



1 Präs. 1627-421/12s

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs
zum Entwurf einer Novelle zum Kartellgesetz 2005,
Wettbewerbsgesetz und Nahversorgungsgesetz**

1. KartellG-Novelle

a) **§ 14 Abs 1 letzter Satz KartG neu** sieht vor, dass sich die nach geltender Rechtslage fünfmonatige Untersagungsfrist für Zusammenschlüsse verlängert, soweit dies der Anmelder innerhalb der Frist gegenüber dem Kartellgericht begehrt.

Weder der neue Gesetzestext noch die Erläuterungen stellen klar, um welchen konkreten Zeitraum sich die Untersagungsfrist verlängert, falls dies vom Anmelder begehrt wird. Damit fehlt es in diesem sensiblen Bereich an der Rechtssicherheit. Es wäre daher unbedingt klarzustellen, welche (verlängerte) Frist für die Untersagung bei entsprechender Antragstellung offensteht.

b) **§ 28 Abs 1a KartG neu** nennt Fälle, in denen ein berechtigtes Interesse vorliegt, eine kartellrechtliche Zuwiderhandlung gerichtlich feststellen zu lassen. Der in § 28 Abs 1a lit 2 erster Halbsatz KartG neu beschriebene Fall („... um Schadenersatz wegen der Zuwiderhandlung geltend zu machen“) ist so allgemein gefasst, dass die genauen Tatbestandsvoraussetzungen unklar sind.

Die Bestimmung kann einerseits so verstanden werden, dass es genügt, im Antrag eine entsprechende Absicht künftiger Klagsführung zu behaupten; sie kann aber auch dahin ausgelegt werden, dass der Antragsteller schlüssig behaupten muss, durch das festzustellende Verhalten einen Schaden erlitten zu haben, den er geltend zu machen beabsichtigt.

Um das Kartellgericht und antragstellende Unternehmen vor frustrierten Verfahrensaufwendungen zu bewahren, wäre einer Auslegung in letzterem Sinne der Vorzug zu geben und der Gesetzestext in diesem Sinne klarzustellen. Damit würden Feststellungsverfahren vermieden werden, die von vornherein nicht als Grundlage eines Schadenersatzprozesses dienen können.

c) **§ 30 Abs 2 KartG neu** nennt als Erschwerungsgrund im Bußgeldverfahren, dass gegen den betreffenden Unternehmer „bereits ... vorgegangen“ worden ist. Vorgegangen wird auch gegen Unternehmer, gegenüber denen es zwar zu Verfolgungshandlungen gekommen ist, ohne dass aber letztlich ein Bußgeld verhängt oder ein kartellrechtswidriges Verhalten festgestellt worden wäre.

Nur in letzteren Fällen ist aber der Erschwerungsgrund eines wiederholten Verstoßes gegeben.

Es wäre daher klarzustellen, dass ein Erschwerungsgrund voraussetzt, dass eine rechtskräftige Entscheidung über die Verhängung eines Bußgeldes oder die Feststellung eines Kartellverstoßes vorliegt.

Es wird statt dessen - § 174 ZPO und § 19 Abs 5 AußStrG entsprechend - die Formulierung vorgeschlagen, dass die Regulatoren „anwesend“ sein dürfen; „Teilnahme“ ist missverständlich, weil darunter auch eine aktive Teilnahme (zB Ausübung eines Fragerechts) verstanden werden könnte (vgl zu dieser Differenzierung etwa Art 11 und 12 EuBeweisVO).

d) Die Regelung in **§ 49 Abs 2 KartG neu** ist umständlich formuliert.

Es wird vorgeschlagen, den zweiten Satz wie folgt zu vereinfachen: „Die anderen Parteien können binnen der jeweils selben Frist nach der Zustellung des Rekurses eine Rekursbeantwortung einbringen.“

2. WettbG-Novelle

Folgt man den Erläuterungen, sieht sich die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) in ihrer Ermittlungstätigkeit dadurch eingeschränkt, dass die Durchsetzung der Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften und zur Vorlage von Unterlagen von Unternehmen nur im Wege eines Auftrags des Kartellgerichts möglich ist. Die BWB soll daher die Befugnis bekommen, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen unter Anwendung des AVG mit Bescheid anzuordnen und diesen auch zu vollstrecken. Der Instanzenzug ist an den UVS Wien und – nur für die BWB – an den VwGH vorgesehen. Dies soll eine „Zwischenlösung“ bis dahin sein, wenn infolge einer Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Instanzenzug an das Kartellgericht oder das Verwaltungsgericht des Bundes möglich ist, und soll die Vollziehung des Wettbewerbsrechts „effizienter“ gestalten.

Der Oberste Gerichtshof spricht sich auf Grund folgender Bedenken gegen diese geplante Neuregelung aus:

- Verfahrensverlängerung infolge einer zusätzlichen Instanz

Nach geltendem Recht kann die Entscheidung des Kartellgerichts betreffend Auskunftsverlangen und Unterlagenvorlage durch eine Instanz (Kartellobergericht) überprüft werden. Die Novelle sieht einen überprüfenden Rechtszug durch zwei Instanzen (UVS Wien, VwGH) vor (§ 11a Abs 6 und 7 WettbG neu). Inwiefern dies die Effizienz der Vollziehung des Wettbewerbsrechts verbessert, ist ebenso wenig erkennbar wie das die geplante Neuregelung begründende Vollzugsdefizit nach geltender Rechtslage.

- fehlende Fachkompetenz im geplanten Instanzenzug

Weder der UVS Wien noch der VwGH waren bisher mit kartellrechtlichen Problemstellungen befasst. Weshalb ausgerechnet in Fragen der Auskunftsverlangen und Unterlagenvorlage auf die Sachkompetenz der in allen anderen wettbewerbsrechtlichen Fragen zuständigen Fachgerichte Kartellgericht und Kartellobergericht verzichtet werden soll, ist nicht einsichtig.

- Fehleranfälligkeit durch verfahrensrechtliche Zweigleisigkeit

Die Anwendung unterschiedlicher Verfahrensgesetze (AVG/AußStrG) in ein und der selben Materie erhöht die Fehleranfälligkeit bei der Rechtsverfolgung durch die BWB und bei der Rechtsverteidigung durch die betroffenen Unternehmen.

3. Novelle zum Nahversorgungsgesetz

Die Novelle schafft – folgt man den Erläuterungen – eine „Sonderbestimmung über den Missbrauch der Marktmacht für Energieversorgungsunternehmen“. Durch diesen neuen Missbrauchstatbestand soll „das generelle Missbrauchsverbot des § 5 KartG konkretisiert“ werden.

Der neue Tatbestand des § 2a NVG gilt nur für solche Energieversorgungsunternehmen, die allein oder zusammen mit anderen Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung haben.

Aus systematischen Erwägungen sollte die vorgeschlagene Änderung ihren Sitz im KartellG haben. Das Nahversorgungsgesetz als wettbewerbsrechtliches Sondergesetz gilt seiner Konzeption nach nämlich nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen und definiert

folglich den Begriff der Marktbeherrschung auch nicht näher (vgl dazu hingegen § 4 KartG).

Materiell knüpft es an Regelungsgegenständen hauptsächlich des UWG an (Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ 24, 44).

Die vorgeschlagene Neuregelung führt ohne Grund einen nur für marktbeherrschende Unternehmen geltenden Sondertatbestand ins NVG ein und verwässert damit das Grundkonzept dieses Sondergesetzes.

Wien, am 27. Februar 2012

Dr. Ratz