



GZ: BWB/L-653/2

Wien, am 5. Oktober 2016

Bearbeiter: Harsdorf (Teil 1), Matousek (Rest)

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

**Betreff: Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird
(Kartellgesetz-Novelle 2016 – KartG-Nov 2016)
Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde**

An: team.z@bmi.gv.at

Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Die Bundeswettbewerbsbehörde dankt für die Übermittlung des og Gesetzesentwurfes sowie die Möglichkeit, sich zu diesem zu äußern und nimmt dazu Stellung wie folgt.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit gliedert sich die Stellungnahme in drei Teile:

Nach der Finanzierungsfrage gewidmeten **Grundsätzlichen Erwägungen** befasst sich **Teil 1** mit den in Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU vom 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. Nr. L 349 vom 5. 12. 2014, S 1 (in der Folge: Richtlinie) vorgeschlagenen Änderungen des KartG, **Teil 2** mit den übrigen Vorschlägen.

Grundsätzliches

Eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist unerlässlich, um den Wettbewerb im Binnenmarkt der EU, die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Förderung des Wirtschaftswachstums und der Innovation sowie die Gewährleistung von Auswahlmöglichkeiten und fairen Preisen für Verbraucher aufrecht zu erhalten.

Zuvorderst gilt es die Funktionsfähigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zu schützen und zu stärken, um die Durchsetzung des EU- Wettbewerbsrechts sicherzustellen. Dazu sind die Behörden - und dies ist naturgemäß ein für die BWB zentraler Punkt - mit ausreichend Ressourcen und Personal auszustatten, um es ihnen so zu ermöglichen, ihre Aufgaben effizient wahrzunehmen und damit ihrem gesetzlichen Auftrag nachzukommen.



Die EK hat für diesen Prozess Best Practices identifiziert und Scoreboards mit Ländervergleichen erstellt. Hierbei ist die österreichische Behörde seit jeher am unteren Rand angesiedelt, wie nicht zuletzt in den länderspezifischen Empfehlungen des Europäischen Semesters festgehalten wurde, etwa 2014 (siehe http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_de.htm):

„Trotz der Aufstockung der Mittel für die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde ist diese im Vergleich mit den Behörden anderer Mitgliedstaaten ähnlicher oder geringerer Größe immer noch deutlich unterbesetzt.“

Die BWB ist nach wie vor eine der am schlechtesten ausgestatteten Behörden in ganz Europa.

Daher erneuert die BWB ihre Forderung, primär eine angemessene Ressourcenausstattung der Bundeswettbewerbsbehörde durch Aufstockung der finanziellen Mittel sicherzustellen, so dass die derzeit unbesetzten Planstellen besetzt werden können und endlich eine Struktur (Abteilungen) geschaffen werden kann.

Hier ist - und deshalb die gegenständlichen Ausführungen im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zu einer Novelle des KartG - insbes an eine Zweckwidmung (eines merkbaren Teils) der Einnahmen aus wegen Verstößen gegen österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht verhängten Geldbußen zu Gunsten der BWB zu denken. Derzeit kommen diese Bußen zur Gänze dem Budget des BMJ zugute, obwohl das BMWFW einen maßgeblichen Teil der Kosten des öffentlichen Vollzuges trägt.

Durch eine betragsmäßige oder prozentuelle Deckelung könnte sichergestellt werden, dass eine Finanzierung nicht über das notwendige Maß hinausgeht.

Kann allerdings für die Finanzierungsfrage keine Lösung gefunden werden, kann der Tätigkeitsumfang der BWB nicht mehr in vollem Umfang aufrecht erhalten werden.

Vor diesem Hintergrund schlägt die BWB folgende Ergänzung des § 32 KartG vor:

§ 32 Abs 2 lautet:

(2) 20% der im jeweils vergangenen Jahr eingetribenen Geldbußen, mindestens jedoch vier, höchstens aber sieben Mio EUR fließen bis 1.7. des Folgejahres der Bundeswettbewerbsbehörde zu.

Teil 1: Umsetzung der Richtlinie

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die RL umsetzen orientieren sich eng am Wortlaut der Richtlinie. Daher erübrigt sich weitgehend eine Kommentierung und die folgenden Ausführungen beschränken sich auf einige wenige Aspekte bezüglich derer Spielraum bei der Umsetzung besteht:

§ 37h. Verjährung



Zu begrüßen ist die intendierte Annäherung der Verjährungsfristen im öffentlichen und privaten Kartellvollzug (zehnjährige Frist) und damit die Unterstreichung des Vorrangs oder zumindest der Gleichbehandlung der behördlichen Rechtsverfolgung im Verhältnis zur privaten.

§ 37k. Offenlegung und Verwendung von aktenkundigen Beweismitteln

Gem Erwägungsgrund 21 der RL erfassen die Verpflichtungen Einsicht zu gewähren ausdrücklich nicht die Offenlegung interner Dokumente von Wettbewerbsbehörden oder von Korrespondenz zwischen Wettbewerbsbehörden. Auch in Artikel 6 ist angeführt, dass die RL weder die nach Unionsrecht oder nationalem Recht geltenden Vorschriften noch die geltende Anwendungspraxis im Bereich des Schutzes der internen Unterlagen von Wettbewerbsbehörden und des Schriftverkehrs zwischen Wettbewerbsbehörden berührt.

Im derzeitigen Entwurf des KartG spiegelt sich aber diese mögliche Ausnahme nicht wider. Mangels Möglichkeit der Akteneinsicht war es bisher nicht notwendig, im WettbG eine Ausnahme der Einsicht in interne Vermerke und/oder den Schriftverkehr der BWB mit anderen Wettbewerbsbehörden festzuhalten. In Anbetracht des neuen § 37k. ist eine solche Ausnahme im Sinne eines Schutzes des öffentlichen Kartellrechtsvollzuges einzuführen.

Es ist daher ein absolutes Verbot der Offenlegung interner Unterlagen von Wettbewerbsbehörden und des Schriftverkehrs zwischen Wettbewerbsbehörden in § 37k aufzunehmen. Eine nähere Definition dieser Kategorien von Unterlagen kann im WettbG aufgenommen werden.

Beginn und Ende eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde

Da die §§ 37k (Offenlegung), 37h (Verjährung), 37i (Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde) auf den Begriff der „Beendigung“ des Kartellverfahrens abstellen ist es notwendig zu definieren, zu welchem Zeitpunkt ein Verfahren vor der BWB eingeleitet bzw. beendet ist. Da das Verfahren vor der BWB im WettbG geregelt ist, müssen hier auch entsprechende Änderungen vorgenommen werden. Ansonsten bleiben die Zeitpunkte auf die die oben angeführten §§ abstellen, für das Verfahren vor der BWB unbestimmt. Da keine Änderung des WettbG bisher in Begutachtung ist, muss auf den Mangel einer Definition dieser Zeitpunkte hingewiesen werden.

Teil 2: Sonstige Bestimmungen

Allgemeines

Einleitend ist festzuhalten, dass der Gesetzesentwurf eine Reihe von Änderungen des Kartellgesetzes vorschlägt, die positiv zu bewerten sind und daher ausdrücklich begrüßt werden.

Dies gilt zB für die Möglichkeit des Kartellgerichtes, auszusprechen dass hinsichtlich mit einem Zusammenschluss verbundener wettbewerbsbeschränkender Abreden kein Anlass besteht, gegen diese (nach §1 oder Art 101 AEUV) tätig zu werden (Z 2 - § 12 Abs 4) oder die Neugestaltung der Verjährungsregeln nach europäischem Vorbild (Z 4 - § 33), welche in besonderem Ausmaße begrüßenswert erscheint.

Einige andere Bestimmungen geben jedoch Anlass zu Bemerkungen.

ad Z 5 (§ 35 Abs 1)

Die Bewehrung der mittlerweile in der Jud gesicherten Verpflichtung von Adressaten eines Hausdurchsuchungsbefehles, wenn elektronisch vorhandene Informationen sichergestellt werden sollen, Zugang zu diesen Informationen zu gewähren, auf Verlangen einen elektronischen Datenträger in einem allgemein gebräuchlichen Dateiformat auszufolgen oder herstellen zu lassen und desweiteren die Herstellung einer Sicherungskopie der auf den Datenträgern gespeicherten Informationen zu dulden (zB OGH als KOG, 16 Ok 7/11) mit einer Strafdrohung wird naturgemäß begrüßt.

Abzuwarten wird jedoch sein, wie die zu Grunde liegende Verpflichtung im WettbG formuliert sein wird. Hier wird aufs nachdrücklichste angeregt, sie klar und unmissverständlich zu gestalten und das Zugriffsprinzip (dh den Grundsatz, dass sich der Hausdurchsuchungsbefehl sich auch auf elektronisch gespeicherte Unterlagen erstreckt, solange sie in den vom Hausdurchsuchungsbefehl erfassten Räumlichkeiten eingesehen werden können) zweifelsfrei festzuschreiben.

ad Z 6 (§ 37 Abs 1)

Das Vorhaben, klarzustellen, dass sowohl stattgebende als auch ab- oder zurückweisende Entscheidungen sowie solche über die Erlassung einstweiliger Verfügungen von der Veröffentlichungspflicht in der Ediktsdatei umfasst sind, wird begrüßt.

Die Bundeswettbewerbsbehörde erinnert in diesem Zusammenhang noch einmal an ihren Vorschlag, eine nicht-vertrauliche Fassung der Gutachten der vom Gericht bestellten Sachverständigen für Wettbewerbsökonomie gleichfalls zu veröffentlichen.

Dies würde vor dem Hintergrund der großen Bedeutung der Gutachten nicht nur einen weiteren Schritt in Richtung Transparenz des kartellgerichtlichen Verfahrens darstellen und eine Peer-Review durch andere Ökonomen ermöglichen, sondern auch der österreichischen Kartellrechtspraxis wesentliche Anstöße geben können.

Aus diesem Grund wird der Vorschlag an dieser Stelle noch einmal mit dem Ersuchen um ernsthafte Prüfung zur Diskussion gestellt.

ad Z 10 (§ 49 Abs 3)

Seit langer Zeit wird von der Kartellrechtspraxis praktisch einhellig gefordert, eine zweite Tatsacheninstanz einzurichten, dh den OGH zu veranlassen, Feststellungsmängel umfänglicher aufzugreifen, als es nach der bisherigen Jud der Fall war. Der Oberste Gerichtshof als KOG vertritt ja in stRsp die Meinung, ausschließlich als Rechtsinstanz tätig zu werden; zur Überprüfung der Beweiswürdigung sei er in keinem Fall berufen (zB RIS-Justiz RS01123662).

Er beschränkte damit auch insbes die im kartellgerichtlichen Verfahren besonders relevante Frage der Anfechtung der Ergebnisse von Sachverständigengutachten, die Tatsacheninstanzen ihren Ent-



scheidungen zu Grunde legen, wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung auf Fälle, bei denen dem Sachverständigen bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0043168; zitiert nach *Hainz-Sator in Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005⁶ (2016) § 49 Rz 29).

Vor diesem Hintergrund ist die von den Autoren des Entwurfes bekundete, einleitend genannte Absicht, den OGH zur Überprüfung von Tatsachenrügen zu verpflichten, vorbehaltlos positiv zu bewerten.

Gleiches kann leider von der praktischen Umsetzung, dh der Textierung des Vorschlages, nicht gesagt werden.

Der Entwurfstext orientiert sich - wie die Verfasser in den EB darlegen - an § 281 Abs 1 Z 5a StPO. Bevor man den Text überhaupt einer näheren Analyse unterzieht, ist die Frage zu stellen, warum eigentlich.

Das Kartellgericht und das Kartellobergergericht entscheiden (soweit das KartG nicht abweichende Regelungen trifft) in Angelegenheiten nach dem KartG im Verfahren außer Streitsachen (§ 38 KartG) und damit dank zahlreicher Verweise des AußStrG auf die ZPO vielfach auf Grund letzterer.

Sowohl ZPO (anstatt vieler *Pimmer in Fasching/Konecny*² § 467 ZPO Rz 39) als auch AußStrG (zB *Kodek in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 53 Rz 1) sehen bekanntlich einen umfassenden Rechtsmittelgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung vor.

Warum die Autoren des ggstdl Entwurfes daher ausgerechnet § 281 Abs 1 Z 5a StPO als Vorbild gewählt haben, bleibt - zumal hierfür in den EB auch kein Grund genannt wird - prima facie also unklar.

Die Lektüre einschlägiger Lit (zB *Ratz in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 470: „*Ein Urteil ist genau dann nichtig iSd Z 5 a, wenn [...] die Tatrichter das ihnen nach § 258 Abs 2 zweiter Satz gesetzlich zustehende Beweiswürdigungsermessen in einer Weise gebraucht haben, das – aus Sicht des OGH – nicht bloß Bedenken hervorruft, sondern geradezu den von Nowakowski [...] stammenden Ausruf provoziert: „Dieser Überzeugung kann man vernünftigerweise denn doch nicht sein!“* „) lässt jedoch in der Folge die Befürchtung aufsteigen, der Entwurfstext werde in Wahrheit wenig bewirken.

„*Grob unvernünftige*“ (*Ratz aaO* unter Zitierung von *Jud*) Ermessensausübung wird - ebenso wie der oben angesprochene „Verstoß gegen zwingende Denkgesetze“, der schon jetzt eine Anfechtungsmöglichkeit eröffnet - in der Praxis nur in den allerseltensten Fällen vorkommen. De facto würden also auch nach der Novelle zahlreiche Beweiswürdigungsmängel weiterhin nicht gerügt werden können, ändern würde sich daher wohl wenig - eine Einschätzung, die im übrigen auch informell von der BWB befasste Praktiker voll und ganz teilen.

Im Ergebnis wird die vorliegende Bestimmung des Entwurfes daher nicht nur aus dem rechtsdogmatischen Grund, dass die Anlehnung an die StPO sachfremd und willkürlich - und im Ergebnis daher uU sogar gleichheitswidrig - ist, wo an sich eine Orientierung an (stRsp und hL zu) AußStrG und ZPO ge-



boten wäre, abgelehnt, sondern insbes auch deswegen, weil sie deutlich zu wenig weitgehend ist und in der vorliegenden Form das nach eigenem Bekunden gesteckte Ziel klar verfehlen wird.

Es wird daher nachdrücklich angeregt, systemkonform eine Regelung vorzusehen, die sich AußStrG und ZPO zum Vorbild nimmt.

ad Z 19 (§ 86 Abs 4)

Wie der Entwurf der EB richtig festhält, sorgte die Übergangsbestimmung zur Ausnahme von Hardcore-Kartellen aus der Bagatellkartell-Regelung in der Praxis für Rechtsunsicherheit. Nach dem ersten Satz (und den völlig missglückten EB zur damaligen Novelle) des § 86 Abs. 4 fallen Hardcore Kartelle, die nach dem 28. Februar 2013 gebildet werden, nicht mehr unter die Bagatellausnahme. Weder Text der Bestimmung noch Materialien treffen aber eine Aussage darüber, welches Regime auf Kartelle anzuwenden ist, die vor dem 1. März 2013 gebildet wurden.

Die Autoren des vorliegenden Entwurfes verneinen nunmehr unter Hinweis auf das Rückwirkungsverbot, diese Alt-Hardcorekartelle bis zum Inkrafttreten der ggstdl Novelle weiterhin privilegieren zu müssen. Eine solche Lösung ist nicht nur rechtspolitisch abzulehnen - warum sollen Hardcore-Kartelle eine 3,5 jährige Übergangsfrist [März 2013 bis Ende 2016] eingeräumt bekommen? - sondern, anders als im Entwurf suggeriert, nicht alternativlos.

Unbestritten ist, dass die alte Regelung, die bis Ende Feb 2013 galt und auch Hardcore-Kartelle in den Genuss der Bagatellausnahme kommen ließ, seit 1. März 2013 nicht mehr dem Rechtsbestand angehört. Mit sehr gutem Grund ist deswegen argumentiert worden, weder die alte noch die neue Bagatellregelung gelte für diese Hardcore-Kartelle: die neue gelte nur für die neu gebildeten Bagatellkartelle und die alte sei nicht mehr in Kraft. Andere (so auch *Matousek* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005⁶ (2016) § 86 Rz 6 ff) vertreten, die derzeit in Geltung stehende Regelung gelte in vollem Umfang auch für die alten Hardcore-Kartelle.

Warum die Autoren des Entwurfes sich gerade für die einzige der mehreren Interpretationsmöglichkeiten der Bestimmung entschieden haben, die unter Berufung auf das Rückwirkungsverbot dazu zwingt, Hardcore-Kartelle über Jahre sanktionslos und zivilrechtlich gültig (und damit auch gerichtlich durchsetzbar!) zu halten, bleibt völlig unklar.

Die BWB vertritt die Auffassung, dass zu prüfen wäre, ob nicht *Thyri* (Nachweis bei *Matousek* aaO) zuzustimmen ist, der hervorhebt, dass der Gesetzgeber ab

„1. 3. 2013 eine Angleichung an die De-Minimis Regeln des Unionsrechts gewollt hat und dass somit seit diesem Zeitpunkt eine Regelung Teil des autonom österreichischen Normenbestands ist, die mit dem Unionsrecht inhaltsgleich und „zum Zweck einer „Gleichbehandlung“ rein nationaler und zwischenstaatlicher Sachverhalte eingeführt worden ist. Eine rein national-rechtliche Auslegung (Umkehrschluss aus § 86 Abs 4 Satz 1 KartG) hätte hier [. . .] iS der [von Thyri, *ecolx* 2015, 135 umfassend] dargestellten Rsp des EuGH hinter den Prinzipien der unionsrechtskonformen Interpretation [. . .] zurückzustehen.“ (*Matousek* aaO)



Es ist mehr als zweifelhaft, ob der vorliegende Entwurf den angesprochenen Vorgaben der Jud des EuGH gerecht wird. Davon abgesehen stellt sich die Frage, ob eigentlich irgendetwas dafür spricht, dass der Gesetzgeber (von 2013) Hardcore-(Alt-)Kartelle dauerhaft - die jetzt geplante Novelle war ja damals nicht absehbar - gegenüber neu gebildeten Hardcore-Kartellen privilegieren wollte. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch den Erläuterungen lässt sich eine solche Absicht nachvollziehbar ableiten; im Gegenteil sprechen die Materialien klar dafür, dass er eine (vollständige und nicht bloß lückenhafte) Angleichung an das Unionsrecht gewollt hat.

Vor diesem Hintergrund wird dringend ersucht, den Entwurf in dieser Hinsicht noch einmal grundsätzlich zu überdenken und entsprechend zu überarbeiten.

Exkurs: § 209b StPO

Der Bundeswettbewerbsbehörde ist bewusst, dass weder die Kronzeugenregelung noch der für ihr langfristiges Funktionieren unabdingbare § 209b StPO Thema des gegenständlichen Begutachtungsverfahrens sind, möchte aber trotzdem noch einmal auf die Bedeutung der letztgenannten Bestimmung hinweisen, die für die Effektivität des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms im Bereich von Submissionsabsprachen sehr wichtig ist. Würden sich Unternehmen durch ihren Beitrag zur Aufklärung einer (geheimen und daher ansonsten nur sehr schwer aufdeckbaren) Zuwiderhandlung zwar der Verhängung einer Geldbuße entziehen aber dafür ihre leitenden Mitarbeiter einer Strafverfolgung aussetzen, wäre es sehr unwahrscheinlich, dass Unternehmen als Kronzeugen an die BWB herantreten.

Zwar ist die Bestimmung seit Inkrafttreten noch nicht in Anspruch genommen worden, dies jedoch vor dem Hintergrund, dass Kronzeugenprogramme traditionell eine etwas längere Anlaufzeit benötigen, zumal die Hemmschwelle bis zum Bekanntwerden der ersten Fälle und der sich darin abzeichnenden Behördenpraxis deutlich höher ist.

Ein weiterer Faktor in diesem Zusammenhang könnte sein, dass nach den ho vorliegenden Informationen im Bereich des BMJ kein "Handbuch" für die Handhabung des do Kronzeugenprogrammes existiert. Die Erfahrungen der BWB im Anwendungsbereich des WettbG lassen vermuten, dass die Erlassung bzw Veröffentlichung eines solchen einen wichtigen Beitrag zur Attraktivität des jeweiligen Programmes leisten könnten.

Vor dem Hintergrund mehrerer laufender Ermittlungen der BWB im Bereich der Submissionsabsprachen erscheint es in höchstem Ausmaße wahrscheinlich, dass in den nächsten Jahren weiterhin laufend Unternehmen als Kronzeugen an die BWB herantreten und ihr damit weitere Ermittlungen und damit eine effiziente Durchsetzung des Kartellverbotes ermöglichen. Dies wird jedoch nur möglich sein, wenn die bestehende, im europäischen Vergleich ua von Vertretern der Europäischen Kommission lobend hervorgehobene Bestimmung des § 209b in Kraft bleibt.

Die Bundeswettbewerbsbehörde nimmt daher das vorliegende Begutachtungsverfahren zum Anlass, nachdrücklich eine Verlängerung der Bestimmung anzuregen.



Dr. Peter Matousek
Geschäftsstellenleiter