



Bundesministerium für Wirtschaft,
Familie und Jugend
Abteilung C1/4
Wettbewerbsrecht
Stubenring 1
1011 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
T 01 501 65
www.arbeiterkammer.at
DVR 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel 501 65 Fax 501 65	Datum
BMWFJ- 56.109/0002- C1/4/2011	WP-GSt/Gi/Sc	Ulrike Ginner Hemut Gahleitner	DW 2142 DW 42142	24.02.2012

Entwurf einer Novelle zum Wettbewerbsgesetz, Kartellgesetz 2005 und Nahversorgungsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung der oa Gesetzesvorschläge und möchte sich bei beiden zuständigen Ministerien für das äußerst konstruktive Gesprächsklima im Zuge der diversen Arbeitsgruppensitzungen bedanken. Darüber hinaus, freut es uns, dass zahlreiche Vorschläge aus der Beiratsstudie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ umgesetzt wurden.

Trotzdem möchten wir schon vorweg darauf hinweisen, dass wesentliche Aspekte nicht in den Entwurf aufgenommen wurden. Dies betrifft im Kartellgesetz die Punkte „Einführung des Tatbestandes des wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Fusionskontrolle“, eine Revision des § 39 Abs 2 bezüglich Akteneinsicht zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen und - aufgrund der aktuellen Vorkommnisse - eine Überarbeitung der Bußgeldbestimmungen. Das Wettbewerbsgesetz betreffend weist die BAK nochmals darauf hin, dass die gesetzliche Verankerung eines Wettbewerbsmonitoring in das Gesetz aufzunehmen ist. Positiv wird das Vorhaben zur Beweislastumkehr im Energieversorgungsbereich im Nahversorgungsgesetz bewertet; wir möchten aber darauf hinweisen, dass wir eine solche Regelung für ALLE hochkonzentrierten Branchen gefordert haben.

Zu den einzelnen Gesetzen möchte die BAK wie folgt Stellung nehmen:

A. Entwurf Novelle Kartellgesetz 2005

Die in Aussicht genommenen Bestimmungen über

1. Bagatellkartelle
2. Kollektive Marktbeherrschung
3. „Stop-the-Clock“-Verfahren
4. Konkretisierung des Preismisbrauchs
5. Feststellungsanträge sowohl gegen Kronzeugen als auch zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen
6. Einführung ergänzender Kriterien für die Geldbußenbemessung
7. Anforderungen an Geldbußanträge
8. Verstärkte Transparenz durch Entscheidungsveröffentlichung des Kartellgerichts
9. Erleichterung für Schadenersatzklagen

werden begrüßt.

Zu den Punkten „Stop-the-Clock“-Verfahren und den Regelungen für Schadenersatz möchte die BAK noch folgende Konkretisierung anregen:

Die Möglichkeit gemäß § 14 Abs 1 KartG eine „Stop-the-Clock“-Phase bei Fusionskontrollverfahren in Phase-II einzuführen wird grundsätzlich begrüßt. Die in Aussicht genommene Regelung soll es ermöglichen, ausreichend Zeit für allfällige Auflagenverhandlungen zu schaffen. Auf der anderen Seite soll der Druck für die Zusammenschlusswerber aufrecht bleiben, rasch und zielorientiert auf Wettbewerbsbedenken, die sich im Zuge des Verfahrens ergeben, zu reagieren. Es sollte daher in die Bestimmung aufgenommen werden, dass die begehrte Frist nur einmalig verlängert werden kann und darüber hinaus in Einklang mit der sinngleichen Regelung gemäß § 11 Abs 1a KartG (Fristerstreckung zur Stellung eines Prüfantrages im Phase-I-Verfahren vor der BWB) maximal 6 Wochen betragen darf.

Die Regelungen in § 37 a zur Erleichterung bzw Konkretisierung der Schadenersatzregelungen wegen Wettbewerbsverstößen werden von der BAK grundsätzlich begrüßt. Zusätzlich wäre eine Bestimmung wünschenswert, dass eine rechtskräftige Entscheidung in Bezug auf eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz auch einen Schaden indiziert. Gerade bei geringen Streitwerten könnten so die Kosten einer Schadensschätzung durch einen gerichtlichen Sachverständigen deutlich verringert und dem Gericht die Schadensermittlung gemäß § 273 ZPO erleichtert werden.

Die BAK nimmt mit Bedauern zur Kenntnis, dass folgende wettbewerblich relevante Punkte nicht in den Entwurf aufgenommen wurden:

1. Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses in der Fusionskontrolle

Dadurch sollen auch jene Zusammenschlussfälle einer Prüfmöglichkeit unterworfen werden können, die gerade nicht die 25 % Beteiligungsschwelle (24,9 % Beteiligungserwerb) erreichen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung können derartige Zusammenschlüsse aber einen erheblichen Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der ursprünglichen Konkurrenten ermöglichen. Als Vorbildregelung wird auf die deutsche Bestimmung verwiesen. In den Arbeitsgruppensitzungen wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass die europäischen Regelungen eher hohe Beteiligungsschwellen vorsehen. Die Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen, wie sie das österreichische bzw deutsche Kartellrecht vorsieht, sei eher die Ausnahme. In diesem Zusammenhang möchten wir noch darauf verweisen, dass auch ein Diskussionsprozess auf EU-Ebene zur Erfassung von Minderheitsbeteiligungen in der Fusionskontrolle stattfindet¹.

2. Akteneinsicht zur Vorbereitung von Schadenersatzklagen

Die BAK hat seit jeher darauf hingewiesen, dass der Ausschluss jeglicher Akteneinsicht in Kartellverfahrensakte die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen massiv behindert. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache „Pfleiderer“ wird die Europarechtswidrigkeit des § 39 Abs 2 KartG noch augenscheinlicher. Auch das vom Kartellgericht 2011 eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren zählt zahlreiche Argumente auf, wonach die österreichische Bestimmung dem Unionsrecht widerspricht. Wir möchten nochmals darauf hinweisen, dass die rigorose Bestimmung des Quasi-Ausschlusses der Akteneinsicht für nicht am Verfahren beteiligte Dritte nicht dem Schutz von berechtigten Geheimhaltungsinteressen dient, sondern vor allem eine Schutznorm zugunsten rechtskräftig festgestellter Kartellmitglieder darstellt. Die BAK fordert im Sinne der geschädigten KonsumentInnen und Unternehmen die rigorose österreichische Regelung zur Akteneinsicht zu novellieren, um einen gerechten Interessensausgleich zwischen Geschädigten und öffentlichen Interessen herzustellen.

Die aktuelle politische Diskussion um sehr niedrige Bußgelder zeigt, dass auch bezüglich dieser Bestimmung Verbesserungen vorzunehmen sind:

3. Geldbußen

Seit der KartG-Nov 2002 darf das Kartellgericht Geldbußen und Zwangsgelder nur mehr auf Antrag verhängen. Das Kartellgericht darf auch keine höhere Geldbuße und kein höheres Zwangsgeld verhängen, als von den Amtsparteien beantragt. Die Antragsbindung diene vornehmlich der Absicherung der neu eingeführten Kronzeugenregelung, die sich durchaus bewährt hat. Für alle anderen Fälle ist es wünschenswert mehr Transparenz dahingehend zu schaffen, dass die Bemessung der Geldbußen nachvollziehbar erfolgt. Dem Kartellgericht sollte daher mehr Spielraum bei der Verhängung bzw Überprüfung von Geldbußen gegeben

1

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/166&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

werden. Die Antragsbindung ist gerade in Anbetracht der aktuellen politischen Diskussionen um sehr niedrige Bußgelder in allen anderen Fällen nicht sachgerecht.

B. Entwurf Novelle Nahversorgungsgesetz

Die Schaffung der Sonderbestimmung über den Missbrauch der Marktmacht für Energieversorgungsunternehmen und der damit einhergehenden Beweislastumkehr in § 2 a NahvG wird von der BAK positiv bewertet. Diese Bestimmung gibt den Behörden ein sachlich adäquates Instrument zur Hand, auf fairen Wettbewerb im Elektrizitäts- bzw Erdgasversorgungsbereich einzuwirken.

Die BAK sieht diese Bestimmung als ersten wichtigen Schritt bei der Bekämpfung von Preismisbrauch an, weist aber darauf hin, dass sich die Problemlage in anderen Bereichen, insbesondere in der Mineralöl- und Lebensmittelbranche ähnlich darstellt. Die BAK möchte in diesem Zusammenhang nochmals darauf hinweisen, dass sie eine solche Beweislastumkehr schon immer für alle hochkonzentrierten Branchen gefordert hat.

C. Entwurf Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012

Der Begutachtungsentwurf zum Wettbewerbsgesetz hat vor allem zum Ziel, die Bundeswettbewerbsbehörde aufzuwerten, in dem es ihr ermöglicht werden soll, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen mit Bescheid anzuordnen und gegebenenfalls zu sanktionieren, sowie ihr weitere Ermittlungsinstrumente zur Hand zu geben.

1. Kronzeugenregelung

Zu den Voraussetzungen der Gewährung eines Kronzeugenstatus möchte die BAK noch anmerken, dass es erfahrungsgemäß auch notwendig ist, dass das Unternehmen, welches als Kronzeuge auftritt, nicht nur im Vorfeld mit der Bundeswettbewerbsbehörde wie in § 11 Abs 3 Z 3 vorgesehen, sondern auch in einem allfälligen Verfahren vor dem Kartellgericht kooperiert.

Darüber hinaus erfordern die Neuerungen im Bereich der Kronzeugenregelung eine umgehende Umsetzung im Handbuch der BWB betreffend die Anwendung der Kronzeugenregelung. Es muss sehr transparent dargelegt werden, welche Anforderungen an einen Kronzeugen gestellt werden und wie die BWB bei Bemessung der Abschläge für Geldbußen vorgeht.

2. Auskunftsverlangen mittels Bescheid

Die BAK sieht in dieser Bestimmung keinen Vorteil gegenüber der derzeitigen Regelung, wonach Auskunftsverlangen über das Kartellgericht durchzusetzen sind. Als Rechtsmittelinstanz ist gemäß § 11a Abs 6 der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Wien, also eine bis jetzt nicht mit Kartellrechtsagenden betraute Behörde, zuständig. Die Erläuterungen selbst sehen diese Konstruktion nur als Zwischenlösung vor und verweisen auf

die aktuelle Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Jedenfalls ist festzustellen, dass durch die Einführung der Bescheidkompetenz durch die BWB das System der Kartellgerichtsbarkeit nicht einfacher sondern komplexer wird. Durch die neuen Berufungsinstanzen, UVS und Verwaltungsgerichtshof, ist jedenfalls mit Mehraufwendungen zu rechnen. Es verwundert daher, wenn hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen des Gesetzesvorhaben festgehalten wird, dass nicht von zusätzlichen Aufwendungen für den Bund auszugehen ist.

Zu den Sanktionsmöglichkeiten, die nun ebenfalls von der BWB mittels Bescheid durchgesetzt werden sollen, möchte die BAK anmerken, dass die Verhängung von Geldstrafen in Höhe bis zu € 50.000 bzw Zwangsmittel in Höhe von 5 % des durchschnittlichen Tagesumsatzes jedenfalls der Gerichtsbarkeit vorbehalten sein sollten. Darüber hinaus sind die derzeit geltenden Geldbußen im KartG für unrichtige, irreführende oder unvollständige Angaben in einer Auskunft wesentlich höher als im gegenständlichen Entwurf. Es wird in Erinnerung gerufen, dass im Verfahren 16 Ok 8/07 letztendlich € 120.000 verhängt wurden. Ein weiterer Unterschied besteht noch in dem Umstand, dass nach § 5 Abs 2 VVG (VerwaltungsvollstreckungsG) ein angedrohtes Zwangsmittel nicht mehr zu vollziehen ist, sobald der Verpflichtung entsprochen wurde. Demgegenüber ist nach geltendem § 35 KartG ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. Zunächst wird ein Zwangsgeld angedroht, sobald der Unternehmer der Verpflichtung nachgekommen ist, ist die endgültige Höhe des Zwangsgeldes zu verhängen.

Wie dargestellt, sind die geltenden kartellgerichtlichen Zwangs- bzw Bußgeldbestimmungen wesentlich strenger, als dies nun nach dem VVG bzw § 11 a Abs 4 und 5 WettbG vorgesehen ist. Die BAK spricht sich jedenfalls gegen eine Reduzierung der geltenden Strafbestimmungen aus.

3. Hausdurchsuchungen

So wie es bei der Durchführung einer Hausdurchsuchung gemäß § 11 a Abs 1 Z 3 dem Betroffenen möglich sein muss, eine Person seines Vertrauens beizuziehen (vgl § 12 Abs 4), muss es auch den Beschäftigten des Unternehmens ermöglicht werden, im Rahmen einer Befragung eine Person ihres Vertrauens beizuziehen.

4. Zusammenarbeit mit hilfeleistenden Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes

Die bessere Zusammenarbeit zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 12 WettbG) wird positiv bewertet.

5. Wettbewerbsmonitoring

Grundsätzliches

Ein wesentliches Anliegen der Wettbewerbskommission, des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen und der Bundesarbeitskammer, namentlich die Einführung eines gesetzlichen Wettbewerbsmonitorings durch die BWB, wurde nicht in den Begutachtungsentwurf aufgenommen. Im Rahmen der Begutachtung soll nunmehr die Wettbewerbskommission (WBK) zum Wettbewerbsmonitoring Stellung nehmen. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass bereits im Inflationsgutachten 2008 die WBK ausdrücklich darauf hinweist, dass die Datenlage über die einzelnen Sektoren entlang der Wertschöpfungskette in Österreich stark verbesserungsbedürftig sei und erachtete daher den Aufbau eines systematischen, transparenten und kontinuierlichen Wettbewerbsmonitorings als notwendig erachtet.

Die BAK hat ebenfalls Vorschläge für die Gestaltung eines Wettbewerbsmonitorings vorgelegt, die im Folgenden kurz dargestellt werden. Insbesondere soll die wettbewerbliche Datenlage in den sensiblen Sektoren entlang der Wertschöpfungskette in Österreich verbessert werden. Sensible Branchen/Sektoren sind vor allem solche, die im internationalen Vergleich überdurchschnittliche Preisniveaus und Preisentwicklungen vorweisen. Weiters solche, die einen großen Anteil der Lebenshaltungskosten verursachen (Lebensmittel, Energie, Wohnen).

Ein Wettbewerbsmonitoring kann Branchenuntersuchungen nicht ersetzen. Das Wettbewerbsmonitoring kann aber durch die kontinuierliche und laufende Erhebung wichtiger Wettbewerbsparameter jene Branchen identifizieren, die im Rahmen einer Branchenuntersuchung vertiefend untersucht werden sollen. Die letzte Branchenuntersuchung im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) stammt aus dem Jahr 2004/2005. Seither gibt es seitens der BWB keine Informationen über die wettbewerbliche Entwicklung des LEH. Die zeitnahe Entwicklung des Marktgeschehens kann nur durch ein systematisches und regelmäßiges Wettbewerbsmonitoring sichergestellt werden.

Vorschlag zum Aufbau eines österreichischen Monitoringsystems

Die BAK erachtet ein zweistufiges Verfahren für ein Wettbewerbsmonitoring als zweckmäßig.

1. Stufe des Wettbewerbsmonitorings

Ein wichtiger Indikator für das Wettbewerbsklima in einer Produktgruppe/Branche ist – neben anderen Indikatoren – jedenfalls die Preisentwicklung im internationalen Vergleich. In einem ersten Schritt sollte daher im Sinne des WIFO-Gutachtens, Baumgartner 2008, eine statistische Zerlegung der monatlichen Inflationsraten nach Produktgruppen und Ländern vorgenommen werden. Diese Auswertungen sollten zweimal jährlich durchgeführt und die Ergebnisse der BWB und der übermittelt werden. Die WBK

empfiehlt dann jene Produktgruppen und Branchen, die im Rahmen der 2. Stufe des Wettbewerbsmonitorings kontinuierlich zu überwachen sind.

Neben diesen Produktgruppen, die überdurchschnittliche Preissteigerungen erfahren haben, kann die WBK in begründeten Fällen auch zusätzliche Produktgruppen und Branchen für ein Wettbewerbsmonitoring vorschlagen (zB bei Preisankündigungen von Unternehmensvereinigungen bzw deren Vertretern, Nichtweitergabe von offensichtlichen Kostensenkungen, etc).

Selbstverständlich muss die WBK bei ihren Empfehlungen auf die Ressourcen der BWB Bedacht nehmen. Die Studienergebnisse und die Monitoring-Vorschläge der WBK sind auf der Homepage der BWB zu veröffentlichen.

2. Stufe des Wettbewerbsmonitorings

Anders als beim Screening (1. Stufe des Wettbewerbsmonitorings) hat bei den für ein Wettbewerbsmonitoring ausgewählten Produktgruppen bzw Branchen eine Gesamtbeurteilung der betroffenen Märkte und des Wettbewerbsumfeldes im Sinne von „Wertschöpfungsketten“ zu erfolgen. Insbesondere nachstehende Daten hat die BWB aufzubereiten:

- Marktabgrenzungen;
- Marktkonzentrationen im Produktbereich bzw der Branche entlang der Wertschöpfungskette;
- Markteintritte bzw Marktaustritte entlang der Wertschöpfungskette;
- Preis- und Kostenentwicklungen entlang der Wertschöpfungskette;
- Gewinn- und Umsatzentwicklungen entlang der Wertschöpfungskette;
- Internationaler Vergleich (am ehesten mit der Eurozone);
- Wettbewerbspolitische Schlussfolgerungen.

Die BWB wird befugt, zum Zwecke des Wettbewerbsmonitorings jedenfalls Auskunftsverlangen zu stellen.

Halbjährlich hat die BWB einen Bericht über die Ergebnisse des Wettbewerbsmonitorings einschließlich ihrer wettbewerbspolitischen Schlussfolgerungen zu veröffentlichen. Der Bericht wird der WBK übermittelt und gleichzeitig auf der Homepage veröffentlicht.

Das Wettbewerbsmonitoring ist für eine Branche oder Produktgruppe – sofern andere Gründe nicht dagegen sprechen – zumindest 2 Jahre lang durchzuführen. Im Falle von Preisankündigungen hat die BWB im Rahmen eines Wettbewerbsmonitorings das Wettbewerbsverhalten innerhalb der Branche über einen angemessenen Zeitraum zu überwachen.

Das Wettbewerbsmonitoring ist als zusätzliches Untersuchungsinstrument der BWB gesetzlich zu verankern. Damit die Abgrenzung zum Instrument der Branchenuntersuchung klar

ersichtlich ist, wird vorgeschlagen, in § 2 Abs 1 Z 8 WettbG das Wettbewerbsmonitoring als eigenen Aufgabenbereich der BWB anzuführen. Die konkrete Ausgestaltung des Wettbewerbsmonitorings soll im Verordnungsweg erfolgen. Dabei sollen die aufgezeigten Eckpunkte einfließen.

Die Einführung eines gesetzlichen Wettbewerbsmonitorings durch die BWB ist ein zentrales Anliegen der BAK und es wird daher ersucht, bei der Überarbeitung des Begutachtungsentwurfes dieser Thematik nochmals besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Die BAK ersucht das BMJ und das BMWFJ die ausgeführten Vorschläge und Anliegen im Rahmen der weiteren Behandlung zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

Herbert Tumpel
Präsident
fdRdA

Werner Muhm
Direktor
fdRdA