nach Absatz 2 wird eine Verwaltungsstrafe von bis zu € 10.000,- vorgesehen, wenn unrichtige oder irreführende Angaben gemacht werden.

Zur Strafhöhe ist anzumerken, „dass ein vom Gesetzgeber als besonders sozialschädlich bewertetes und demgemäß mit schwerwiegender Geldstrafe bedrohtes Verhalten verfassungsrechtlich der Strafgerichtsbarkeit vorbehalten ist“ (VfSlg. 12151/1989).

Es ist zu hinterfragen, ob die vorgesehene Geldstrafe mit den Erkenntnissen des VfGH in Einklang zu sehen ist.

Der vorgeschlagene Absatz 5 wird aus Sicht der Industriellenvereinigung daher abgelehnt.

§ 12 Absatz 5

Das bisher geltende Widerspruchsrecht soll auf den Hinweis, dass bestimmte Unterlagen vom Durchsuchungsbeschluss nicht umfasst sind sowie auf gesetzlich anerkannte Pflichten zur Verschwiegenheit (Berufsgeheimnis) wie in § 112 StPO eingeschränkt werden.

Diese Einschränkung stellt einen massiven Eingriff in den Rechtsschutz von Unternehmen dar und wird daher abgelehnt.

Wettbewerbsmonitoring

Falls es zur Etablierung eines Wettbewerbsmonitorings kommt, muss jedenfalls sichergestellt werden, dass § 11a in der im Entwurf vorgeschlagenen Form darauf nicht anwendbar ist.

Die Möglichkeit der BWB, mittels Bescheid und Strafe Auskünfte von Unternehmen für ein Monitoring vorzusehen, dass als Informations-, Entwicklungs- und Vergleichsdatenbank eingerichtet werden soll, ist gänzlich abzulehnen.

Novelle 2012 Nahversorgungsgesetz

„§ 2a. (1) Einem Unternehmer ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität und leitungsgebundenem Erdgas (Energieversorgungsunternehmer) auf einem Markt, auf dem er allein oder zusammen mit anderen Energieversorgungsunternehmern eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung zu missbrauchen, indem er

1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmer oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn der Versorgungsunternehmer weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, oder

2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.
 Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden.

(2) Wer Abs. 1 zuwiderhandelt, kann auf Unterlassung im Sinne des § 26 KartG 2005 in Anspruch genommen werden. Die Nachweispflicht nach Abs. 1 Z 1 gilt nur in Verfahren vor dem Kartellgericht.“

Die IV hat sich in der Vergangenheit immer für Wettbewerb, Marktbelebung und Chancengleichheit auf den durch die hohe Konzentration gekennzeichneten Strom- und Gasmärkten eingesetzt. Die IV begrüßt daher grundsätzlich Maßnahmen zur Forcierung des Wettbewerbs und zur Verhinderung von Missbrauch der Marktmacht.

Die in § 2a Abs 2 normierte Umkehr der Beweislast würde allerdings einen tiefen Markteintritt bedeuten und ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Preise müssen damit de facto auf das Niveau des günstigsten Anbieters gesenkt werden. Dies konterkariert im Endeffekt den freien Wettbewerb, da der Anreiz fehlt, die Preise zu senken.

Daher hat die Monopolkommission in Deutschland nun das Auslaufen einer nahezu wortgleichen Bestimmung (§ 29 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB) aus 2007 mit 31.12.2012 empfohlen. Laut dem Bericht der Monopolkommission hat die Erfahrung in Deutschland gezeigt, dass der Eingriff des Bundeskartellamtes durch die de facto Preisfestsetzung die Märkte für aktive Wettbewerber eher unattraktiver gemacht hat.

Fraglich ist zudem, wie sich ein Unternehmen frei beweisen wird können, wenn als Vergleichsmaßstab Wettbewerber herangezogen werden, über deren Daten man natürlich nicht verfügt. Auch scheint die Beurteilung von angemessenen Preisen ex post in Hinblick auf das Bestimmtheitserfordernis bedenklich.

Unklare Formulierungen wie „vergleichbare Märkte“, „Kosten in unangemessener Weise überschreiten“ und „marktbeherrschende Stellung“ führen zu Rechtsunsicherheiten und bedürfen jedenfalls einer eindeutigen Definition.

Zu prüfen ist, ob die bestehende Regelungen und Instrumente ausreichen, um einem etwaigen Marktmisbrauch am Energiemarkt vorzubeugen. Dabei sollte insbesondere die Wirkung der Maßnahmen, die jüngst zur Marktbelebung durch das ElWOG 2010 und das GWG 2011 gesetzt wurden, abgewartet werden. Die bestehenden Kompetenzen und gesetzlichen Möglichkeiten müssen von den Behörden konsequent ausgeschöpft werden. Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit besten Grüßen

Mag. Ingrid Schopf eh
 Stv. Bereichsleiterin Recht

Mag. Christina Fürnkranz eh
 Bereich Industriepolitik