

**STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT e.V.**  
Österreichische Landesgruppe

Bundesministerium für Justiz  
Herrn SL-Mag. Christian Pilnacek

per e-mail

[Team.S@bmi.gv.at](mailto:Team.S@bmi.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, am 1. Oktober 2010

**Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Ministerialentwurf  
„Strafrechtliches Kompetenzpaket“, 187/ME XXIV. GP**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Rundschreiben des Bundesministeriums für Justiz vom 18.8.2010 wurde der Entwurf eines „Strafrechtlichen Kompetenzpakets“ versendet.

Die Studienvereinigung Kartellrecht ist eine Vereinigung von Rechtsanwälten in Deutschland, Österreich und der Schweiz, die einen Arbeitsschwerpunkt im Bereich des Kartellrechts haben. Ziel der Studienvereinigung ist es, die Entwicklung des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts im deutschsprachigen Bereich zu fördern. Die Studienvereinigung Kartellrecht hat ca. 1.000 Mitglieder, davon mehr als 40 österreichische Rechtsanwälte. Soweit ersichtlich, sind in der großen Mehrheit der Verfahren vor Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt und Kartellgericht, in dem sich Unternehmen, Verbände und/oder Verbraucherorganisationen von Anwälten vertreten lassen, Mitglieder der Studienvereinigung tätig.

Daher verfügt die Studienvereinigung über eingehende Erfahrungen aus der Sicht eines "Normunterworfenen" mit der Vollzugspraxis im österreichischen Wettbewerbsrecht, insb. auch in den bisher von der Bundeswettbewerbsbehörde und dem Kartellgericht behandelten Verfahren, denen Anträge nach der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung des § 11 Abs 3 WettbG zugrunde lagen. Die Studienvereinigung hofft, mit der vorliegenden Stellungnahme, an der vor allem die Mitglieder Dr. Axel Reidlinger, Dr. Wolfgang Schäfer und Dr. Hanno Wollmann mitgewirkt haben, diese Erfahrungen in den laufenden Gesetzgebungsprozess einbringen zu können. Innerhalb offener Frist erlaubt sich die Studienvereinigung Kartellrecht daher, folgende Stellungnahme in Bezug auf die neue, in § 209a StPO enthaltene „große Kronzeugenregelung“, soweit sie die Anwendung im Bereich des Kartellrechts betrifft, abzugeben:

## 1. Neuerungen durch § 209a StPO

Die Änderungen, die die Kronzeugenregelung für die österreichische Kartellrechtvollziehung bedeuten, werden im vorliegenden Ministerialentwurf (187/ME XXIV. GP, S.19) zutreffend hervorgehoben.<sup>1</sup> In den seit Einführung des Kronzeugenprogramms per 1.1.2006 von der BWB zur Anzeige gebrachten Kartellverfahren hat sich gezeigt, dass die Aufdeckung von Kartellen ohne Kronzeugenprogramm praktisch nicht stattfindet. Jedenfalls unter den derzeitigen Rahmenbedingungen (Stellenplan, budgetäre Ausstattung etc), unter denen die BWB operiert, ist eine glaubwürdige Verfolgung gravierender Kartellverstöße nahezu ausschließlich mit Hilfe dieses Programmes darstellbar.

Allerdings hat die Anwendung der Kronzeugenregelung in den ersten Jahren auch gewisse externe Störfaktoren zum Vorschein gebracht, welche ihre Effizienz beeinträchtigen. So wirkt die Geldbußenbefreiung gem § 11 Abs. 3 WettbG nur für Unternehmen (die allerdings als indirekte Folge ihrer Kooperation auch von Schadenersatzforderungen betroffen sein können), schützt aber nicht diejenigen Mitarbeiter, die zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben vor strafrechtlicher Verfolgung insbesondere unter Heranziehung der §§ 168b bzw. 146ff StGB, die – wenn auch nur bei gewissen Formen kartellrechtlich verbotener Absprachen – parallel zur strafrechtlichen Verfolgung der Unternehmen erfolgen kann.

Die Kooperationswilligkeit von Mitarbeitern eines Unternehmens, das an einem Kronzeugenprogramm teilnimmt, und damit die Effizienz des Kronzeugenprogramms an sich, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob diese Mitarbeiter damit rechnen müssen, dass von ihnen preisgegebene Informationen gegen sie verwendet werden und zu einer Strafverfolgung führen können. Eine Regelung wie die des § 209a StPO (insb Abs 4 und 5) ist demnach eine Grundvoraussetzung dafür, dass die Kronzeugenregelung im Kartellrecht auch in Zukunft die Vollziehung des österreichischen Kartellrechts in dieser Form ermöglicht und ihre volle Wirksamkeit entfalten kann.

Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt daher aus Sicht des Kartellrechts die geplante Neuregelung, ist sich aber bewusst, dass sich diese in das System der österreichischen Rechtsordnung einfügen muss und in dieser Hinsicht von einem erheblichen Teil der Anwaltschaft Bedenken gegen die „Große Kronzeugenregelung“ bestehen. Dahinter stehen neben rechtspolitischen und dogmatischen Überlegungen letztlich wohl auch ethische Bedenken dagegen, ein „Denunziantentum“ in der Gesellschaft zu fördern. Solche Bedenken werden von vielen Kartellanwälten geteilt. Sie vermögen aber nichts an der Tatsache zu ändern,

<sup>1</sup> So auch die BWB in einer Pressemitteilung vom 16.04.2009: „Kronzeugenregelung im Kartellrecht hat sich bewährt – Bundeswettbewerbsbehörde zieht positives Resümee über die ersten drei Jahre“, in der die positiven Erfahrungen mit dem Instrument der Kronzeugenregelung aus Sicht der BWB hervorgestrichen werden.

dass die Kronzeugenregelung im Wettbewerbsrecht ein durchschlagend erfolgreiches Ermittlungsinstrument ist. Die Praxis zeigt, dass sich kaum ein Unternehmen dem bewussten „Gefangenendilemma“, das mit einer solchen Regelung provoziert wird, zu entziehen vermag. Letztlich wird der Gesetzgeber die Abwägung zwischen sozialpolitischen Erwägungen einerseits und der Effizienz in der Rechtsdurchsetzung andererseits vorzunehmen haben.

## 2. Rechtsanspruch auf Kronzeugenstatus

Für die praktische Effizienz einer Kronzeugenregelung ist – wie die Erfahrung im Kartellrecht zeigt – vor allem die einfache Anwendbarkeit und Vorhersehbarkeit für alle Betroffenen zu nennen. Die im Sinne der Vorhersehbarkeit beste Lösung wäre ein verbindlicher Rechtsanspruch auf Kronzeugenstatus bei Erfüllen der vorgesehenen Kriterien. Im vorliegenden Ministerialentwurf wird ein subjektives Recht auf eine Erledigung gem. § 209a StPO jedoch explizit ausgeschlossen.<sup>2</sup> Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, dass eine Beurteilung des Einzelfalles erforderlich ist, zumal Kronzeugenprogramme die Ausübung von Verteidigungsrechten anderer Beschuldigter gefährden können, so könnte dieser Umstand – dass nämlich der "Whistleblower" im Ungewissen gelassen wird, ob er auch wirklich in den Genuss des Kronzeugenschutzes kommt, die Regelung für ihre Adressaten als zu wenig attraktiv erscheinen lassen, so dass sie ins Leere laufen könnte, mit Folgen auch für die Attraktivität der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung für Unternehmen.

Freilich haben sich entsprechende – vor Inkrafttreten der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung vor fünf Jahren geäußerte – Bedenken gegen ein vergleichbares Ermessen der BWB nach § 11 Abs 3 WettbG ("*Die BWB kann davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße gegen Unternehmer ... zu beantragen, die ...*") bisher als unbegründet erwiesen, weil die BWB dieses Ermessen ihrem Interesse an einer attraktiven Kronzeugenregelung untergeordnet hat. "Die Kronzeugen werden auf Händen getragen,"<sup>3</sup> soll damit kooperationswilligen Unternehmen signalisiert werden. Ein ähnliches öffentliches Bekenntnis wäre auch seitens der Strafverfolgungsbehörden wünschenswert, wenn die Kronzeugenregelung die vom BMJ bzw vom Gesetzgeber in sie gesetzten Hoffnungen erfüllen soll. Wichtig ist jedenfalls, aus kartellrechtlicher Sicht vor dem Hintergrund der Diskussion über die Rekriminalisierung des Kartellrecht<sup>4</sup> die Wirksamkeit der Kronzeugenregelung zu gewährleisten, indem außer Frage gestellt wird, dass der Kronzeugenschutz verlässlich vor strafrechtlicher Verfolgung bewahrt und Rechtssicherheit für Mitarbeiter eines Unternehmens bietet, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms mit den Behörden kooperieren. Entscheidend für die Effizienz der Kronzeugenregelung ist es, dass die Option des Informanten, durch

<sup>2</sup> 187/ME XXIV. GP, Seite 18.

<sup>3</sup> Vgl die entsprechende Aussage des BWB-Pressesprechers *Keznickl*, Die Presse, 27.9.2007, R 3.

<sup>4</sup> Vgl zB *Eilmansberger*, Die strafrechtliche Sanktionierung von Kartelldelikten, in *Eilmansberger/Holoubek (Hrsg)*, Wirtschaftsstrafrecht (2008) 159, 181ff.

Kooperation Straffreiheit zu erlangen, vorhersehbar ist. Dies ist vor allem auch eine Frage, die in der Vollziehung des neuen § 209a StPO zu beachten sein wird.

Im Hinblick auf den Hinweis im Ministerialentwurf, dass § 209a StPO an die Regelungen über Diversion anknüpfen soll<sup>5</sup>, scheint es angebracht darauf hinzuweisen, dass die Regelungsgegenstände von Diversion und Kronzeugenregelung für die Betroffenen im Ergebnis zwar ähnlich sind, aber dennoch wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten bestehen. Während die Diversion eine Form der staatlichen Reaktion auf bereits bekanntes strafbares Verhalten bei einem hinreichend geklärten Sachverhalt darstellt, die nicht in einem Strafverfahren mit Urteil und Strafe und einer damit verbundenen Bescholtenheitswirkung besteht, sondern gerade bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Diversion unerwünschte und unnötige Stigmatisierungseffekte vermieden werden können, zielt eine „Große Kronzeugenregelung“ im Strafrecht primär darauf ab, bis dato unbekanntes strafbares Verhalten zu enthüllen und einer strafrechtlichen Reaktion überhaupt erst zuführen zu können und im Gegenzug dafür einen Kronzeugen zu privilegieren. Aufgrund dieser besonderen Situation ist es notwendig, dass Kronzeugen durch ein subjektives Recht auf Straffreiheit ähnlich zu den bewährten Regelungen im Kartellrecht ein möglichst klarer und idealerweise verbindlicher Rechtsanspruch auf Straffreiheit bzw auf Rücktritt von der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft gewährt wird. Aus diesem Grund erscheint die geplante legislative Umsetzung im Rahmen der Regelungen über die Diversion dem Wesen eines Kronzeugen nicht entsprechend.

### 3. Zur Rolle des Bundeskartellanwaltes

Der vorliegende Ministerialentwurf siedelt die Kompetenz zur Verständigung der Staatsanwaltschaft beim Bundeskartellanwalt an. Dem Bundeskartellanwalt soll eine zentrale Rolle bei der Auswahl geeigneter strafrechtlicher Kronzeugenfälle aus den jeweils vorläufig positiv erledigten kartellrechtlichen Kronzeugenfällen der BWB für die ebenfalls gegenüber dem BMJ weisungsgebundenen Staatsanwaltschaft zukommen (*"Der Bundeskartellanwalt hat die Staatsanwaltschaft ... zu verständigen, wenn es ... unverhältnismäßig wäre, die Mitarbeiter ... zu verfolgen, soweit sie ... mit der Bundeswettbewerbsbehörde ... zusammenarbeiten und schriftlich erklärt haben, Staatsanwaltschaft und Gericht ihr gesamtes Wissen ... zu offenbaren ..."*).

Nach Auffassung der Studienvereinigung eignet sich der Bundeskartellanwalt grundsätzlich gut für diese Aufgabe, weil er nach § 36 Abs 3 KartG iVm § 11 Abs 3 letzter Satz WettbG ohnehin regelmäßig gut über die betreffenden Kronzeugenfälle der BWB informiert ist. Auch vom zeitlichen Ablauf fügt sich diese Verständigungspflicht des Bundeskartellanwalts gut in die Zeitschiene der beiden Verfahren (Kartellverfahren, Strafverfahren) ein, weil die BWB meist erst nach Abschluss der eigenen Ermittlungstätigkeit und kurz nach Antragstellung beim

<sup>5</sup> 187/ME XXIV. GP, Seite 18.

Kartellgericht ihrer Anzeigepflicht nach der StPO bei der Staatsanwaltschaft nachkommt, um ihre eigenen Ermittlungen nicht zu gefährden; vorher ist der Staatsanwaltschaft der betreffende Fall idR also gar nicht bekannt.

Dennoch scheint rechtspolitisch die Frage berechtigt, ob mit der Zuweisung dieser Rolle an den Bundeskartellanwalt nicht eine weitere Verkomplizierung des ohnehin schon sehr komplexen verwaltungsbehördlich-zivilgerichtlichen Mischsystems der drei Wettbewerbsbehörden (Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt, Kartellgericht) geschaffen wird. Man könnte sich fragen, warum nicht gleich die BWB die Verständigung gegenüber der Staatsanwaltschaft übernehmen soll.

Letztlich wird mit der Einschaltung des Bundeskartellanwaltes aber ein System von „Checks and Balances“ innerhalb der Vollziehung des Kartellrechts geschaffen, welches – in gewisser Weise – nicht ohne Vorbild ist. Auch innerhalb der Europäischen Kommission gibt es eine eigene Dienststelle (den Anhörungsbeauftragten), der außerhalb der Ermittlungsabteilungen steht und aus neutralerer Position auf die Einhaltung der Verfahrensrechte der Beschuldigten achtet. Eine solche Funktion könnte auch im Rahmen der Kronzeugenregelung für natürliche Personen Bedeutung erlangen. Immerhin hängt die Zuerkennung des Kronzeugenstatus davon ab, ob der Beschuldigte *uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde* zusammenarbeitet. Es erscheint durchaus zweckmäßig, dass etwa über die Frage, was „uneingeschränkt und zügig“ ist, nicht unbedingt der ermittelnde Beamte, sondern eine neutrale Stelle entscheidet. Dass dies die BWB zu mehr Transparenz in ihrer Ermittlungstätigkeit zwingt, ist aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen. Immerhin erhalten beim derzeitigen Stand der Praxis beschuldigte Unternehmen nicht einmal Einblick in die Ermittlungsakte der BWB, geschweige denn ein Recht dazu, ihrerseits die Aufnahme bestimmter Entlastungsbeweise zu beantragen.

Letztendlich hält die Studienvereinigung die im Entwurf vorgesehene gewichtige Entscheidungskompetenz des Bundeskartellanwalts unter den derzeitigen Verhältnissen – also mit dem aktuell amtierenden Bundeskartellanwalt und ohne Ausübung des ihm gegenüber bestehenden BMJ-Weisungsrechts in der Verwaltungspraxis – für unproblematisch, wenn auch nicht ausgeschlossen ist, dass in anderen personellen Konstellationen in dieser Mechanik aber Reibungsverluste bei der Erreichung des angestrebten Ziels entstehen könnten (etwa wenn eine allzu restriktive Anwendung von § 209a Abs 4 seitens des Bundeskartellanwalts unter Einflussnahme des BMJ die Bereitschaft von Unternehmen zur freiwilligen Kooperation mit der BWB für die einschlägigen Sachverhalte beeinträchtigt).



## 4. Regelungslücken und offene Fragen

### 4.1 Unzureichend ausgestalteter Schutz vor Zugriff auf den Kartellakt

Eine durch § 209a StPO nicht aufgegriffene Schwäche der Kronzeugenregelung ist der unzureichend ausgestaltete Schutz von Daten des Kartellaktes iSd § 39 KartG vor der Einsicht durch Dritte bei anhängigen Strafverfahren. Wie der OGH in der Rechtssache 16 Ok 3/10 vom 22.6.2010 festgestellt hat, hat wenn „eine Staatsanwaltschaft ein Begehren auf Amtshilfe durch Übersendung eines Kartellakts [...] [stellt], das Kartellgericht diesem Ersuchen ohne Rücksicht auf die in § 39 Abs 2 KartG normierten besonderen Parteirechte im Kartellverfahren zu entsprechen.“ Das bedeutet, dass selbst wenn § 209a Abs. 4 StPO des Ministerialentwurfs zur Anwendung käme, der Zugriff auf Inhalte aus dem gemäß § 39 KartG geschützten Kartellakt möglich wäre. Ein wesentlicher Teil des Kartellaktes sind typischerweise die Kronzeugenanträge. Darüber hinaus kommt es immer wieder vor, dass Aktenteile aus Strafakten der Öffentlichkeit zur Kenntnis gelangen. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist sich bewusst, dass das Interesse an einer umfassenden Strafverfolgung hoch zu bewerten ist. Kartellverfahrensakten sind jedoch in der Regel so heikel, dass der Zugang über den „Umweg“ des Strafverfahrens tunlichst verhindert bzw. so eingeschränkt werden sollte, dass Geheimhaltungsinteressen der Verfahrensparteien einer möglichst geringen Beeinträchtigung unterliegen. In der Praxis führt die derzeitige Rechtslage dazu, dass es äußerst schwierig ist, die Gefahren eines Kronzeugenantrages abzuschätzen. Dies mindert naturgemäß auch die Kooperationsbereitschaft potentieller Kronzeugen.

Bei Kronzeugenfällen der Europäischen Kommission ist dieser Schutz hingegen lückenlos gewährleistet. So hat die Kommission in ihrer "Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen"<sup>6</sup> ihr Verfahren zum Schutz von (wahlweise auch mündlichen) Unternehmenserklärungen kodifiziert (Rn 31 bis 35), durch das Kronzeugenanträge vor Offenlegungsanordnungen in zivilrechtlichen Schadenersatzprozessen bewahrt werden sollen. Damit soll sichergestellt werden, dass Antragsteller im Rahmen ziviler Gerichtsverfahren jedenfalls in dieser Hinsicht nicht schlechter dastehen als nichtkooperierende Unternehmen.<sup>7</sup> Eine vergleichbare Regelung im österreichischen Verfahrensrecht scheint dringend geboten, um eines der erklärten Ziele des vorliegenden Gesetzesentwurfs (nämlich die Absicherung des kartellrechtlichen Kronzeugenregel des § 11 Abs 3 WettbG) noch besser zu erreichen.

<sup>6</sup>

ABI 2006 C 298/17.

<sup>7</sup>

Vgl allgemein zum Spannungsverhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung Jüntgen, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128.

Bei all dem ist zu berücksichtigen, dass Kronzeugenanträge – so wertvoll sie als Ermittlungsinstrument sind – natürlich auch ein Gefahrenpotenzial für die Ermittlung der materiellen Wahrheit in sich tragen: An den Wahrheitsgehalt von Aussagen, die gemacht werden, um für sich selbst Straffreiheit zu erlangen, die man nur erhält, wenn man den Erwartungshaltungen der ermittelnden Behörde entspricht, dürfen keine hohen Erwartungen geknüpft werden. Das ist eine allgemeine Beobachtung, die sich in der kartellrechtlichen Praxis bestätigt. Viele Kronzeugenanträge sind zwar nicht geradezu unrichtig, aber „in vorseilendem Gehorsam“ tendenziös zu Lasten der übrigen Beschuldigten verzerrt. Einer professionellen Handhabung von Kronzeugenanträgen entspricht es daher, diese nicht „für bare Münze“ zu nehmen, sondern die darin enthaltenen Informationen „bloß“ zu verwenden, um zielgerichtet eigene behördliche Ermittlungen anzustellen. Diese Dynamik spricht aber klar dafür, dass zumindest Kronzeugenanträge von der Akteneinsicht durch Privatbeteiligte im Strafverfahren ausgenommen sein sollten. Das ist angesichts der Entscheidung des OGH in 16 Ok 3/10 nicht hinreichend gewahrt und eine ernsthafte Gefährdung des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms.

#### **4.2 Anwendung des Kronzeugenschutzes bei Kartellverfahren von ausländischen Wettbewerbsbehörden und der EU-Kommission**

Möglicherweise aufklärungsbedürftig ist die Anwendung des strafrechtlichen Kronzeugenschutzes bei Kartellverfahren von ausländischen Wettbewerbsbehörden und insbesondere der Europäischen Kommission. Im vorliegenden Entwurf wird in § 209a Abs 4 StPO auf die „*Erklärungen nach § 84 des Kartellgesetzes*“ verwiesen. Fraglich erscheint, ob dies bedeutet, dass auch kooperative Mitarbeiter von jenen Unternehmen, die nicht bei der BWB, sondern unter Umständen auch bei der Europäischen Kommission oder bei ausländischen nationalen Wettbewerbsbehörden kartellrechtlichen Kronzeugenschutz beantragt haben, entsprechenden Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung erhalten sollen. Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig.

Wenn der Schutz auch solche Mitarbeiter umfassen soll, schiene jedoch die Voraussetzung „*soweit sie uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde zwecks vollständiger Aufklärung des Sachverhaltes zusammenarbeiten*“ in diesen Fällen zu eng gefasst. Wenn hingegen Kartell-Kronzeugenfälle bei der Europäischen Kommission, die durchaus eine strafrechtliche Verfolgung von Organen und Mitarbeitern der betreffenden Unternehmen durch die österreichischen Strafbehörden nach sich ziehen können, von § 209a (4) StPO nicht erfasst wären, dann bestünde ein Rechtsschutzlücke für die betroffenen Mitarbeiter, da in der Praxis kartellrechtliche Kronzeugenanträge von Unternehmen oftmals parallel bei der

Kommission und der BWB gestellt werden und die Kommission sodann entscheidet, ob sie selbst oder die BWB das Verfahren führen soll. Insofern erscheint es notwendig, dass auch auf die Gegebenheiten des dezentralen Kartellrechtvollzugs im Netzwerk der Europäischen Wettbewerbsbehörden welches seit 2004 seit Inkrafttreten der VO 1/2003 existiert, stärker Rücksicht genommen wird.

Die Studienvereinigung Kartellrecht hofft, auf diesem Wege einige Erfahrungen ihrer Mitglieder aus der Praxis (insb mit der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung) in den weiteren Gesetzgebungsprozess für die Schaffung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung einfließen zu lassen.

Für eine Diskussion dieser Stellungnahme stehen die Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

MMag. Dr. Astrid Abrasser-Neuhuber

