



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKARTELLANWALT

NKA 37/16

Schmerlingplatz 11
1016 Wien
Tel.: 01 52 1 52/3057
Fax: 01 52 1 52/3790

Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7

1070 Wien

Per e-mail: team.z@bmj.gv.at

Betrifft: Begutachtungsentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetz-Novelle 2016 – KartG-Nov 2016)

BMJ-Z9.100/0001-I 4/2016

I. Mit Note des Bundesministeriums für Justiz vom 26.8.2016 wurde unter anderem der Bundeskartellanwalt ersucht, zum dem im Betreff genannten Begutachtungsentwurf bis 5. Oktober 2016 Stellung zu nehmen.

Eine Ausfertigung der Stellungnahme wurde dem Präsidium des Nationalrats elektronisch an die Adresse begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt.

II. Der Bundeskartellanwalt dankt für die Übermittlung des Entwurfs und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben.

Vorweg ist anzumerken, dass sich der Bundeskartellanwalt intensiv in jene im Vorfeld

der Entwurfsredaktion tagende Arbeitsgruppe eingebracht hat, deren Beratungsergebnisse die Grundlage des vorliegenden Entwurfes bilden.

Wenngleich sich daher ein ausführliches Eingehen auf den gesamten Entwurf erübrigt, soll aber dennoch die Gelegenheit genützt werden, einzelne Punkte des Entwurfes kurz zu thematisieren:

Zu Z 5 des Entwurfs:

Die Anfügung dieser Bestimmung erscheint im Lichte der praktischen Erfahrungen im Zuge von Hausdurchsuchungen, insbesondere in Anbetracht der zunehmenden elektronischen Speicherung von relevantem Datenmaterial, für einen zeitgemäßen Kartellrechtsvollzug erforderlich und notwendig.

Zu Z 6 des Entwurfs:

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 37 Abs 1 erster Satz wird begrüßt.

Die damit erfassten Themenkomplexe (Veröffentlichung auch ab-/zurückweisender Entscheidungen bzw. Provisorialentscheidungen) waren zuvor vom Bundeskartellanwalt an den Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht herangetragen worden (16 Ok 1/14 bzw 16 Ok 14/13); das Höchstgericht zeigte sich allerdings auf Basis der aktuell geltenden Rechtslage hinsichtlich einer Veröffentlichung skeptisch und stand dieser daher abweislich gegenüber.

Die nun beabsichtigte Ergänzung schafft dafür eine entsprechende Rechtsgrundlage und steigert damit – wie es ja der Entwurf intendiert – fraglos die Transparenz der gerichtlichen Entscheidungspraxis.

Zu Z 7 des Entwurfs:

Diese stellt den eigentlichen „Kern“ der KartG-Nov 2016, nämlich die Umsetzung der Schadenersatz-Richtlinie, dar.

Die Umsetzung erfolgte in konziser und unionsrechtskonformer Weise und ist

grundsätzlich zu begrüßen. Das Anliegen der Schadenersatzrichtlinie, Personen, welchen durch einen Wettbewerbsverstoß Schaden zugefügt worden ist, zu entschädigen, ist wohlverstanden.

Worauf aber seitens der Amtsparteien bereits während des Diskussionsprozesses in der eingangs erwähnten Arbeitsgruppe immer wieder hingewiesen wurde, ist der Umstand, dass das Schwergewicht des Kartell- und Wettbewerbsrechtsvollzugs in der Praxis auch in Zukunft beim „public enforcement“ gelegen sein wird, mit dem das Kartell- und Wettbewerbsrecht „steht und fällt“. Alles, was diesen effizienten Vollzug schwächen könnte (und sei dies auch nur im Wege eines unbeabsichtigten „Kollateralschadens“) ist unbedingt zu vermeiden.

In der Überschrift des § 37I sollte es – wie ja auch im vorgeschlagenen Text – jedenfalls statt „Kartellanwalt“ korrekter Weise „Bundeskartellanwalt“ heißen.

Zu Z 10 des Entwurfs:

Dieser Vorschlag trägt sie dem Bedürfnis der Praxis nach Schaffung einer zweiten Tatsacheninstanz zumindest tendenziell Rechnung.

De facto geht die Rolle des Sachverständigen gerade im kartellgerichtlichen Verfahren viel weiter als in einem „normalen“ Gerichtsverfahren. Insbesondere (aber nicht nur) im Fusionskontrollverfahren erfolgt in der Phase der vertieften Prüfung die oftmals extrem ressourcenaufwendige Stoffsammlung – und damit der Befund - regelmäßig ausschließlich durch den Sachverständigen bzw durch dessen Apparat. Der Befund ist wiederum die Basis für das eigentliche Gutachten; beide werden oftmals „1:1“ vom Kartellgericht für die eigentliche Entscheidung übernommen bzw. darin „inkludiert“. Als festgestellter Sachverhalt sind sie dann Teil der gerichtlichen Entscheidung.

Aus Sicht des Bundeskartellanwalts ist die nunmehr vorgeschlagene Formulierung ein Kompromissvorschlag, dem bekanntlich eine lange - und durchaus gegensätzliche - Diskussion vorangegangen ist. Wie tragfähig und belastbar er allerdings in der Praxis sein würde, kann derzeit nicht abgeschätzt werden.

Ausgehend davon, dass mit Z 10 des Entwurfs eine strafprozessuale Bestimmung, nämlich § 281 Abs 1 Z 5a StPO, bewusst nachgebildet wurde, erscheint ein Blick auf

die entsprechende strafprozessuale (Entscheidungs-)Praxis zu dieser Bestimmung erforderlich. Wie durch eine informelle Diskussion mit in Strafsachen tätigen Rechtsmittelrichtern allerdings in Erfahrung gebracht werden konnte, wird in der Praxis von Rechtsmittelwerbern zwar der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a StPO manchmal angezogen, aber nur sehr selten erfolgreich (vor allem, weil diese Bestimmung gerade nicht die Bekämpfung der Beweiswürdigung ermöglicht). Hoffnungen, dass mit einem neuen § 49 Abs 3 wie vorgeschlagen eine vollwertige zweite Tatsacheninstanz substituiert werden könnte, werden also aller Voraussicht nach enttäuscht werden.

Jedenfalls erwähnt werden sollten aber mit einem neuen § 49 Abs 3 verbundene mögliche Probleme im praktischen Kartellrechtvollzug, insbesondere betreffend die Frage, ob und inwieweit – was wohl naheliegend sein wird – bei der Beurteilung von Rechtsfragen im Einzelfall Analogien zur Anwendung von § 281 Abs 1 Z 5a StPO zu ziehen sind. Dies vorausgesetzt, ist auf einige Punkte hinzuweisen:

Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a StPO ermöglicht im schöffen- und geschworenengerichtlichen Verfahren dem OGH zwar die Überprüfung der Tatsachengrundlage des Urteils, kann aber nur zum Vorteil des Angeklagten geltend gemacht werden (s zB *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹², § 281 Rz 62, und *Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, § 281 Rz 474, jeweils mwN). Wenn dies, „umgelegt“ auf das Kartellverfahren, allerdings bedeuten würde, dass sich – wie etwa im Geldbußenverfahren – ausschließlich das „angeklagte“, sprich belangte Unternehmen, nicht aber die quasi-„anklägerisch“ tätig werdenden Amtsparteien auf diesen Rekursgrund berufen können, wäre dies strikt abzulehnen.

Überhaupt erscheint fraglich, ob eine isolierte Regelungsgehalts-Übernahme lediglich des § 281 Abs 1 Z 5a StPO ausreichend ist, hängt doch die dort geregelte Tatsachenrüge insofern eng mit § 281 Abs 1 Z 5 StPO zusammen, als die Tatsachenrüge auf eine Bewertung des Gebrauchs der Beweiswürdigungsfreiheit innerhalb der von Z 5 definierten formalen Grenzen abzielt (vgl *Fabrizy*, Strafprozessordnung¹², § 281 Rz 63, und *Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, § 281 Rz 471, jeweils mwN).

Aus Sicht des Bundeskartellanwalts wäre diesen Bedenken jedenfalls Rechnung zu tragen, vorzugsweise im Gesetzeswortlaut selbst, zumindest aber mit entsprechenden

Klarstellungen in den Erläuterungen.

Zu Z 15 und 21 des Entwurfs:

Gleichsam an die kartellverfahrens-spezifischen Ausführungen eingangs zum vorigen Punkt anknüpfend ist festzuhalten, dass die bisherige organisations-spezifische Regelung des kartellgerichtlichen Sachverständigenwesens eine Sonderregelung darstellte, die wohl primär aus der Historie heraus zu erklären war.

Die nunmehr vorgeschlagene Neuregelung beabsichtigt nunmehr eine Abkehr von dieser bisherigen Regelung und die Überführung in das „normale“ Sachverständigenwesen, allerdings durch die Schaffung einer eigenen Fachgruppe „Wettbewerbsökonomie“, die den (unzweifelhaft gegebenen) fachlichen Besonderheiten des Kartellrechtsvollzuges im Vergleich zu „normaler“ Sachverständigentätigkeit Rechnung tragen soll.

Dies ist ebenso zu unterstützen wie die Intention, insgesamt die Unabhängigkeit und Qualität von wettbewerbsökonomischen Sachverständigen zu steigern.

Zu Z 16 des Entwurfs:

Mit dieser Bestimmung soll die Möglichkeit geschaffen werden, weitere Stellvertreter des Bundeskartellanwalts zu schaffen.

Die Personalausstattung des BKANw beträgt lediglich zwei Planstellen¹, nämlich jene des BKANw und seines Stellvertreters (BKAnw-Stv.). Diese Situation besteht unverändert seit dem Jahr 2002 (!), obwohl der Geschäftsanfall seit dem Jahr 2002 in quantitativer und qualitativer Weise sukzessive gestiegen ist und dem BKANw darüber hinaus seit 2002 zusätzliche Kompetenzen, etwa im Strafverfahren (§ 209b StPO) oder im Verbraucherbereich (wo der BKANw ist seit dem Jahr 2007 aufgrund des Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetzes² in Umsetzung europäischer Richtlinien³

¹ § 75 Abs 3.

² Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG / BGBl I Nr 148/2006).

³ Aufgrund der VO (EG) Nr 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz sind die Mitgliedstaaten unter anderem verpflichtet sicherzustellen, dass Behörden oder Gerichte zur

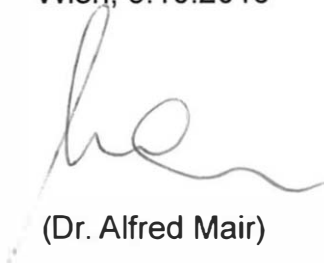
auch Verbraucherschutzbehörde und für mittlerweile insgesamt 10 Richtlinienmaterien zuständig ist) überantwortet wurden.

Eine Personalaufstockung stellt schlicht eine zwingende Notwendigkeit dar und war schon längst überfällig. Mit Z 16 des Entwurfs wird – spät, aber doch - die Basis dafür geschaffen.

Zu Z 17 und 18 des Entwurfs:

Damit wird lediglich die bereits Anfang 2015 in Kraft getretene Dienstrechtsnovelle BGBl I Nr 32/2015, die eine Änderung des § 66 RStDG (auf die § 79 Abs 2 inhaltlich Bezug nimmt) vorgenommen hat, nunmehr auch im KartG nachvollzogen. Der guten Ordnung halber ist aber darauf hinzuweisen, dass damit eine besoldungsmäßige „Besserstellung“ der Organwalter entweder gar nicht bzw lediglich in marginalem Umfang verbunden ist.

Wien, 5.10.2016

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'he' followed by a long, wavy horizontal stroke.

(Dr. Alfred Mair)