

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1010 Wien

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

ZI. 13/1 16/134

BMJ-Z9.100/001-I 4/2016
BG, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetz-Novelle 2016 – KartG-Nov 2016)

Referenten: **MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwalt in Wien**
Dr. Franz Stenitzer, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

1. Vorbemerkungen

Mit dem Entwurf soll zum einen die Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl Nr L 349 vom 5.12.2014, S 1; in der Folge kurz: „Richtlinie“) umgesetzt werden. Außerdem sollen im KartG Änderungen zur Erreichung des im Regierungsübereinkommen festgelegten Ziels „Faire Spielregeln für Wettbewerb schaffen“ vorgenommen werden. Schließlich greift der Entwurf einige Vorschläge aus der Studie des Wirtschafts- und Sozialbeirats Nr 87, 2014 „Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht“ sowie Anregungen aus der Vollzugspraxis auf.

Bei der Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht stellt aus Sicht des ÖRAK die Abwägung zwischen den Interessen an einem funktionierenden und wirksamen Vollzug durch die Wettbewerbsbehörden einerseits und an der Erleichterung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Form von Schadenersatzklagen andererseits die zentrale Problemstellung dar. Nach Auffassung des ÖRAK begegnet der Vorschlag teilweise mit innovativen Ansätzen den sondergesetzlichen Herausforderungen durch die RL, namentlich der Einführung bisher im österreichischen Kartell- bzw Zivilrecht nicht bekannter Rechtsinstitute, wie einer



weitgehenden Offenlegung von Beweismitteln oder der *passing on defence*, dh der Schadensüberwälzung und der Frage der Anspruchssituation in Zusammenhang mit einer solchen. Zudem wurde die Gelegenheit dafür genutzt, auch in einigen anderen Bereichen schon länger anstehende Änderungen des KartG durchzuführen. Hier sind die Vorschläge durchaus zu begrüßen, wenn auch in einigen Fällen die diesbezügliche rechtspolitische Abwägung nochmals im Detail überprüft bzw überdacht werden sollte. Zudem wurden einige Aspekte, die ebenfalls einer Novellierung bzw Ergänzung im KartG zugeführt werden sollten, zumal sie auch in der Vergangenheit schon thematisiert wurden, nicht aufgegriffen.

2. Dazu im Einzelnen:

2.1. Änderungen § 12 durch Anfügung eines neuen Abs 4

Aus Sicht des ÖRAK ist zweifelhaft, ob die Einbeziehung von „kooperativen Effekten“ im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in die fusionskontrollrechtliche Prüfung im Wege des vorgeschlagenen § 12 Abs 4 KartG geeignet ist, in der Praxis einen Mehrwert zu erbringen bzw das mit dem Vorschlag verfolgte Ziel, nämlich die Erhöhung der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, zu erreichen.

So soll dem vorgeschlagenen Wortlaut zufolge zum einen bloß über „*mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsbeschränkende Abreden*“ abgesprochen werden. Es ist aber davon auszugehen, dass „*mit dem Zusammenschluss verbundene*“ Abreden nach dem bisherigen Verständnis des § 12 KartG ohnehin bereits jetzt im Rahmen einer fusionskontrollrechtlichen Beurteilung geprüft werden. In besonderem Ausmaß gilt dies für funktionsnotwendige Nebenabreden, die nach europäischer und österreichischer Kartellrechtsdoktrin als mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden gelten. Diese werden idR zwar nicht ausdrücklich in einer Entscheidung erwähnt, sind aber bei Vorliegen der Voraussetzungen von einer Freigabe mitabgedeckt.

Ein Mehrwert würde sich daher nur ergeben, wenn Aspekte von Beurteilung und Ausspruch abgedeckt werden, die bis dato nicht mitgeprüft wurden und über die daher bisher nicht gleichzeitig mit abgesprochen werden konnte.

Sollte die Regelung dennoch aufrecht erhalten werden, müsste daher klargestellt werden, dass damit die über die fusionskontrollrechtlichen hinausgehenden Aspekte geprüft werden, die ansonsten nur in einem parallelen Kartellverfahren geprüft werden könnten. Eine Orientierung an Art 2 Abs 4 und 5 der FKVO würde sich hier anbieten.

Ein zweites Manko der vorgeschlagenen Regelung ist, dass - allerdings aufgrund der Vorgabe nach der VO Nr. 1/2003 - lediglich eine Regelung möglich ist, wonach eine entsprechende Entscheidung im Ermessen des Kartellgerichtes liegt (arg „kann“). Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass zwar eine entsprechende Prüfung seitens der Amtsparteien vor dem Kartellgericht angestoßen würde, das Kartellgericht dann aber nicht darüber entscheiden müsste. Dies kann dann zu erheblichen Verzögerungen führen, wenn eine Freigabe allein aufgrund der fusionskontrollrechtlichen Aspekte ansonsten bereits erteilt werden müsste.

Darüber hinaus erlaubt sich der ÖRAK noch eine rechtstechnische Anmerkung: Der neue Absatz 4 knüpft generell an „die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens“ an, präzisiert aber nicht, ob damit lediglich die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens iSv § 7 Abs 2 oder auch iSv § 7 Abs 1 gemeint ist. Dies kann deshalb von Bedeutung sein, da kooperative Effekte in beiden Fällen auftreten können.

Sollte die Regelung aufrecht erhalten werden, sollte daher aus Sicht des ÖRAK eine Klarstellung vorgenommen werden, dass sowohl Gemeinschaftsunternehmen, die originär durch Neugründung iSv § 7 Abs2, als auch Gemeinschaftsunternehmen, die durch Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen iSv § 7 Abs 1 entstanden sind, erfasst sind, sofern sie die Voraussetzungen eines Gemeinschaftsunternehmens iSd Kartellrechts (gemeinsame Kontrolle und Vollfunktion) erfüllen.

Aus Sicht des ÖRAK könnte schließlich die Formulierung *"vorbehaltlich neuer Erkenntnisse"* zu Unklarheiten führen (sollen damit Fehlinformationen durch die Anmelder oder eine geänderte Sach- und Rechtslage erfasst werden?). Der ÖRAK geht von letzterem Anwendungsfall aus. Sollte der Vorschlag Gesetz werden, regt der ÖRAK diesfalls an, stattdessen auf den Wortlaut einer bereits im Kartellgesetz vorhandenen Bestimmung für eine spätere Änderung abzustellen, nämlich auf § 12 Abs 3, wo auf eine „Änderung der maßgeblichen Umstände“ Bezug genommen wird.

Sollte mit dem Vorbehalt entgegen obiger Annahme gemeint sein, dass die Anmelder irreführende Informationen zur Verfügung gestellt haben, würde nämlich ohnehin bei schwerwiegenden Fehlinformationen entweder davon auszugehen sein, dass überhaupt keine Freigabe für den Zusammenschluss vorliegt, oder aber § 29 Z 2b KartG zur Anwendung kommt.

2.2. Neuer Milderungsgrund im Geldbußensystem

Die Einführung dieses neuen Milderungsgrundes ist ausdrücklich zu begrüßen. Es handelt sich hier um einen Parallelen zum strafrechtlichen Milderungsgrund der Schadenswiedergutmachung nach § 34 Abs 1 Z 14 2. Fall StGB¹.

2.3. Anpassung der Verjährungsregel an die einschlägigen europäischen Bestimmungen

Im Falle von Ermittlungs- oder Verfolgungshandlungen der BWB wird hier eine Verjährungshemmung nicht nur bzgl Schadenersatzansprüchen², sondern auch bzgl der Auferlegung von Geldbußen vorgesehen. Die geplante Anpassung der Verjährungsregel ist aus Sicht des ÖRAK grundsätzlich sachgerecht, die Herstellung der Parallelität dieser beiden Rechtsbereiche im KartG zu begrüßen.

Allerdings stellt sich einerseits die Frage, weshalb nur von der BWB und nicht auch vom Bundeskartellanwalt durchgeführte Verfolgungs- oder Ermittlungshandlungen zu einer Unterbrechung führen sollten, andererseits ist der Begriff „eine auf Ermittlung oder Verfolgung der Rechtsverletzung gerichtete Handlung der BWB“ nur schwer greifbar. Dieses Problem ergibt sich auch bzgl der bereits angesprochenen

¹ Vgl Ebner in Höpfel/Ratz, WK² § 34 StGB Rz 33.

² Vgl dazu § 37h (neu).

Verjährungshemmung im Schadenersatzbereich gem § 37h (neu). Diesbzgl wäre uU empfehlenswert einen Formalakt der BWB für das Auslösen der Hemmung vorzusehen, wie die Eröffnung eines entsprechenden Verfahrens und die formale Verpflichtung dieses zu beenden, sobald keine weiteren Verfolgungshandlungen mehr für einen gewissen Zeitraum, zB sechs Monate, gesetzt werden. Dadurch könnten ein klarerer Beginn und ein klares Ende der Verjährungshemmung auch für Außenstehende nachvollziehbar sein.

Angesichts der Zweistufigkeit des österreichischen Kartellrechtsvollzugssystems sollte nach Auffassung des ÖRAK für die (absolute) zehnjährige Verjährung jedoch auf die kartellgerichtliche Entscheidung, und nicht auf den Geldbußenantrag, abgestellt werden (dh eine Geldbuße kann vom Kartellgericht spätestens zehn Jahre ab Begehung bzw Beendigung der Rechtsverletzung verhängt werden).

Für den Fall, dass demgegenüber weiterhin auf die Stellung des Geldbußenantrags beim Kartellgericht abgestellt wird, sollte aus Sicht des ÖRAK die absolute Verjährungsfrist jedenfalls angemessen gekürzt werden.

2.4. Zwangsgelder zur Ermöglichung des Zugangs zu elektronisch abrufbaren Daten

Der ÖRAK erlaubt sich aus rechtssystematischen Gründen darauf hinzuweisen, dass die Einführung eines Zwangsgeldtatbestandes für ein bestimmtes Element bei Hausdurchsuchungen gerade in technischen Bereichen zu Problemen führen kann. Der Zugang zu elektronischen Daten hängt idR von technischen Voraussetzungen ab. Unseres Erachtens sind die Voraussetzungen, unter denen die Behörde von einer Verweigerung ausgehen kann, aufgrund verschiedenster technischer Hindernisse (in der Praxis relevant ist häufig die Anforderung eines raschen Herunterladens von Daten aus einer nicht in Österreich gehosteten Cloud) nicht problemlos abgrenzbar. Es müsste nach Ansicht des ÖRAK daher jedenfalls klargestellt werden, dass kein strengerer Maßstab als beim Zugang zu anderen Daten eingeführt wird.

So schuldet das Unternehmen nach derzeitiger Praxis Zugang zu elektronischen Daten etwa auch dann, wenn diese auf einem ausländischen Server gelagert sind, allerdings nur in dem Ausmaß, in dem sie vom Unternehmensstandort für den eine Hausdurchsuchung angeordnet wurde, eingesehen werden können. Ein Zwangsgeld kann dann wohl nur verhängt werden, wenn eine Einsicht in demselben Ausmaß wie dem Unternehmen selbst möglich, verweigert wird, nicht aber, wenn, wie häufig gewünscht, beispielsweise kein schnelleres Herunterladen großer Datenmengen erfolgt.

2.5. Veröffentlichung kartellgerichtlicher Entscheidungen

Auch Sicht des ÖRAK ist die Ausdehnung der Verpflichtung zur Veröffentlichung auf ab- und zurückweisende Entscheidungen des Kartellgerichts sowie auf Entscheidungen in Eilverfahren zu begrüßen.

In diesem Zusammenhang weist der ÖRAK allerdings auf eine Inkonsistenz im System der Entscheidungsveröffentlichung von kartellgerichtlichen Entscheidungen

des Kartellgerichts einerseits und des KOGs andererseits hin. So wurde zwar mit der letzten Kartellgesetznovelle den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, nach § 37 Abs KartG Teile der Entscheidung des Kartellgerichts erster Instanz zu bezeichnen, die von einer Veröffentlichung aufgrund von Geschäftsgeheimnissen ausgenommen werden sollen. Auf der anderen Seite erfolgt aber eine Veröffentlichung des gesamten Textes (mit Ausnahmen von geringfügigen Schwärzungen der Parteinamen) entsprechender KOG Entscheidungen im RIS. Hier wäre eine Anpassung vorzunehmen, wonach derselbe Schutz auch im Rahmen von KOG Entscheidungen gewährt wird, da ansonsten die Einführung des § 37 Abs 2 KartG ins Leere geht. Diese Anpassung wäre auch in § 15 OGH-Gesetz vorzunehmen.

2.6. Sondergesetzliche Bestimmungen zur Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie

- *Zu § 37a KartG (Geltungsbereich und Zweck des Abschnitts)*

Es handelt sich um die Grundsatzbestimmung zur Umsetzung der Richtlinie.

- *Zu § 37b KartG (Begriffsbestimmungen)*

Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung begrüßt der ÖRAK den im Entwurf verfolgten Ansatz, die in der Richtlinie verwendeten Begriffsdefinitionen (jedenfalls in weiten Teilen) möglichst wortgetreu zu übernehmen. Der ÖRAK weist jedoch darauf hin, dass teilweise Abweichungen zwischen den Begriffsdefinitionen in der Richtlinie einerseits und im Entwurf andererseits bestehen. Dazu im Einzelnen:

„Wettbewerbsrechtsverletzung“ (§ 37b Z 1 KartG): Die Definition des Begriffs „Wettbewerbsrechtsverletzung“ wird im Entwurf wörtlich aus der Richtlinie übernommen. Unklarheiten könnten sich nach Auffassung des ÖRAK in Bezug auf die in der Begriffsbestimmung genannte Ausnahme betreffend „*nationale Rechtsvorschriften, mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, sofern diese nicht als Mittel dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen*“.

Insb stellt sich idZ die Frage, welche strafrechtlichen Bestimmungen in Österreich „*als Mittel dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen*“. In der Lit zur VO 1/2003 (deren Rz 8 die Ausnahme betreffend strafrechtliche Bestimmungen in Art 2 Z 3 der Richtlinie entnommen ist) wird vertreten, dass in diese Kategorie uU der Straftatbestand nach § 168b StGB fallen könnte (auch wenn kaum eine Konstellation denkbar ist, nach der eine solche Submissionsabsprache nicht ohnehin auch einen Verstoß nach dem KartG darstellen würde). Nach dieser Auslegung wäre aber daher eine „wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Vergabeverfahren“ iSd § 168b StGB als „Wettbewerbsrechtsverletzung“ iSd § 37b Z 1 KartG zu qualifizieren (MüKoEuWettbR/Bardong, Art 3 VO 1/2003, Rz 34), sodass grundsätzlich der Anwendungsbereich des 5. Abschnitts des KartG eröffnet wäre. Dies kann insb iZm der Frage der Offenlegung von Beweismitteln einschließlich Kronzeugenerklärungen aus Akten von Gerichten und Behörden (§ 37k KartG) Fragen aufwerfen (siehe dazu und zur Frage des Schutzes von im Strafverfahren abgegebenen Erklärungen vor

Offenlegung näher unten). Eine entsprechende Klarstellung wäre aus Sicht des ÖRAK jedenfalls wünschenswert.

„Kronzeugenerklärung“ (§ 37b Z 4 KartG): Der Definition von Kronzeugenerklärung kommt erhebliche Bedeutung zu, da durch sie festgelegt wird, welche Dokumente von der Offenlegung ausgenommen sind. Die richtlinienkonforme Kronzeugendefinition ist erheblich enger und umfasst nur einen Teil der Erklärungen, die nach dem österreichischen Kronzeugenprogramm möglich sind (so sind etwa die einen Vollzugsschwerpunkt der BWB bildenden Vertikalfälle nicht erfasst). Da die Definition an den ebenfalls eigens in der Richtlinie definierten Begriff „Kartell“ anknüpft, kann hier im Wesentlichen auf die Erläuterungen zum Begriff Kartell verwiesen werden (siehe dazu unten).

Allerdings regt der ÖRAK an dieser Stelle an, in den Erläuternden Bemerkungen zu § 37j Abs 4 darauf hinzuweisen, dass jene Kronzeugenerklärungen, die nicht von der Definition nach der Richtlinie erfasst sind, unter Umständen unter die in § 37k Abs 3 genannten Informationen fallen können, die nur im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 37k Abs 2, bei der auch die Beeinträchtigung des öffentlichen Vollzugs berücksichtigt werden muss, offengelegt werden dürfen.

Ebenfalls wäre eine Klarstellung wünschenswert, wonach unter den Begriff der „Kronzeugenerklärung“ auch Erklärungen gegenüber dem Kartellgericht im Hinblick auf eine Mäßigung der Geldbuße nach § 30 Abs 3 Z 3 KartG fallen können.

Schließlich weist der ÖRAK darauf hin, dass die vorgeschlagene Formulierung des § 37b Z 4 KartG anders als die Richtlinie (Art 2 Z 16) auf eine „Erklärung einer ... Person“ abstellt. Um Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, regt der ÖRAK an, in der Begriffsdefinition die Formulierung der Richtlinie (Erklärung „eines Unternehmens oder einer natürlichen Person“) zu verwenden.

Keine Definition des Begriffs „Kartell“ iSd Richtlinie: Im Gegensatz zur Richtlinie enthält der Vorschlag keine Bestimmung, wie der Begriff „Kartell“ für die Zwecke des 5. Abschnitts des KartG zu verstehen ist. Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass dieser Begriff – der im österreichischen Kartellrecht allgemein wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (bspw auch im Vertikalverhältnis) erfasst – auf „Kartelle zwischen Wettbewerbern“ einzuschränken ist (siehe idS auch den Vorschlag zu § 27c Abs 2 KartG). Dies führt, wie bereits erwähnt, im Ergebnis insb dazu, dass der Schutz vor Offenlegung (vgl § 37k Abs 4 KartG) von Kronzeugenerklärungen in Vertikalfällen (die nach dem österreichischen Kronzeugenprogramm möglich sind) nicht umfasst ist. Da der Wortlaut der Richtlinie diesbezüglich keinen Umsetzungsspielraum bieten dürfte, muss dies aus Sicht des ÖRAK aber hingenommen werden (siehe idZ auch die Ausführungen zu § 37k Abs 4 KartG unten).

Der ÖRAK weist an dieser Stelle aber darauf hin, dass die Begriffsdefinition in der Richtlinie nicht nur eine generelle Einschränkung auf horizontale Absprachen (also Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern), sondern auch auf „bezeichnende“ (also nicht nur bloß „bewirkte“) Wettbewerbsbeschränkungen vornimmt (wobei beispielhaft bestimmte Hardcore-Beschränkungen aufgezählt werden; vgl den Wortlaut des Art 2 Z 14 der Richtlinie: Absprache „zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten Wettbewerbsparameter durch

Verhaltensweisen wie unter anderem die Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, auch im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen“).

Die mögliche Abweichung zwischen dem im Vorschlag allgemein verwendeten Begriff „*Kartell zwischen Wettbewerbern*“ (der eben insb auch bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht in den Hardcore Bereich fallen, wie zB bestimmte Formen von Einkaufskooperationen, umfasst) und dem in der Richtlinie verwendeten engeren Kartellbegriff, könnte aus Sicht des ÖRAK Fragen iZm mit der Schadensvermutung nach § 37c Abs 2 KartG und iZm mit den nach § 37k Abs 4 KartG vor Offenlegung geschützten Dokumenten Fragen aufwerfen.

Dem könnte durch Übernahme der Definition des Begriffs „*Kartell*“ in der Richtlinie Rechnung getragen werden. Dies scheint insbesondere im Hinblick auf die Schadensvermutung sachgerecht, da die Anwendung einer Schadensvermutung bei einem Kartellverstoß, der erst dann vorliegt, wenn tatsächliche oder potenziell wettbewerbswidrige Auswirkungen vorliegen, ohnehin problematisch scheint. Nach derzeitigem Vorschlag würde die Schadensvermutung nach österreichischem Recht dadurch nämlich über die von der Richtlinie erfassten Fälle hinaus ausgedehnt. Umgekehrt muss beachtet werden, dass bei einer Anpassung aber auch Kronzeugenerklärungen, die sich auf bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen beziehen, nicht mehr dem absoluten Offenlegungsschutz nach § 37k Abs 4 und 5 unterliegen.

Angeregt wird in diesem Zusammenhang auch, die Terminologie des KartG anlässlich der Novelle an den international üblichen Sprachgebrauch anzupassen (und den Begriff „*Kartell*“ generell nur mehr für Hardcore-Absprachen zwischen Wettbewerbern und nicht wie derzeit in Österreich auch für Vertikalfälle zu verwenden).

- *Zu § 37c KartG (Haftung)*

Der Entwurf sieht – der Richtlinie entsprechend – vor, dass die Vermutung, dass ein Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden verursacht, widerlegt werden kann. Wie eine solche Widerlegung erfolgen kann, bleibt im Vorschlag aber offen. Nach § 270 ZPO (auf den die Erläuterungen verweisen) muss der Beweis des Gegenteils erbracht werden (dh der Beklagte hat zu beweisen, dass das Kartell keinen Schaden verursacht hat). Dies wird in der Praxis regelmäßig bedeuten, dass der Beklagte beweisen muss, dass das Kartell keine Preiserhöhung zur Folge hatte oder dass eine erfolgte Preiserhöhung auf anderen (nicht mit dem Kartell in Zusammenhang stehenden) Faktoren beruht.

IdZ weist der ÖRAK darauf hin, dass die Mitgliedstaaten nach Art 17 Abs 1 der Richtlinie vorzusehen haben, dass ihre Gerichte die Höhe des Schadens in bestimmten Fällen schätzen können. Eine solche Befugnis ist in Österreich zwar schon in § 273 ZPO vorgesehen. Um Unsicherheiten zu vermeiden, schlägt der

ÖRAK aber dennoch vor, in das KartG einen ausdrücklichen Verweis auf § 273 ZPO aufzunehmen.

- *Zu § 37d KartG (Gegenstand des Ersatzes)*

Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut des § 37d Abs 2 KartG hat der Ersatzpflichtige die Schadenersatzforderung ab Eintritt des Schadens „*in sinngemäßer Anwendung des § 1333 ABGB zu verzinsen*“. Für die Frage der Höhe der Zinsen sind auf Grund dieser Bezugnahme auf § 1333 ABGB die gesetzlichen Zinsen heranzuziehen.

Der ÖRAK weist idZ zunächst darauf hin, dass durch die Bezugnahme auf § 1333 ABGB ein Anspruch auf Zinsen unabhängig vom Eintritt eines tatsächlichen Zinsschadens begründet wird, während nach der Formulierung in der Richtlinie – ebenfalls durchaus konform mit dem österreichischen Schadenersatzrecht – der Kläger den Eintritt eines Zinsschadens erst beweisen muss. Der Verweis auf § 1333 ABGB, der seinerseits auf § 1000 ABGB verweist, führt zur Annahme eines fixen Zinssatzes, was auch in einem Spannungsverhältnis zum Verbot der Überkompensation nach der Richtlinie führen kann. In Erinnerung zu rufen ist, dass es sich bei den Zinsen im Hinblick auf einen Schaden aus einer Wettbewerbsverletzung nicht um einen Zinsschaden wegen verzögerter Zahlung handelt.

Der ÖRAK schlägt vor diesem Hintergrund vor, § 37d Abs 2 KartG zu streichen und stattdessen – der Richtlinie entsprechend – in Abs 1 lediglich klarzustellen, dass der Ersatz des Schadens auch „*Zinsen ab dem Eintritt des Schadens*“ umfasst.

- *Zu § 37e KartG (Mehrheit von Ersatzpflichtigen)*

Aus Sicht des ÖRAK sollte im vorgeschlagenen § 37e Abs 1 KartG – im Sinne allgemeiner schadenersatzrechtlicher Grundsätze – klargestellt werden, dass auch für die Solidarhaftung eine schuldhafte Wettbewerbsrechtsverletzung Voraussetzung ist.

Die Formulierung, wonach die Anwendung der solidarischen Haftung mehrerer Kartellbeteiligter darauf abstellt, dass „*Unternehmer ... durch gemeinschaftliches Handeln ... das Wettbewerbsrecht verletzt haben*“, sollte durch Bezugnahme auf die „*Wettbewerbsrechtsverletzung*“ ersetzt werden.

In Hinblick auf § 37e Abs 2 KartG (KMU-Privilegierung) sollte aus Sicht des ÖRAK erwogen werden, für die Frage, ob eine uneingeschränkte Haftung die „*wirtschaftliche Leistungsfähigkeit*“ des Beklagten „*unwiederbringlich gefährdet*“ „*und seine Aktiva völlig entwertet*“ statt der Übernahme der Richtlinienformulierung auf etablierte Begriffe aus der österreichischen Rechtsordnung zurückzugreifen bzw diese zumindest in den Erläuterungen beispielhaft zu nennen (zu denken wäre etwa an die §§ 66 f IO oder an § 22 Abs 1 Z 1 URG).

In Bezug auf § 37e Abs 3 KartG (Privilegierung des Kronzeugen) weist der ÖRAK darauf hin, dass die Privilegierung nur dem Unternehmen zukommen soll, das als erstes ein „*geheimes Kartell*“ aufgedeckt hat. Insofern soll hier nach dem Vorschlag ein eingeschränkter Kronzeugenbegriff zur Anwendung kommen.

Die Erläuterungen zu diesem Punkt sind nach Ansicht des ÖRAK nicht ganz klar und könnten unter Umständen dahingehend verstanden werden, dass dies im Hinblick auf das österreichische Kronzeugenprogramm bedeuten könnte, dass ein Kronzeuge nach § 11 Abs 4 Z 1 lit b WettbG (der zweite Fall eines Kronzeugen mit 100%igem Bußgelderlass) nicht in den Genuss der Privilegierung nach § 37e Abs 3 KartG kommen kann (weil die BWB bspw bereits eine Hausdurchsuchung durchgeführt hat und ihr das betreffende Kartell insofern bereits bekannt war). Diese Einschränkung ist auf den ersten Blick in der Richtlinie angelegt (vgl die Definition des Begriffs „Kronzeugenprogramm“ in Art 2 Z 15 der Richtlinie). Bei genauerer Betrachtung ist nach Auffassung des ÖRAK aber zu beachten, dass das Kronzeugenprogramm der Kommission generell „geheime Kartelle“ vor Augen hat (vgl Rz 3 der Kronzeugenmitteilung der Kommission: „*da Kartelle geheim sind*“). Nichtsdestotrotz honoriert das Kronzeugenprogramm der Kommission aber auch Unternehmen mit einem vollständigen Geldbußenerlass, die der Kommission Beweise liefern, um eine Zu widerhandlung feststellen zu können. Ein vollständiger Erlass ist somit auch möglich, wenn die Kommission zB bereits Nachprüfungen durchgeführt hat und ihr das Kartell insofern bereits „bekannt“ war, sie aber noch über keine ausreichenden Beweise für eine Feststellung verfügt (Rz 8 lit b der Kronzeugenmitteilung der Kommission). Der Beitrag des Kronzeugen bezieht sich in diesem Fall nicht auf die Einleitung von Ermittlungen (Rz 8 lit a der Kronzeugenmitteilung der Kommission), sondern auf den Nachweis eines Kartells, und wird vom Kronzeugenprogramm der Kommission als gleichwertig (weil ebenso mit einem vollständigen Erlass der Geldbuße zu honorieren) angesehen.

Aus Sicht des ÖRAK ist aus der Richtlinie nicht abzulesen, dass die Privilegierung iZm der Solidarhaftung nur dem Kronzeugen nach Rz 8 lit a der Kronzeugenmitteilung der Kommission zukommen soll. Vor diesem Hintergrund regt der ÖRAK an, im Gesetzestext klarzustellen, dass auch ein Kronzeuge nach § 11 Abs 4 Z 1 lit b WettbG in den Genuss der Haftungsprivilegierung nach § 37e Abs 3 KartG kommt. Es erscheint hier auch deshalb zweckmäßig, Konformität herzustellen, da das österreichische Kronzeugenprogramm sogar explizit an das europäische Kronzeugenprogramm angeglichen wurde, weshalb sich dies auch in der Umsetzung und der Schadenersatzrichtlinie widerspiegeln sollte.

In Bezug auf § 37e Abs 2 Z 1, der eine Privilegierung von KMU im Zusammenhang mit der Haftung vorsieht, wäre es wünschenswert, darzulegen, zu welchem Zeitpunkt die KMU-Eigenschaft vorliegen muss. In Frage kommen hier prinzipiell verschiedene Möglichkeiten wie etwa der Zeitpunkt der Rechtsverletzung, aber auch Zeitpunkt der Bußgeldverhängung oder der Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches. Sachgerecht erscheint hier wohl auf den Zeitpunkt der Einbringung der Schadenersatzklage abzustellen, da die Regelung offenbar eine wirtschaftliche Vernichtung von KMUs aufgrund von Schadenersatz wegen Kartellschäden verhindern möchte.

Ein Abstellen auf den Schluss der Verhandlung, scheint aber nicht sachgerecht, da Kläger, die nicht zu den mittel- oder unmittelbar Geschädigten zählen, einem nicht zu kontrollierendem Risiko der mangelnden Passivlegitimation ausgesetzt wären. Das Abstellen auf frühere Zeitpunkte (zB Rechtsverletzung) scheint ebenfalls nicht geeignet, da ein ursprünglich als KMU einzustufendes Unternehmen später durch

einen großen Konzern erworben werden kann, oder aus dem KMU Status herauswächst und im Zusammenhang mit der Schadenstragung anderen Kartellanten gegenüber ungerechtfertigt privilegiert wäre.

In Bezug auf die in § 37e Abs 4 KartG enthaltene Regelung betreffend den Rückersatzanspruch im Verhältnis zwischen mehreren Ersatzpflichtigen wäre aus Sicht des ÖRAK eine ergänzende Klarstellung zum Vorgehen bei mangelnder Feststellbarkeit der „*relativen Verantwortung*“ wünschenswert. Denkbar wäre hier beispielsweise eine Regelung, die auf Marktanteile während der Kartellperiode abstellt. Da das Kriterium des Marktanteils ohnehin schon im Zusammenhang mit der Beurteilung auch nach der relativen Verantwortung genannt ist, erscheint daher eine Bezugnahme als subsidiäres Kriterium zweckmäßig.

Der vorgeschlagene Wortlaut des § 37e Abs 4 KartG enthält im Übrigen keine Ausführungen dazu, inwieweit ein Rückersatzanspruch gegenüber privilegierten KMUs (§ 37e Abs 2 KartG) besteht. Aus Sicht des ÖRAK erscheint hier eine Klarstellung wünschenswert (zB dahingehend, dass ein Rückersatzanspruch gegenüber einem privilegierten KMU insoweit besteht, als es um Schäden geht, die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern des privilegierten KMU entstanden sind, aber von den übrigen Kartellanten ersetzt wurden).

- *Zu § 37f KartG (Beweislast bei Schadensüberwälzung)*

Der ÖRAK weist darauf hin, dass die vorgeschlagene Formulierung des § 37f Abs 3 KartG so verstanden werden könnte, dass bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen im Fall einer Klage eines mittelbar Geschädigten in jedem Fall eine Vermutung der Weitergabe des gesamten Preisaufschlags besteht. Demgegenüber sieht die Richtlinie nur eine Vermutung vor, dass eine Weitergabe erfolgt ist, während die Frage des Ausmaßes offen bleibt. Aus Sicht des ÖRAK sollte der Entwurf daher im Hinblick auf die Möglichkeit einer bloß teilweisen Weitergabe des Preisaufschlags präzisiert werden. Zudem erscheint es auch idZ sinnvoll, im Gesetzeswortlaut explizit auf die Möglichkeit der Schätzung nach § 273 ZPO hinzuweisen.

Nach Ansicht des ÖRAK könnte dies durch die einfache Umformulierung des letzten Satzes in Absatz 3 erfolgen, indem dieser lautet „... so wird die Weitergabe des eines Preisaufschlags vermutet“.

- *Zu § 37g KartG (Wirkung einer einvernehmlichen Streitbeilegung)*

Die Bestimmung soll einen Anreiz zur gütlichen Einigung im Bereich des Schadenersatzes schaffen. Die anschließende Beschränkung des Innenausgleichs unter den Kartellanten könnte jedoch in der Praxis Probleme bereiten. So könnte es im Einzelfall oft nicht möglich sein festzustellen, welchen Anteil der sich vergleichende Kartellant am Gesamtschaden zu verantworten hat. Dem könnte allenfalls mit der richterlichen Schadensschätzung nach § 273 ZPO beigekommen werden.

In Bezug auf § 37g Abs 2 KartG weist der ÖRAK darauf hin, dass die verwendete Formulierung im Gegensatz zur Richtlinie (Art 19 Abs 2) und zu den Erläuterungen nicht von „verbleibenden“ Ansprüchen spricht. Der ÖRAK regt eine entsprechende Präzisierung des Gesetzeswortlauts an.

- *Zu § 37h KartG (Verjährung)*

Der ÖRAK weist zunächst darauf hin, dass sich aus Rechtsanwendersicht iZm der vorgeschlagenen Regelung zahlreiche Fragen – insb im Hinblick auf die Kategorisierung bestimmter Behördenhandlungen als „Untersuchungsmaßnahme“ und die generelle „Wahrnehmbarkeit“ solcher Handlungen – stellen. Der ÖRAK nimmt jedoch zur Kenntnis, dass der Vorschlag hier im Wesentlichen Vorgaben der Richtlinie umsetzt und insoweit kein Umsetzungsspielraum besteht.

Aus Konsistenzgründen wäre aus Sicht des ÖRAK jedoch eine Klarstellung (zumindest in den Erläuterungen) wünschenswert, dass – soweit Untersuchungsmaßnahmen in Österreich betroffen sind – nur solche Maßnahmen zu einer Verjährungshemmung führen, die auch eine Unterbrechung der Verjährung nach § 33 KartG zur Folge haben. Denn wie bereits oben schon erwähnt, stellt sich im Zusammenhang mit der Hemmung der Verjährung das Problem, dass es im Einzelfall schwierig sein könnte, den Beginn und das Ende einer Untersuchungshandlung festzustellen.³

Bei einer Hemmung der Verjährung des Schadenersatzanspruchs infolge von Vergleichsverhandlungen, sorgt die unklare Formulierung „angemessene“ Frist zur Klagsführung für nicht notwendige Unsicherheit. Daher wäre die Festsetzung eines gesetzlich bestimmten Zeitraums für die Einbringung der Klage nach Abbruch der Vergleichsverhandlungen eine sinnvolle Alternative.

- *Zu § 37i KartG (Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde)*

Die in § 37i Abs 1 KartG vorgesehene Verfahrensunterbrechung ist aus Sicht des ÖRAK im Sinne der Verfahrenseffizienz grundsätzlich sinnvoll. Es sollte noch klargestellt werden, dass eine Unterbrechung „bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens einer Wettbewerbsbehörde“ möglich ist.

- *§ 37j KartG (Offenlegung von Beweismitteln)*

Der vorgeschlagene § 37j Abs 1 KartG sieht eine herabgesetzte Schwelle in Bezug die notwendige Substantiierung der Klage vor. Nach Auffassung des ÖRAK bestehen gegen eine solche Herabsetzung grundsätzlich keine Einwände. Es sollte aber in § 37j Abs 1 KartG klargestellt werden, dass die Klage zu einem späteren Zeitpunkt nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen begründet werden muss und § 37j Abs 1 KartG zu keiner Herabsetzung des Regelbeweismaßes nach der ZPO führt.

In Bezug auf § 37j Abs 2 KartG merkt der ÖRAK an, dass die vorgeschlagene Bestimmung keinen Kostenersatzanspruch zugunsten eines zur Offenlegung verpflichteten Dritten vorsieht, obwohl hier sehr wohl hohe Kosten anlaufen können. Aus Sicht des ÖRAK wäre es sachgerecht, die Rechtsposition des Dritten analog den im allgemeinen Zivilprozessrecht geltenden Bestimmungen (vgl § 308 ZPO) zu regeln.

³ Siehe dazu oben zu 2.3.

Was schließlich die in § 37j Abs 7 KartG enthaltene Möglichkeit betrifft, bestimmte Beweismittel zunächst nur gegenüber dem Gericht offenzulegen, weist der ÖRAK darauf hin, dass jedenfalls sicherzustellen ist, dass die Vertraulichkeit der Korrespondenz im Verhältnis Rechtsanwalt-Mandant vollumfänglich geschützt ist. Vor dem Hintergrund des am 1.11.2016 in Kraft tretenden Strafprozessrechtsänderungsgesetzes I 2016 (und der damit einhergehenden Ergänzung des § 157 Abs 2 StPO, wonach auch Unterlagen und Informationen, die sich in der Verfügungsmacht des Beschuldigten befinden, und zum Zweck der Beratung oder Verteidigung des Beschuldigten erstellt wurden, vor Sicherstellung und Beschlagnahme geschützt sind), sollte in § 37j Abs 7 KartG auch auf § 157 Abs 2 StPO verwiesen werden.

- Zu § 37k KartG (Offenlegung und Verwendung von aktenkundigen Beweismitteln)

Der ÖRAK weist zunächst darauf hin, dass die vorgeschlagene Bestimmung (wie auch in den Erläuterungen ausgeführt) deutlich über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht und ganz allgemein „*Beweismittel, die sich in Akten von Gericht oder Behörden befinden*“ und nicht nur „*Beweismittel, die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind*“, vgl Art 6 Abs 1 der Richtlinie, umfasst. Der ÖRAK steht dieser im Vergleich zur Richtlinie weitergehenden Formulierung – isoliert betrachtet – grundsätzlich neutral gegenüber.

Zu beachten ist jedoch, dass sich aus der weiten Formulierung im Verbund mit der Definition des Begriffs „Kronzeugenerklärung“ Lücken im Hinblick auf den Schutz bestimmter Dokumente vor Offenlegung ergeben könnten. Zu denken ist idZ insbesondere an Fälle, in denen – isoliert von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren oder parallel dazu – bestimmte Verhaltensweise (auch) strafrechtlich untersucht werden.

Werden in einem solchen Strafverfahren (bspw von Mitarbeitern eines kartellbeteiligten Unternehmens) Erklärungen abgegeben (zB in Form einer Kronzeugenerklärung auf der Grundlage des § 209b StPO), so fallen diese Erklärungen nicht unter den Begriff der „Kronzeugenerklärung“ iSd § 37b Z 4 KartG (und iSd Art 2 Z 16 der Richtlinie), weil sie nicht „gegenüber einer Wettbewerbsbehörde“ abgeben werden. Sie sind somit auch nicht nach § 37k Abs 4 KartG vor Offenlegung geschützt. In vielen Fällen wird sich aber freilich der Inhalt der in einem solchen Fall im Strafverfahren abgegebenen Erklärungen nicht wesentlich von einer Kronzeugenerklärung gegenüber einer Wettbewerbsbehörde unterscheiden (insbesondere was die Beschreibung der „Tat“ betrifft).⁴

⁴ Dies kann anhand des folgenden Beispiels illustriert werden: Die Unternehmen A, B und C haben in einem Vergabeverfahren Absprachen getroffen. Das Unternehmen A hat den Sachverhalt der BWB gegenüber als Kronzeuge offengelegt. Parallel zum wettbewerbsbehördlichen Verfahren läuft ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkender Absprachen nach § 168b StGB. Auf der Grundlage einer Erklärung der an den Absprachen beteiligten Mitarbeiter von A gem § 209b StPO stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen diese Mitarbeiter ein. Während As Kronzeugenerklärung gegenüber der BWB in einem nachfolgenden Schadenersatzprozess unzweifelhaft nach § 37k Abs 4 vor Offenlegung geschützt ist, trifft dies auf die Erklärungen der Mitarbeiter gegenüber der Staatsanwaltschaft nicht zu, weil diese nicht „gegenüber einer Wettbewerbsbehörde“ abgegeben wurden.

Der Umstand, dass derartige im Strafverfahren abgegebene Erklärungen, die materiell uU mit einer Kronzeugenerklärung iSd § 37b Z 4 KartG identisch sind, nicht vor Offenlegung geschützt sind, führt aus Sicht des ÖRAK zu einem Wertungswiderspruch. Auch besteht nach Auffassung des ÖRAK das Risiko, dass die Bestimmungen betreffend den Schutz vor Offenlegung – jedenfalls soweit eine kartellrechtliche Zu widerhandlung auch strafrechtlich relevant ist – ausgehöhlt werden können, weil sich ein Kläger über den Umweg der Offenlegung von Unterlagen aus Akten der zuständigen Staatsanwaltschaft oder des zuständigen Strafgerichts de facto Zugang zu Unterlagen verschaffen kann, die materiell (zumindest teilweise) einer Kronzeugenerklärung gegenüber einer Wettbewerbsbehörde entsprechen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf ein generelles Problem aufmerksam zu machen, wonach die Erklärungen auch schon jetzt im Rahmen des Privatbeteiligtenanschlusses eingesehen werden können und auch diesbezüglich kein Verwertungsverbot für eine zivilgerichtliche Schadenersatzklage besteht. Da im österreichischen Recht die Kronzeugenregelung in § 209b StPO akzessorisch zur Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung nach § 11 Abs 4 KartG besteht, sollte überlegt werden, auch hier eine Angleichung vorzusehen.

Eine Überarbeitung des Entwurfs erscheint vor diesem Hintergrund angezeigt. IdZ sollte auch klargestellt werden, dass auch im Fall einer Offenlegung von Unterlagen aus Akten von Behörden oder Gerichten in jedem Fall die für die Offenlegung von Beweismitteln aus Akten einer Wettbewerbsbehörde vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist. Derzeit wird nur in § 37k Abs 2 KartG (der die Offenlegung von Beweismitteln aus Akten von Wettbewerbsbehörden betrifft) auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung gem § 37j Abs 4 Bezug genommen, nicht jedoch in § 37k Abs 1 KartG. Dies könnte so interpretiert werden, dass im Falle der Offenlegung von Dokumenten aus Akten (sonstiger) Behörden oder Gerichte keine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen muss.

Auf die im Vergleich zum österreichischen Kronzeugenprogramm eingeschränkte Definition des Begriffs der „Kronzeugenerklärung“ (und den Umstand, dass etwa Kronzeugenerklärungen in Vertikalfällen nicht in die Kategorie der jedenfalls vor Offenlegung geschützten Dokumente fallen) wurde bereits in den Anmerkungen zu § 37b KartG hingewiesen.

In Bezug auf § 37k Abs 6 KartG regt der ÖRAK die Klarstellung an, dass die Vorlage von Beweismitteln nur dann zulässig ist, wenn ihre Verwendung nicht nach § 37k Abs 5 KartG ausgeschlossen ist.

- *Zu § 37l KartG (Ersuchen um Unterstützung bei Festlegung der Höhe)*

Bei dieser Bestimmung wäre eine Präzisierung wünschenswert, wie sich der Gesetzgeber die prozessuale Behandlung eines solchen Ersuchens vorstellt, insb da die Erläuterungen davon sprechen, dass dies „im Rahmen der ZPO“ und „unter Wahrung der Partierechte“ geschehen soll.

- *Zu § 37m KartG (Ordnungsstrafen)*

Die in dieser Bestimmung vorgesehene Ordnungsstrafe für die Beseitigung oder Vernichtung von Beweismitteln könnte sich insb in Anbetracht der erheblichen Schadenersatzsummen als zu gering erweisen. Zudem wäre es empfehlenswert festzulegen, ab welchem Zeitpunkt ein Unternehmen diese Sanktion treffen kann (ab dem Zeitpunkt, zu dem es erkennt, dass ein Anspruch entstanden sein könnte oder erst dann, wenn dieser konkret erhoben wurde?).

2.7. Nichtanwendung des § 39 Abs 4 AußStrG im Bußgeldverfahren

Dieser Vorschlag ist im Sinne erhöhter Transparenz zu begrüßen.

2.8. Ersatz der Sachverständigenkosten

Beim vorgeschlagenen § 41 2. Satz (neu) handelt es sich um eine Klarstellung, dass die Regelung des § 41 1. Satz idgF (Kostenersatz nur bei mutwilliger Rechtsverfolgung) nicht auf Sachverständigengebühren zur Anwendung kommt, die jedenfalls zu begrüßen ist.

2.9. Teilweise Überprüfbarkeit der Feststellungen des KG vor dem KOG

Mit Einfügung der zumindest teilweisen Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des KG wird die breit diskutierte Problematik des Fehlens einer 2. Tatsacheninstanz im Kartellverfahren abgeschwächt. Insb können damit Fehler im Gutachten des SV in weiterem Umfang als bisher bekämpft werden. Zur Auslegung dürfte die Judikatur und Literatur der Vorbildbestimmung des § 281 Abs 1 Z 5a StPO heranziehen sein.

Allerdings ist zu hinterfragen, wieso das KOG Tatsachenfeststellungen nur bei „erheblichen Bedenken“ überprüfen können soll. Gerade hinsichtlich der großen ökonomischen Bedeutung von Kartellverfahren sollte der Entscheidungsqualität ein hoher Stellenwert beigemessen werden, weshalb die Schaffung einer umfassenden zweiten Tatsacheninstanz wichtig wäre.

2.10. Gebührenrechtliches

Es ist zu begrüßen, dass für weitere Verfahrensarten ein geringerer Gebührenrahmen als der der Generalklausel des § 50 Z 6 eingeführt wird. Die Einfügung eines 2. Satzes in den § 54 KartG stellt klar, wie sich ein Ruhen oder eine Unterbrechung des Verfahrens auf die Gebührenpflicht auswirkt. Mit dieser Einstellungsfigur wird die Auferlegung einer Rahmengebühr auch in solchen Fällen ermöglicht.

2.11. Sachverständige

Diese Neuregelung ist begrüßenswert.

2.12. Bundeskartellanwalt

Die Verstärkung der Ressourcen des Bundeskartellanwalts ist ein richtiger Schritt, um dessen Position und Handlungsfähigkeit als Amtspartei zu stärken.

2.13. Übergangsbestimmungen nach § 86 Abs 9 KartG

Im Hinblick auf die Übergangsregelung in § 86 Abs 9 Satz 3, der auch die Offenlegungsverpflichtung des § 37k umfasst, besteht die grundsätzliche Frage, auf welchen „verfahrenseinleitenden Schriftsatz“ Bezug genommen wird. Ist hier ein Antrag an das Kartellgericht gemeint oder der Schriftsatz (also die Klage) mit dem der Schadenersatzprozess begonnen wird?

In jedem Fall stellt sich im Zusammenhang mit den Übergangsregeln die Thematik, dass das österreichische Kronzeugenprogramm nicht deckungsgleich mit der Definition von Kronzeuge und Kronzeugenerklärung nach der Richtlinie und dem in Folge umgesetzten neuen Abschnitt 5 ist und daher die Situation entstehen kann, dass bereits in der Vergangenheit abgegebene Kronzeugenerklärungen (zb in vertikalen Sachverhalten) letztendlich nicht vom absoluten Offenlegungsschutz des § 37k Abs 4 und 5 profitieren können. Das betreffende Unternehmen, das jedenfalls ab Umsetzung der Richtlinie jeweils eine Abwägung treffen kann (und aus unternehmensrechtlicher Sicht wohl auch muss), ob angesichts des Risikos von Schadenersatzklagen eine Kronzeugenerklärung abgegeben wird, hat diesen Spielraum nachträglich nicht mehr.

Nicht mit der notwenigen Sicherheit abzuschätzen ist, ob solche über die Definition in der Richtlinie hinausgehenden innerösterreichischen Kronzeugenerklärungen, aufgrund § 37k Abs 2 (der eine Abwägung zugunsten der Wirksamkeit der behördlichen Rechtsdurchsetzung ermöglicht), letztendlich ebenfalls geschützt bleiben. Es wäre daher eine Klarstellung zu überlegen, wonach bereits erfolgte Kronzeugenanträge jedenfalls nicht gemäß den neuen Regeln offengelegt werden müssen. Für diese Anträge würde dann jedenfalls die bisher zur Offenlegung ergangene Rechtsprechung des EuGH zum Tragen kommen.

Wien, am 5. Oktober 2016

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Rupert Wolff
Präsident