

Bundesministerium für Justiz
Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend

**Per E-Mail an: post@c14.bmfj.gv.at und
team.z@bmj.gv.at**

Kontakt	DW	Unser Zeichen	Ihr Zeichen	Datum
Mag. Alexandra Herrmann-Weihs	212	Her – 3/2012	BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011 BMJ –Z9.100/0001-I 4/2012	29.02.2012

Novelle zum Nahversorgungsgesetz, Kartellgesetz-Novelle, Wettbewerbsgesetz-Novelle

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Übermittlung der im Betreff genannten Begutachtungsentwürfe und dürfen mit besonderem Schwerpunkt auf die Neuregelung im Nahversorgungsgesetz wie folgt Stellung nehmen:

Generelle Anmerkungen:

Die österreichische E-Wirtschaft tritt seit Beginn der Liberalisierung für faire Wettbewerbsbedingungen am Energiemarkt ein und begrüßt alle Maßnahmen, die den Wettbewerb stärken.

Der vorliegende Entwurf zur Änderung des Nahversorgungsgesetzes setzt sich explizit das Ziel, den Nachweis von Preismissbrauch durch Energieversorgungsunternehmen zu erleichtern bzw. die Wettbewerbssituation zu verbessern. In seiner Auswirkung läuft das Gesetz aber genau diesem Ziel zuwider. Ohne die Wirkung der Maßnahmen, die jüngst insbesondere durch das EIWOG 2010 und das GWG 2011 gesetzt wurden, abzuwarten, werden nun vorschnell Schritte gesetzt, die eine Weiterentwicklung des Marktes nachhaltig hemmen würden.

Der geplante § 2a Nahversorgungsgesetz als Sonderregelung für Energieversorgungsunternehmen stellt einen gravierenden Eingriff in den freien Wettbewerb und in die privat-autonome Preisgestaltung dar. Damit wird das Ziel eines freien Wettbewerbs im Energiemarkt konterkariert.

Zusätzlich führen unklare Formulierungen wie „vergleichbare Märkte“, „Kosten in unangemessener Weise überschreiten“ und „marktbeherrschende Stellung“ zu Rechtsunsicherheiten, die den Markt behindern und eine praktikable Handhabung des Gesetzes erschweren. Vor allem die geplante Beweislastumkehr ist überschießend und würde eine weitere Störung des Marktes bedeuten.

Österreichs E-Wirtschaft

Brahmsplatz 3 Tel +43 1 501 98-0 info@oesterreichsenergie.at
1040 Wien Fax +43 1 501 98-900 www.oesterreichsenergie.at

Oesterreichs Energie 1/17

Ungeachtet der grundsätzlichen Frage, ob eine derartige Bestimmung in die österreichische Rechtsordnung implementiert werden soll, sollte sie jedenfalls auf die Vielzahl der sachlichen Bedenken Rücksicht nehmen und nur mit entsprechenden Adaptierungen Gesetzesrang erreichen. Auch die Befristung der in Aussicht genommenen Regelung ändert nichts am Umstand, dass aus nicht ausreichend nachvollziehbaren Gründen Sonderenergierecht für Elektrizität und Erdgas geschaffen wird und das als Querschnittmaterie zu betrachtende Energierecht weiter zersplittert wird.

Wesentliche Bedenken gegen die geplanten Regelungen im Nahversorgungsgesetz:

- Es ist nicht nachvollziehbar, dass es in einem Markt, der mit enormen Anstrengungen und Kosten liberalisiert wurde, wieder zu einer **faktischen Preisregulierung** kommen soll.
- Eine **Sonderregelung für Energieversorgungsunternehmen** ist sachlich nicht gerechtfertigt und würde einen weiteren Rückschritt hin zur Regulierung des Strommarktes bedeuten.
- Die bestehende Gesetzeslage im Bereich des Energiemarktes und die geltenden wettbewerbs- und kartellrechtlichen Regelungen sind ausreichend, um einem etwaigen Marktmissbrauch vorzubeugen.
- Kritisch ist auch die **kompetenzrechtliche Zuordnung** von § 2a Nahversorgungsgesetz (NVG), da Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG (Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie) für Stromhändler nicht einschlägig ist; diese fallen vielmehr unter Art 12 Abs. 1 Z 5 B-VG (Elektrizitätswesen). Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG gestattet nur typisch gewerberechtliche Preisregelungen; hier handelt es sich jedoch um eine Maßnahme der Wirtschaftslenkung. Es fehlt zudem die erforderliche Bundeskompetenz für diese Regelung. Der geplante Gesetzesentwurf greift somit unzulässiger Weise in die **Gesetzgebungskompetenz der Länder** ein.
- § 2a NVG orientiert sich an § 29 des deutschen GWB, der jedoch von der **deutschen Monopolkommission** stark kritisiert wurde, da er die Entwicklung eines echten und wirksamen Wettbewerbs in Wahrheit verhindert. Auch wird in Deutschland bezweifelt, dass die Regelung mit der **Warenverkehrsfreiheit** i.S.d. Art 34 AEUV im Einklang steht.
- Zwischen der Ausgestaltung der Verfahren in Deutschland und Österreich bestehen bedeutende Unterschiede: Während die Beweislastregelung in Deutschland nur auf von der Behörde eingeleiteten Verfahren Anwendung findet, greift sie in Österreich auch in Verfahren vor dem Kartellgericht, in denen ein in seinen Interessen betroffener Unternehmer einen Antrag stellt, sowie in Geldbußenverfahren.
- Die geplante Beweislastumkehr in Geldbußenverfahren infolge eines Verstoßes gegen § 2a NVG ist im Hinblick auf **Art 6 Abs. 2 MRK** verfassungsrechtlich bedenklich, da kartellrechtliche Geldbußen eine „strafrechtliche Anklage“ i.S.d. Art 6 Abs. 1 MRK darstellen. Darüber hinaus betrifft § 2a NVG unbestritten civil rights, weshalb auch aus diesem Grund Art 6 EMRK einzuhalten ist.
- Für die geplante **Antragsbefugnis der E-Control in Geldbußenverfahren** in Fällen des § 2a NVG fehlt vor dem Hintergrund, dass das KartG 2005 eine derartige Antragsbefugnis bei Geldbußen gerade nicht vorsieht, jede sachliche Rechtfertigung.

§ 2a und § 7 Abs. 2a Nahversorgungsgesetz sind daher ersatzlos zu streichen.

Stellungnahme zu den Bestimmungen im Detail:

1. Nahversorgungsgesetz (NVG)

1.1. § 2a Nahversorgungsgesetz

Die ausschließlich für Energieversorgungsunternehmen neu eingefügte Sonderbestimmung sieht vor, dass es diesen bei marktbeherrschender Stellung (alleine oder zusammen mit anderen) verboten ist, diese Stellung zu missbrauchen, indem sie:

- Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, die ungünstiger sind als jene anderer EVU auf vergleichbaren Märkten – sofern sie nicht sachlich gerechtfertigt sind (Beweislastumkehr) oder
- Entgelte fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

Die neuen Bestimmungen sollen mit 1.7.2012 in Kraft treten und einer Befristung bis 31.12.2016 unterliegen.

Aus folgenden Gründen ist diese Regelung sehr kritisch zu sehen:

1.1.1. Keine ausreichende Kompetenzgrundlage

Während § 24 Abs. 1 KartG 2005 bestimmt, dass das KartG 2005 auch in Angelegenheiten anzuwenden ist, die in Gesetzgebung oder Vollziehung Landessache sind, fehlt im NVG eine vergleichbare Kompetenzbestimmung. Daraus folgt, dass die geplante Regelung gemäß § 2a NVG im Rahmen des NVG nur getroffen werden darf, wenn sie in einer entsprechenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes Deckung findet.

Nach den Erläuterungen soll sich die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung mit Beziehung auf die im Entwurf geregelte Rechtsmaterie nicht auf einem Tatbestand sondern auf einer ganzen Reihe kompetenzrechtlicher Tatbestände beruhen, wobei in erster Linie der Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ i.S.d. Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG zu nennen sei.

Diese Auffassung ist, soweit sich § 2a NVG auf Stromhändler bezieht, aus zweierlei Gründen unzutreffend: Zum einen fallen Stromhändler nicht unter den Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ i.S.d. Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG sondern den Kompetenztatbestand „Elektrizitätswesen“ i.S.d. Art 12 Abs. 1 Z 5 B-VG. Dieser Kompetenztatbestand beruft den Bund nur zur Gesetzgebung über Grundsätze, die Länder hingegen zur Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung. Zum anderen wäre selbst dann, wenn Stromhändler unter Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG fallen würden, zu beachten, dass dieser Kompetenztatbestand nur typisch gewerberechtliche Maßnahmen trägt, nicht aber solche der Wirtschaftlenkung wie im vorliegenden Fall.

Zudem handelt es sich bei § 2a NVG dem Wesen nach um eine preisrechtliche Bestimmung, die dem Kompetenztatbestand Elektrizitätswesen gemäß Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG unterliegt.¹ Ziel der Bestimmung ist die behördliche Anordnung eines Preises auf einem durch Wettbewerb geprägten Markt. Der Bund verfügt über keine generelle preisrechtliche Kompetenz; seine Zuständigkeit im Bereich der Elektrizitäts-, Gas- und Wärmeversorgung gründet in Sonderkompetenzdeckungsklauseln (vgl. § 3 Abs. 2 PreisG betreffend Fernwärme, §§ 48ff EIWOG betreffend elektrische Energie, §§ 69ff GWG betreffend Erdgas). Es ist darauf zu verweisen, dass gem. Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG der Bund höchstens über eine Gesetzgebungskompetenz über Grundsätze verfügt, während die Kompetenz für die Ausführungsgesetzgebung und die Vollziehung jedenfalls bei den Ländern liegt.

Festzuhalten ist, dass § 2a NVG, selbst soweit er sich auf Gewerbetreibende i.S.d. Art 10 Abs. 1 Z 8 B-VG bezieht, kompetenzwidrig ist, weil es sich um keine Regelung gewerbe-rechtlicher Art handelt. Zudem fehlt dem Bund für die Verabschiedung dieser Bestimmung eine entsprechende Kompetenz. Der geplante Gesetzesentwurf greift somit unzulässiger Weise in die Gesetzgebungskompetenz der Länder ein.

1.1.2. Dogmatische Fehleinordnung im Nahversorgungsgesetz

Die Bestimmungen des NVG, insbesondere die §§ 1 bis 3, regeln „kaufmännisches Wohlverhalten“ von Unternehmern untereinander. Es geht darum, Letztverkäufer nicht von der Belieferung mit bestimmten Waren auszuschließen. Das NVG regelt sohin in erster Linie die Beziehungen von Unternehmern untereinander, während mit der gegenständlichen Regelung jede Form des Anbietens auf allen Wirtschaftsstufen erfasst ist. Lediglich § 5 trifft Regelungen gegenüber Letztverbrauchern. Unternehmern wird in bestimmten Situationen aufgetragen, ihr Warenlager nicht geheim zu halten.

Mit all dem hat die vorliegende Novelle, die als preisrechtliche Regelung einzustufen ist, nichts zu tun. § 2a NVG ist daher für das NVG systemfremd. Die Durchsetzung zwischen den Marktteilnehmern erfolgt zivilrechtlich auf Basis des UWG oder durch das Kartellgericht im Wege Einstweiliger Verfügungen bzw. Untersagungsbeschlüsse. Die Sanktionierung im Wege von Bußgeldern ist dem NVG fremd. Es bleibt auch unklar, aus welchen Gründen das bewährte Rechtsschutzsystem (Klagen nach dem UWG, Untersagungen durch das Kartellgericht) verlassen werden sollte. Bereits bislang stehen mit dem gegebenen Instrumentarium ausreichend Rechtsbehelfe zur Verfügung, um vermuteten Marktmissbrauch abzustellen.

1.1.3. § 2 a NVG im Lichte der rechtspolitischen Diskussion sowie der geltenden Rechtslage in Deutschland

Wie eingangs erwähnt, ist § 2a NVG des Begutachtungsentwurfs § 29 des deutschen GWB nachgebildet, der 2007 in das GWB übernommen wurde. Ursprünglich sollte die Geltung des § 29 GWB auf 5 Jahre zeitlich, d.h. bis 31.12.2012, befristet werden. Der Referentenentwurf der nun anstehenden 8. GWB-Novelle sieht nun aber, mit ausdrücklicher Zustimmung des Bundes-

¹ Vgl. Erkenntnis VfSlg 17.160/2004 zum Verrechnungsstellengesetz

kartellamts, eine Verlängerung der Geltung dieser Bestimmung um weitere fünf Jahre, d.h. bis zum 31.12.2017, vor.

In der rechtspolitischen Diskussion in Deutschland wurde sowohl die Einführung des § 29 GWB 2007 als auch die nun anstehende Verlängerung dieser Bestimmung heftig kritisiert, und zwar nicht nur von Energieversorgungsunternehmen, sondern auch von akademischer Seite, dem Sachverständigenbeirat des Bundeswirtschaftsministeriums und der Monopolkommission.²

Auch in Bezug auf die nun anstehende 8. GWB-Reform und den derzeit (Stand Februar 2012) im Raum stehenden Referentenentwurf hat die Monopolkommission als gesetzlich verankertes³ unabhängiges Beratungsgremium für die deutsche Bundesregierung die Verlängerung der Gültigkeit von § 29 GWB mit klaren Worten kritisiert. So solle „die Vorschrift des § 29 GWB betreffend eine spezielle Missbrauchsaufsicht für Energiemärkte in ihrer Geltung nicht verlängert werden, da sie die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindert.“⁴

Die Monopolkommission begründet diese Ablehnung wie folgt:

- So betrifft die bisherige Fallpraxis zu § 29 GWB insbesondere die letzte Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor. Die in § 29 GWB enthaltene strenge Orientierung am preisgünstigsten Anbieter und damit die strenge Verpflichtung zur Vergleichsmethode führe letzten Endes zu einer Abstimmung der Preise der Energieversorgungsunternehmen untereinander und fördere gerade nicht neue Markteintritte sondern verhindere diese.⁵
- Die Konzentration auf den günstigsten Preis bremse aber zum anderen auch direkt das Wechselverhalten von Kunden des Altanbieters. Der Kunde des Altanbieters warte darauf, dass der Altanbieter die Preise senke oder eine Senkung der Preise gerichtlich angeordnet werde. Es besteht daher aber für den Kunden ein geringerer Anreiz, zu einem bereits in den Markt eingetretenen Neuling zu wechseln. Echter Wettbewerb werde dadurch aber verhindert, weil „dem Verbraucher der Eindruck vermittelt wird, dass das Bundeskartellamt die disziplinierende Wirkung eines Anbieterwechsels durch die Regulierung der Preise stellvertretend übernehme.“⁶
- Die dahinter stehende Wettbewerbspolitik wird in diesem Zusammenhang als „Zielkonflikt zwischen kurzfristigen Verbrauchervorteilen und mittel- oder langfristigen wettbewerbsstrukturellen Nachteilen“ beschrieben.⁷

Die Bestimmung wirkt der Kritik zufolge damit aber weniger nachhaltig wettbewerbsstimulierend als vielmehr (preis)regulierend. Die Konzentration auf den Preis verhindere aber auch Investitionen in Infrastruktur, da dieses Konzept nicht anerkenne, dass zumindest kurzfristig überhöhte Preise zum Ausbau des Netzes und zur Erweiterung der Infrastruktur genützt werden

² Zur Übersicht der Kritik von verschiedenen Seiten siehe *Kolpatzik/Berg*, Gasversorger in der Zwickmühle - oder was taugen die Preismissbrauchsverfahren? WuW 2011, 712 ff.

³ §§ 44 bis 47 GWB.

⁴ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 27.

⁵ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 27.

⁶ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 28.

⁷ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 714.

könnten und daher auch durchaus mit einem wirksamen und speziell innovativen Wettbewerbsgeschehen in Einklang stehen könnten.⁸

So habe aber das Bundeskartellamt in seiner Praxis zum Vergleichskonzept die Kapitalkosten der Energieversorgungsunternehmen nicht berücksichtigt, was aber dazu führe, dass das (knappe) Kapital in anderen Industriesektoren effizienter eingesetzt werden könne und daher eine dämpfende Wirkung auf Investitionen und Innovationen im Energiesektor nach sich ziehe.⁹

Die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes zeige weiters auch deutliche methodische Probleme bei der effizienten Kontrolle dieser Märkte, da eine Kostenprüfung, wie sie in § 29 GWB vorgesehen ist, in der Regel dem Kartellrecht fremde und schwierige Zuordnungsprobleme verursache. Wie die deutsche Monopolkommission insbesondere in ihrem 59. Sondergutachten gezeigt hat, sind die praktischen Probleme, die sich bei der Bestimmung des „richtigen“ Preis- und Kostenniveaus stellen (z.B. Bestimmung des Referenzunternehmens, des Referenzzeitraums, Anerkennung verschiedener Kostenpositionen), erheblich.¹⁰

Schließlich bestehen auch gewichtige Argumente, dass die potentielle Wirkung des § 2a des Entwurfes gar in Widerspruch zur Warenverkehrsfreiheit, v.a. zu Art 34 AEUV, steht.¹¹

Insbesondere wurde hier von der Lehre ins Treffen geführt, und dem ist in Bezug auf den in Rede stehenden neuen § 2a NVG ausdrücklich zuzustimmen, dass sich eine derartige Entgeltkontrolle faktisch wie eine (mittelbare) Festsetzung von Höchstpreisen auswirkt.

So sind marktbeherrschende Unternehmen in der Praxis regelmäßig die „price setter“, an denen sich andere Unternehmen in Bezug auf den am Markt erzielbaren Preis orientieren. Anzunehmen ist, dass insbesondere auch ein mittels der Missbrauchskontrolle des § 2a NVG als nicht missbräuchlich angenommener Preis regelmäßig die Obergrenze für alle Marktteilnehmer darstellen wird. Zwar wären (auch) ausländische, nicht-marktbeherrschende Unternehmen theoretisch frei, für ihre Produkte höhere Preise zu verlangen, dies wird einem rationalen unternehmerischen Verhalten jedoch oftmals nicht entsprechen.

Ausgehend davon, dass § 2a NVG sohin (mittelbar) die Wirkung einer „Höchstpreisfestsetzung“ oder „Höchstpreisspannenfestsetzung“ entfaltet, könnten Ertragserwartungen der Unternehmen daher von vornherein gekappt werden, was wiederum eine potentielle Behinderung der Einfuhr „ausländischer“ Energie bzw. des freien Warenverkehrs darstellt – und damit u.U. eine Verletzung des Art 34 AEUV, insbesondere wenn der Höchstpreis zu niedrig angesetzt ist und Importeure in Folge dessen nur verlustbringend verkaufen können (etwa weil Beschaffungs- und Einfuhrkosten, Kosten für grenzüberschreitende Kapazitäten und andere externe Kosten eine unzureichende Liberalisierung oder sonstige gesetzliche Vorgaben im betreffenden Mitgliedstaat etc. bei der Bildung des „österreichischen“ Höchstpreises nicht berücksichtigt werden bzw. hier keine Rolle spielen).

⁸ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 713.

⁹ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 730.

¹⁰ Monopolkommission, Sondergutachten „Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten“, Tz 715 ff.

¹¹ Ehrlicke, Die Vereinbarkeit des geplanten § 29 GWB n.F. mit den Warenverkehrsvorschriften des EG-Vertrages; EuZW2007, 717 ff.

Dies wäre aber, so die weitergehende Argumentation, „als Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.d. Art 34 AEUV zu qualifizieren,¹² die überdies eine mittelbare Diskriminierung darstellt, weil die Folgen einer Entgeltkorrektur nach § 2a des Entwurfs zwar unterschiedslos anwendbar sind, sich aber unterschiedlich auf in- und ausländische Energieversorger auswirken. Selbst weitere gesetzliche Vorkehrungen würden an diesem potentiellen Widerspruch zum Primärrecht kaum etwas ändern.

Die Kritik in Deutschland lässt sich daher dahingehend zusammenfassen, dass durch die Regelung des § 29 GWB der Wettbewerb im Bereich von Elektrizitäts- und Erdgasmarkt nicht gefördert sondern gebremst werde, eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich zieht und erhebliche Bürokratiekosten durch die de-facto-Preisregelung verursacht würden. Es bestehen auch gute Argumente, dass der geplante § 2a NVG im Widerspruch zur Warenverkehrsfreiheit steht.

Zum Vergleich der geplanten österreichischen Regelung mit der geltenden Rechtslage in Österreich ist folgendes auszuführen:

Mit § 2a NVG soll die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung für im Vergleich zu anderen Energieversorgungsunternehmen abweichende höhere Preise beim Energieversorgungsunternehmen liegen. Diese Beweislastumkehr soll nur in Verfahren vor dem Kartellgericht zum Tragen kommen, da den Erläuterungen zufolge „eine Ausweitung dieser Nachweispflicht auf vertragsrechtliche und schadenersatzrechtliche Verfahren [...] unsachgemäß [wäre]“. Man habe deshalb diese Bestimmung dem deutschen Vorbild folgend auf Verfahren vor dem Kartellgericht eingeschränkt. Die im GWB gewählte Formulierung, wonach „die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt“, erfolgte dort auch tatsächlich vor dem Hintergrund eines ausschließlich durch die Behörden eingeleiteten Verfahrens und um eine Beweislastumkehr in privaten Rechtsstreitigkeiten auszuschließen.

Dies kann bei der nun geplanten Formulierung im NVG jedoch gerade nicht gelingen, da in Österreich jedermann, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat, ein Verfahren vor dem Kartellgericht anstrengen kann (vgl. § 36 Abs. 4 Z 4 KartG 2005) und auch nach dem NVG das Antragsrecht ja gerade nicht auf Behörden eingeschränkt ist. So räumt nämlich § 7 Abs. 2 Z 3 NVG das Antragsrecht insbesondere auch jedem Unternehmer ein, dessen rechtliche und wirtschaftliche Interessen durch den Gegenstand des Verfahrens berührt werden.

Zwar werden vom Kartellgericht keine schadenersatzrechtlichen Fragen in dem Sinn geklärt, als dass ein Schaden zu- oder abgesprochen werden kann; gerade vertragsrechtliche Fragen sind aber dabei Gegenstand der privaten Rechtsdurchsetzung vor dem Kartellgericht, sodass es etwa denkbar wäre, dass ein Stromkunde (berechtigt oder auch nicht) ein Verfahren nach § 26 KartG 2005 i.V.m. § 2a NVG auf Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens anstrengt.

Abgesehen davon, dass er dies mangels Kostenersatz vor dem Kartellgericht noch dazu völlig risikolos (etwa zur Unterstützung von Preisverhandlungen) tun kann, kommt als weitere – rechtspolitisch wohl gerade vor dem Hintergrund der angestrebten Regelung – unerwünschte

¹² Vgl dazu EuGH Rs 65/75 *Tasca*, Slg 1976, 291, Rz 26/28.

Problematik der Offenlegung von sensiblen Daten, insbesondere Einkaufskonditionen und Kostenstruktur, dazu, da sich das betroffene Unternehmen ja nur so freibeweisen kann. Diese Problematik existiert in Deutschland naturgemäß nicht, da die Regelung nur im Verhältnis zu den Behörden anwendbar ist.

Eine weitere gravierende Abweichung zum deutschen Recht ergibt sich darüber hinaus noch im Hinblick auf die Verhängung von Bußgeldern. Nach der deutschen Regelung gilt die Beweislastumkehr in Bußgeldverfahren überhaupt nicht – also auch nicht zugunsten der Behörde und zwar weder für die vorgelagerte Frage der Marktbeherrschung (Vermutungsschwellen) noch für den Missbrauch.¹³ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen der geplanten Beweislastumkehr siehe unten Punkt 1.2.2.

Es stellt sich somit insgesamt die Frage, warum eine Regelung, die in Deutschland heftigst kritisiert wird, in Österreich auch noch auf private Rechtsdurchsetzung ausgedehnt werden soll und damit zusätzlich auch noch zu einem wohl unerwünschten Austausch sensibler Daten führt, der den Wettbewerb beeinträchtigt. Durch die geplante Regelung wird der Wettbewerb im Bereich von Elektrizitäts- und Erdgasmarkt nicht gefördert sondern gebremst, erhebliche Rechtsunsicherheit in den Markt gebracht und erhebliche Bürokratiekosten durch die de facto-Preisregelung verursacht.

1.1.4. Bestehen von Beweislast/Umkehr der Beweislast

a) Beweispflicht des Energieversorgungsunternehmens:

Nach dem geplanten § 2a Abs. 1 Z 1 NVG ist es Energieversorgungsunternehmen mit marktbeherrschender Stellung verboten, Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Energieversorgungsunternehmer oder von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten; eine Ausnahme von diesem Verbot besteht nur dann, wenn der betreffende Versorgungsunternehmer nachweist, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Es wird damit die Beweislast im Verfahren vor dem Kartellgericht dafür, dass die Abweichung der Entgelte und sonstigen Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt ist, dem betreffenden Energieversorgungsunternehmer auferlegt. Dies verstößt in dieser Allgemeinheit aus folgenden Gründen gegen Art 6 Abs. 2 MRK:

- Nach dem geplanten § 7 Abs. 2a NVG soll auch die Möglichkeit bestehen, bei einem Verstoß gegen den geplanten § 2a NVG unter sinngemäßer Anwendung des § 29 Abs. 1 Z 1 lit a KartG 2005 Geldbußen bis 10 % des im vorangegangenen Geschäftsjahrs erzielten Gesamtumsatzes zu verhängen. Nach herrschender Lehre fallen allerdings Geldbußen i.S.d. § 29 Abs. 1 Z 1 KartG 2005 unter den Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ i.S.d. Art 6 Abs. 1 MRK¹⁴ (siehe auch unten Punkt 1.2.2.).

¹³ *Bechtold* in Kommentar zum Kartellgesetz/GWB⁵, Beck Verlag, § 29 Rz. 20., *Just*, in: *Schulte/Just* (Hrsg), Kartellrecht (2012) § 29 GWB Rn 33; *Markert*, in: *Hirsch/Montag/Säcker* (Hrsg) Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Kartellrecht (Kartellrecht) II (2008), § 29 GWB Rn 12; *Dorß*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg), Kartellrecht II (2005), § 29 GWB Rn 7 und 24.

¹⁴ *Zeder*, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBI 2007, 477 (479); *Zeder*, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, in: *Schick/Hilf* (Hrsg), Kartellstrafrecht (2007) 65 (68); *Zehetner*, Der „strafrechtliche Charakter“ kartellrechtlicher Geldbußen, in: *Schick/Hilf* (Hrsg), Kartellstrafrecht (2007) 135 (135); *Raschauer*, Die Bundeswettbewerbsbehörde und Art 6 EMRK, ÖZW 2008, 30 (34). Vgl auch die Rsp, die Geldbußen seit der KartG-Nov 2002 nach ihrem Zweck und ihrer Wirkung als Sanktion mit strafrechtsähnlichen Charakter qualifiziert; zB OGH 27.2.2006, 16 Ok 52/05; 5.12.2011, 16 Ob 2/11.

Daraus ergibt sich, dass im Zusammenhang mit Tatbeständen, die mit einer Geldbuße i.S.d. § 29 Abs. 1 Z 1 KartG 2005 sanktioniert sind, die Unschuldsvermutung i.S.d. Art 6 Abs. 2 MRK zum Tragen kommt: Danach ist bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist.

- Art 6 Abs. 2 MRK ist so zu verstehen, dass die Beweislast grundsätzlich bei der Anklage liegt und sich Zweifel stets zugunsten des Angeklagten auszuwirken haben; es ist somit Sache der Anklage, die Beweise für die Schuld des Angeklagten zu liefern und nicht Sache des Angeklagten, Beweise für die eigene Unschuld zu liefern.¹⁵ Mit diesen Anforderungen sind Regelungen, die unter bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen eine Vermutung der Schuld des Angeklagten begründen, nicht gänzlich unvereinbar. Zu berücksichtigen sind allerdings das Gewicht der drohenden Strafsanktion sowie das Ausmaß, in dem die Rechte der Verteidigung durch eine gesetzliche Beweisregel gewahrt werden; überdies ist die Kompetenz des Gerichts zur effektiven Beweiswürdigung und die Bewertung der Schuld des Angeklagten in Anschlag zu bringen.¹⁶
- Vor diesem Hintergrund erweist sich § 2a Abs. 1 Z 1 NVG deshalb als verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, weil es ausschließlich dem Energieversorgungsunternehmer, der ungünstigere Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, obliegt, nachzuweisen, dass diese sachlich gerechtfertigt sind. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu jenen Fällen, in denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Beweislastregeln für Art 6 Abs. 2 MRK vereinbar angesehen hat; in diesen Fällen hatten nämlich die zuständigen Gerichte die Freiheit der Beweiswürdigung gewahrt und die Schuld des Angeklagten auch noch auf andere Umstände gestützt.¹⁷

Mit Nachdruck muss darauf hingewiesen werden, dass auch die nach § 2a NVG zu führenden Verfahren solche im Sinne des gerichtlichen Verfahrens in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (§ 7 Abs. 1 NVG) sind, die – unbeschadet der Mitwirkungspflicht von Energieversorgungsunternehmen – jedenfalls durch die *Offizialmaxime* geprägt sind und in denen die materielle Wahrheit zu ermitteln ist. Eine formelle Beweislastumkehr ist ausgeschlossen, soweit die *Offizialmaxime* herrscht; eine materielle Beweislastumkehr ist dann jedenfalls ausgeschlossen, wenn die Erbringung unsachliche Lasten auferlegt.

Problematisch ist diese Beweislastumkehr vor allem deshalb, da die betroffenen Unternehmen keinen Einblick in die Kostenkalkulation fremder Unternehmen haben und daher faktisch nicht beweisen können, dass die Abweichung von einem beliebigen anderen Unternehmen sachlich gerechtfertigt ist. Dem betroffenen Unternehmen wird also die Last des Beweises der Preisabweichung zugewiesen, obwohl es diesen Beweis niemals erbringen kann. Aufgrund der Unmöglichkeit der Beweisführung geht die deutsche Literatur davon aus, dass in diesem Zusammenhang lediglich „*von einer gesteigerten Mitwirkungs- und Darlegungspflicht des betroffenen Unternehmens auszugehen*“¹⁸ sei. Soweit die materielle Beweislastumkehr beibehalten werden sollte, ist das Energieversorgungsunternehmen daher darauf angewiesen, was

¹⁵ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) § 24 Rz 122.

¹⁶ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) § 24 Rz 122.

¹⁷ Siehe dazu insb den „leading case“ EGMR Fall Salabiaku, Series A Nr 141-A, §§ 28 ff und dazu Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) § 24 Rz 122.

¹⁸ Bechtold in Kommentar zum Kartellgesetz/GWB⁵, Beck Verlag, § 29 Rz. 20.

ihm vom Kartellgericht oder der antragstellenden Behörde im Rahmen deren Ermittlungsbefugnis an Daten zur Verfügung gestellt wird. Würden sich Energieversorgungsunternehmen generell oder im Anlassfall in Kenntnis der benötigten Daten setzen, würde ein im Sinne des § 1 KartG verbotenes Informationskartell (Preismeldestelle) entstehen. Es kann nicht Inhalt einer Beweislastregel sein, dieser nur unter Anwendung verbotener Mittel oder Herbeiführung eines verbotenen Zustandes entsprechen zu können.

Soweit die Beweispflicht des Energieversorgungsunternehmens, ungeachtet der geäußertem grundsätzlichen Bedenken dennoch eingeführt werden soll, ist vorzusehen, dass das Kartellgericht oder die antragstellende Behörde dem betroffenen Unternehmen die von diesem beantragten Daten im Rahmen eigener Ermittlungstätigkeit auf Basis der Officialmaxime bei den in Betracht kommenden dritten Unternehmen oder Märkten beschafft. Andernfalls ist § 2a NVG verfassungswidrig und verstößt sogar gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip.

b) Beweispflicht des (behördlichen) Antragsstellers vor dem Kartellgericht bzw. Amtswegigkeit:

Mit der in Aussicht genommenen Regelung soll die Beweislast für die Rechtfertigung der vom Kartellgericht behaupteten Abweichung beim Energieversorgungsunternehmen liegen. Wie in jedem behördlichen Verfahren nach dem Außerstreitgesetz sind die Umstände, die die Zulässigkeit der Einleitung eines (Missbrauchs-)Verfahrens dartun, jedenfalls vom Kartellgericht nachzuweisen bzw. kommt die Amtswegigkeit zum Tragen.

Tatbestandsvoraussetzung für das gerichtliche/behördliche Einschreiten ist insbesondere ein Abweichen von der strukturellen Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen und Märkte, sodass auch hierzu eine qualifizierte Nachweispflicht der Behörde gegeben sein muss. Eine diesbezügliche Beweisführung wäre einem Energieversorgungsunternehmen auch gar nicht möglich, denn nur eine Behörde kann im Rahmen einer Ermittlungstätigkeit überhaupt über die Kalkulationsgrundlagen anderer Unternehmen und damit über Informationen hinsichtlich der Vergleichbarkeit von Märkten verfügen. Einem Energieversorgungsunternehmen ist ein diesbezüglicher „Freibeweis“ schon von vornherein unmöglich. Eine diesbezügliche Beweispflicht wäre daher völlig unsachlich, ein echter Rechtsschutz für Energieversorgungsunternehmen systemimmanent ausgeschlossen. Die vorgeschlagene Regelung wäre daher grundrechtswidrig und würde auch dem rechtsstaatlichen Grundprinzip widersprechen, zumal kein im Sinne des Art 18 B-VG gebotener Rechtsschutz zustehen würde.¹⁹

Dringend erforderlich ist demnach, dem Antragsteller/Kartellgericht die Beweispflicht aufzutragen für

- die Marktbeherrschung
- die Forderung von Entgelten, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten
- die strukturelle Vergleichbarkeit von Märkten und Unternehmen
- die Identifikation jener Kosten, die sich „im Wettbewerb“, also offenbar bei virtuell funktionierendem Wettbewerb, einstellen.

¹⁹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ [2007] Rz 165

Insbesondere zur Frage, welche Kosten sich „im Wettbewerb“, also bei funktionierendem Wettbewerb einstellen können, ist anzumerken, dass dies im Verfahren zur Regelung von Preisen ex ante wohl angemessen sein mag; eine derartige „expost-Entgelt-Korrektur“ jedoch unsachlich und daher abzulehnen ist. Im Ergebnis würde nämlich ein am freien Markt tätiges Unternehmen, das anhand seiner Kosten ex ante die Preise festsetzt, ex post mit der Ansicht einer Behörde oder eines Gerichts konfrontiert, dass bestimmte Kosten von diesen nicht anerkannt werden. Dies setzt die betroffenen Unternehmen einem unkalkulierbaren Risiko aus.

Die Möglichkeit einer ex-post-Preiskontrolle passt eher zu einem Regulierungsmarkt und nicht einem liberalisierten Energiemarkt. Der Gesetzgeber muss an dieser Stelle die Richtungsentscheidung treffen, ob er den vor 10 Jahren eingeschlagenen Weg der Marktliberalisierung weiter gehen oder den Wettbewerb durch Preiskontrollmöglichkeiten staatlicher Behörden aushöhlen will. Diese generellen Bedenken gegen eine ex-post-Preiskontrolle auf einem liberalisierten Markt hat auch die deutsche Monopolkommission in dem oben bereits erwähnten Sondergutachten 47 geäußert.

Zudem ist der Missbrauchstatbestand in § 2a Abs. 1 Z 1 zu weit gefasst: Gemäß dem Wortlaut dieser Bestimmung wird bereits bei jeder Abweichung von Preisen ein Missbrauch des marktbeherrschenden Unternehmens angenommen, welches einen (mitunter auch nur geringfügig höheren) Endkundenpreis verlangt als ein vergleichbares Unternehmen. Damit wäre *de facto* jede Preisabweichung bereits kartellrechtswidrig! Dass es aber bei normal funktionierendem Wettbewerb unterschiedliche Preise gibt, ist selbstverständlich, sodass darauf nicht näher eingegangen wird. Aus unserer Sicht müsste daher in Z 1 – ähnlich wie beim Tatbestand in Z 2 – die Einschränkung gemacht werden, dass nur eine „unangemessene“ Abweichung der Preise ein Missbrauch indizieren kann.

Neben dieser grundsätzlichen Ablehnung der unternehmensindividuellen Kosten als Bemessungsgrundlage für einen Marktmissbrauch ist die Bestimmung aus unserer Sicht auch zu unbestimmt formuliert. Insbesondere stellt sich die Frage, welche Kosten als Vergleichsmaßstab heranzuziehen sind. Die deutsche Monopolkommission hat das Problem der relevanten Kosten wie folgt beschrieben:

„Durch die vage Formulierung des Kostenbegriffes bleibt unklar, welche Kosten zu prüfen sind. Zielt das federführende Ministerium hierbei auf die Grenzkosten der letzten verkauften bzw. produzierten Gütereinheit ab, die auf einem Wettbewerbsmarkt den Preis bestimmen oder denkt es an die Alleinerstellungskosten (Stand Alone Costs). ... Falls die Grenzkosten relevant sind, so müssen diese um einen Gemeinkostenzuschlag ergänzt werden. Das impliziert, dass zuvor die Frage der Gemeinkostenschlüsselung zu lösen wäre. ... was die praktische Anwendung ... für die Unternehmen unberechenbar macht.“²⁰

Selbst wenn die Frage der relevanten Kosten geklärt ist, muss noch geklärt werden, was eine unangemessene Überschreitung dieser Kosten ist. Weiters könnte argumentiert werden, dass eine erhebliche Überschreitung der Kosten dann nicht unangemessen ist, wenn diese Überschüsse für betriebswirtschaftlich notwendige Investitionen herangezogen werden. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass diese Regelung mangels Bestimmtheit verfassungswidrig ist.

§ 2a Nahversorgungsgesetz ist daher ersatzlos zu streichen.

²⁰ Deutsche Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 47, S. 14ff.

1.2. § 7 Abs. 2a Nahversorgungsgesetz

1.2.1. Antragsbefugnis der E-Control nach § 7 Abs. 2a NVG

Durch den geplanten § 7 Abs. 2a NVG soll nicht nur der BWB und dem BKartA sondern auch der E-Control die Befugnis eingeräumt werden, beim Kartellgericht Geldbußen zu beantragen. Darin liegt ein Unterschied zum KartG 2005, das in § 36 Abs. 2 die Antragsbefugnis für Geldbußen auf die BWB und den BKartA beschränkt und den Regulatoren keine entsprechende Antragsbefugnis einräumt.

Die Erläuterungen begründen das Antragsrecht der E-Control nach § 7 Abs. 2a NVG bloß mit den Besonderheiten des Energiemarktes; daher solle der E-Control ausnahmsweise auch in diesem Fall ein Antragsrecht zukommen.

Diese Begründung ist deshalb zu hinterfragen, weil im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz, der von der stRsp des VfGH als allgemeines Sachlichkeitsgebot verstanden wird,²¹ jede Regelung – und damit auch die Ausgestaltung von Antragsbefugnissen wie im Fall des § 7 Abs. 2a NVG – der sachlichen Rechtfertigung bedarf.

Genau diese sachliche Rechtfertigung ist im erheblichen Ausmaß zweifelhaft. Als im Jahr 2002 erstmals das Antragsrecht der sogenannten „Regulatoren“ im KartG 1988 verankert wurde, wurde dies in den Erläuterungen zur KartG-Nov BGBl I 2002/62 damit begründet, dass diese aus ihrer behördlichen Tätigkeit besonders profunde Kenntnisse über die maßgeblichen Verhältnisse in dem jeweiligen Wirtschaftszweig hätten,²² von einer Antragsbefugnis der Regulatoren im Zusammenhang mit den gleichzeitig durch die §§ 142 ff KartG 1988 erstmals eingeführten Geldbußen wurde damals aber dennoch bewusst Abstand genommen.

Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Zweifel, welche Besonderheiten des Energiemarktes nun konkret die Abweichung vom allgemeinen Konzept nach dem KartG 2005, dass Regulatoren eben nicht für Geldbußen antragsbefugt sein sollen, die Sonderstellung der E-Control nach § 7 Abs. 2a NVG rechtfertigen können. Die Antragsbefugnis der E-Control nach § 7 Abs. 2a ist daher zu streichen.

1.2.2. Bußgeld nach § 7 Abs. 2a NVG

Mit der Bestimmung sollen die Bußgeldbestimmungen des Kartellgesetzes für die Sachverhalte des § 2a NVG eingeführt werden.

Wie bereits oben angeführt, ist das NVG als Vorschrift zu verstehen, die das kaufmännische Wohlverhalten zwischen Unternehmen regelt bzw. sich auf faktische Handlungen bezieht. Die Sanktionen des NVG erschöpfen sich daher regelmäßig in der Herstellung des gesetzlich

²¹ VfSlg 7720, 8215, 8934. Vgl dazu auch unter vielen *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72 (72 ff); *Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 881.

²² Erläut. zum WettbG, 1005 BlgNR 21.GP, 26.

geforderten Zustandes, sowie allenfalls in der Leistung von Schadenersatz. Die Durchsetzung des geforderten Zustandes mittels Bußgeld ist im NVG wesensfremd. Die Anordnung einer solchen Sanktion ausschließlich für die Anbieter von Elektrizität und Erdgas ist willkürlich und daher unsachlich gleichheitswidrig.

Zudem würde diese Regelung im Ergebnis bewirken, dass eine systemfremde Sanktion in das NVG eingeführt würde; weiters würde vor dem Hintergrund der Beweislastregelung des § 2a nicht ein Missbrauch geahndet werden, sondern im Ergebnis auf rechtsstaatlich unzulässige Weise die Unmöglichkeit der Führung eines Beweises.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass § 2a NVG unbestritten civil rights betrifft, zumal die Frage der Gegenleistung für eine vom Unternehmer erbrachte Leistung und damit ein Recht vermögenswerter Natur angesprochen ist.²³ Selbstredend sind in einem solchen Verfahren die Grundsätze des Art 6 EMRK einzuhalten und den daraus sich ergebenden Anforderungen an ein faires Verfahren. Eine Beweislastumkehr kann daher nur insoweit normiert werden, als dem Betroffenen die Erbringung des Beweises im Sinn einer Waffengleichheit auch möglich ist. Da dies im vorliegenden Zusammenhang – wie bereits gezeigt – nicht gegeben ist, ist auch unter diesem Aspekt die Regelung verfassungswidrig.

Diese Bestimmung ist daher ersatzlos zu streichen.

1.3. § 7 Abs.4 NVG i.d.g.F. - Aufschiebende Wirkung

Ziel des neu geschaffenen Verfahrens ist offenbar, eine Möglichkeit zu schaffen, missbräuchliches Verhalten von Energieversorgungsunternehmen rasch abstellen zu können. Es widerspricht klar rechtsstaatlichen Prinzipien, Rechtsmittel gegen Anordnungen, die ihrem Inhalt nach nicht im Zuge eines umfassenden Verfahrens auf Basis der materiellen Wahrheitsfindung definiert wurden, sondern nur auf Basis von „non liquet“, also Beweislastregeln, gefunden wurden, a priori die aufschiebende Wirkung abzuerkennen. § 7 Abs. 4 NVG in der geltenden Fassung, der die aufschiebende Wirkung von Rekursen ausschließt, fußt darauf, dass ein umfassendes, nicht durch ungewöhnliche Beweislastregeln beeinflusstes Verfahren abgeführt wurde und ist im Gesamtkontext des bestehenden NVG zu sehen: Wie gezeigt geht es im derzeit geltenden NVG nur um die Setzung von faktischen Handlungen.

Dies gilt umso mehr für das in Rede stehende „Missbrauchsverfahren“, das durch Bußgelder erheblich sanktioniert werden soll. Das rechtsstaatlich geforderte Mindestmaß an Rechtsschutz würde jedenfalls erfordern, dass die **aufschiebende Wirkung grundsätzlich zuerkannt**, von der Rechtsmittelinstanz jedoch aberkannt werden kann, wenn aus besonderen, in der Lage des Einzelfalls gegebenen Gründen eine besondere Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs gegeben und die Folgen für die Kunden eines Energieversorgungsunternehmens besonders gravierend erscheinen.

²³ Vgl etwa Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ [2007] Rz 1526 f

2. Kartellgesetz-Novelle 2012

2.1. § 4 Abs. 1a und 2a der Novelle zum KartG

Mit den neuen Regelungen in Absatz 1 a und 2a soll das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung erstmals in der österreichischen Rechtsordnung eingeführt werden. Dies ist durchaus kritisch zu hinterfragen: Zum einen sah weder die Judikatur des Kartellgerichts und Kartellobergerichts bisher je einen Grund, dieses Konzept aufzugreifen, noch führen die Erläuterungen in irgendeiner Form aus, weshalb fortan eine im Vergleich zum Unionsrecht strengere Regelung (vgl. die Beweislastumkehr in Abs. 1a und 2a) eingeführt werden soll. Zum anderen muss sichergestellt werden, dass die österreichische Rechtsprechung bei Sachverhalten ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug nicht in Abkehr der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes²⁴ schlichtem Parallelverhalten Kollektivität (insbesondere in Anbetracht der hiermit verknüpften Beweislastumkehr) zumisst.²⁵ Genau dies würde jedoch eine undifferenzierte Übernahme des § 19 Abs. 2 und 3 GWB bewirken.²⁶

Wir sprechen uns gegen die durch keinerlei Notwendigkeit im Kartellrechtvollzug indizierte Einführung des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung und gegen die hiermit verknüpfte Beweislastumkehr aus. Sollte dennoch das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung in der österreichischen Rechtsordnung verankert werden, so wäre dies jedenfalls von jeglicher Beweislastumkehr zu trennen und in Anbetracht der zahlreichen, mit § 19 Abs. 2 GWB verbundenen Unklarheiten²⁷ an die Judikatur der europäischen Gerichtshöfe anzugleichen, sodass allein eine koordinierte Verhaltensweise bzw. ein Auftreten als kollektive Einheit die gemeinsame Marktbeherrschung zu indizieren vermag.²⁸

2.2. § 37a der Novelle zum KartG

§ 37a Abs. 1 KartG übernimmt nahezu undifferenziert den Wortlaut des § 33 Abs. 3 GWB, ohne sich jedoch mit dessen Notwendigkeit in der österreichischen Rechtsordnung, sowie im Detail mit den damit einhergehenden Problemen auseinanderzusetzen. So wiederholt schon § 37a Abs. 1 Satz 1 KartG bloß Offenkundiges, welches in Österreich ohnehin nicht in Frage stand, nämlich dass die nationalen und EU-rechtlichen Wettbewerbsregeln als "Schutzgesetze" i.S.d. § 1311 ABGB anzusehen sind. Die Einfügung dieses Satzes war lediglich in Deutschland von Relevanz, da die dortige Rechtsprechung uneinheitlich war.²⁹ In keinem Fall war es jedoch die Intention des deutschen Gesetzgebers – entgegen den Ausführungen der Erläuterungen – pauschal "jedermann", d.h. unter Umständen auch Dritten oder privaten Letztverbrauchern, ohne Differenzierungen einen Schadenersatzanspruch bei wettbewerbswidrigem Verhalten einzuräumen.³⁰ Daher ist somit zumindest eine Klarstellung vorzunehmen, dass § 37 Abs. 1

²⁴ Vgl. ua EuGH Rs C-395, 396/96 P, *Compagnie maritime beige ua/Kommission*, Slg 2000, 1-1365 zu Art 82 EGV; EuG Rs T-342/99, *Airtours/Kommission*, Slg 2002, 11-2585.

²⁵ *Vartian* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005 (2007) § 4 Rz 47

²⁶ *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB4 (2007) § 19 Rz 97f.

²⁷ Vgl. im Detail *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 19 Rz 80ff.

²⁸ *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht (2008) 124 bzw. *Hoffer*, Kartellgesetz (2007) 97f.

²⁹ *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, aaO § 19 Rz 111.

³⁰ *Lübbing* in Münchener Kommentar zum GWB (2008) § 33 Rz 56f, 66.

Satz 1 KartG keine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten bewirkt und lediglich die ohnehin geltende Rechtslage wiedergibt.

Zu § 37a Abs. 1 Satz 2 KartG ist anzumerken, dass auch dessen Pendant (§ 33 Abs. 3 Satz 2 GWB) im Hinblick auf die Weite seines Anwendungsbereiches in Deutschland intensiv diskutiert worden ist. Der österreichische Gesetzgeber hätte es in der Hand, die aufgeworfenen Rechtsfragen bereits jetzt bei Einführung der Regelung zu beantworten. Zum einen ist es wichtig, festzuhalten, dass der Wortlaut des Gesetzes lediglich ausschließt, sich als Schädiger pauschal auf die Weiterveräußerung zu berufen. Zum anderen ist die Klarstellung erforderlich, dass dem Abnehmer der Ware aufgrund dieses Satzes 2 nicht zwingend ein Schadenersatzanspruch zusteht, ein solcher vielmehr nur "nicht ausgeschlossen" ist.³¹ Jeglicher völlige Ausschluss der Vorteilsausgleichung und der bloßen einmaligen Ersatzpflicht würde dem im österreichischen Schadenersatzrecht verankerten Prinzip des Bereicherungsverbots zuwiderlaufen, ja diesem sogar eine Sanktionswirkung nach dem amerikanischen Modell der "punitive damages" verleihen.³²

Die undifferenzierte Übernahme des § 33 Abs. 3 S 3 GWB in § 37 Abs. 1 Satz 3 KartG ist mit zahlreichen Problemen verbunden. So ist weder nach dem Gesetzestext noch nach den Erläuterungen ersichtlich, ob hier an dem von den Gesetzesverfassern in Deutschland verfolgten Ansatz, der Gewinn errechne sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistung sowie abzüglich angefallener Betriebskosten, während Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen nicht abzugsfähig seien,³³ festgehalten wird. In gleicher Weise bleibt, wie auch in Deutschland, völlig offen, ob nur der Mehrgewinn infolge des Kartellrechtsverstößes oder der gesamte Gewinn des für den Verstoß verantwortlichen Unternehmens berücksichtigt wird. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Wahlrecht zwischen dem Verletzergewinn (wie auch immer dieser berechnet sein mag) und dem Ersatz des dem Verletzten entstandenen Schadens bestehen soll, oder ob lediglich dieser Schaden allenfalls um einen Betrag entsprechend dem anteiligen Gewinn des Verletzers erhöht werden kann. Schließlich bleibt unklar, wem das Wahlrecht zustehen soll, falls ein solches tatsächlich gegeben ist.³⁴

§ 37a Abs. 1 Satz 1, 2 und 3 sind daher zu streichen.

2.3. § 47 KartG – Teilnahme E-Control an nicht-öffentlichen Verhandlungen

Gemäß § 47 Abs. 1 des Entwurfs sollen Regulatoren auch ohne Parteistellung im Verfahren vor dem Kartellgericht berechtigt sein, an einer Verhandlung teilzunehmen, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird. Eine Verhandlung ist insbesondere dann nicht-öffentlich, wenn die zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen notwendig ist. Das Bedürfnis der Unternehmen nach Schutz bestimmter Unternehmensdaten ist vom Gesetzgeber zu berücksichtigen.

Diese Sonderregelung ist überschießend und daher abzulehnen.

³¹ Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 96f.

³² Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 102 sowie Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO § 33 Rz 57f.

³³ Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 111.

³⁴ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO § 33 Rz 62f.

3. Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012

3.1. § 11a Abs. 3 der Novelle zum WettbG

Diese Bestimmung stellt sich in ihrer vorgeschlagenen Fassung als verfassungswidrig dar: So verstößt sie zunächst gegen Art 90 Abs. 2 B-VG, da sie als einfachgesetzliche Regelung dem Bescheidadressaten einen Zwang zur Selbstbeziehung aufbürdet.³⁵ Weigert sich dieser Adressat, dem mit Bescheid erteilten Auftrag zur Auskunftserteilung nachzukommen, so sieht sich dieser nunmehr nicht nur mit der Verhängung einer Zwangsstrafe sondern auch einer Verwaltungsstrafe konfrontiert, welche von derselben Behörde verhängt wird, welche auch den Erstbescheid erlassen hat. Es zeigt sich somit, dass die Neufassung des § 11a Abs. 3 WettbG allein darauf abzielt, möglichst viel Druck auf den Bescheidadressaten mit dem erklärten Ziel auszuüben, dass dieser Informationen preisgibt, welche ihn selbst belasten könnten: Hierdurch verstößt diese Bestimmung offenkundig gegen Art 6 Abs. 1 EMRK, da die so erzwungenen Auskünfte fortan in einem Strafverfahren i.S.d. Art 6 EMRK - als welches das Geldbußenverfahren zweifelsohne zu qualifizieren ist³⁶ - verwendet werden können.³⁷

§ 11 a Abs. 3 WettbG ist zu streichen.

3.2. § 11a Abs. 5 der Novelle zum WettbG

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zu § 11 a Abs. 3 WettbG ist festzuhalten, dass es im Lichte des Art 6 Abs. 1 EMRK untragbar wäre, würde dieselbe Behörde, welche zuvor potentiell selbstbezeichnende Informationen mit Bescheid zu erzwingen gesucht hat, nunmehr für den Fall, dass ihr diese Auskünfte nicht genügen, das Recht eingeräumt, über den Bescheidadressaten eine Verwaltungsstrafe zu verhängen. Dies widerspräche in jedem Fall dessen Recht auf ein faires Verfahren (vgl. Art 6 Abs. 1 EMRK). Darüber hinaus bleibt fraglich, welchen Anwendungsbereich § 11a Abs. 5 WettbG haben bzw. wie dieser überhaupt verstanden werden soll: Zunächst wird eine Verwaltungsstrafe für den Fall angedroht, dass jemand überhaupt "keine" Angaben macht - dies ist, wie oben zu Abs. 3 bereits aufgezeigt, jedenfalls verfassungswidrig, da hier nicht einmal eine einzige Einschränkung zugunsten des Selbstbezeichnungsverbots vorgenommen wird.

Betreffend die Vornahme "unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte" fragt man sich zu Recht, wie diese Formulierung Art 7 Abs. 1 B-VG genügen kann, wenn dem Normunterworfenen völlig unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine einmal erteilte Auskunft als unrichtig, unvollständig bzw. als irreführend qualifiziert wird. Es wird der Strafbehörde vielmehr ein Freiraum zur Übung von Willkür eröffnet, bei welchem sie auf keinerlei objektive Maßstäbe zurückgreifen muss. Die Einräumung eines solch freien Ermessens bringt darüber hinaus natürlich auch einen Verstoß gegen das Determinierungserfordernis des

³⁵ Vgl VfGH 29.9.1988, VfSlg 11.289; 25.9.1990, VfSlg 12.545; 16.10.1997, VfSlg 14.987; 16.10.1997, VfSlg 14.988; 6.10.1999, VfSlg 15.600 ua.

³⁶ Zeder in *Schick/Hilf* (Hrsg), Kartellstrafrecht (2007) 68.

³⁷ Reiter, Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen gemäß Art 6 EMRK, RZ Heft 5, 106 mwN.

Art 18 Abs. 1 B-VG mit sich, welches im Hinblick auf die mit der Verwaltungsstrafe einhergehenden Grundrechtseingriffe als streng anzulegen ist.³⁸

Schließlich verlangt Art 7 EMRK, dass dem unbefangenen Rechtsunterworfenen der Normgehalt der Strafbestimmung aus dem Gesetzestext klar erkennbar ist.³⁹ Dies ist jedenfalls betreffend der "Irreführung" zu verneinen, welche vollkommen der subjektiven Sicht der Behörde ausgeliefert ist, jedoch gleichermaßen auch betreffend der "Richtigkeit" und der "Vollständigkeit" seiner Angaben, da der Bescheidadressat einem zumeist generellen Auskunftersuchen ja nur nach seinem Verständnis der Sachlage antworten kann, welches von Natur aus ein von der Behörde verschiedenes ist.

Die vorgeschlagene Neufassung des § 11 a Abs. 5 WettbG ist zu streichen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüßen

DI Dr. Peter Layr
Präsident

Dr. Barbara Schmidt
Generalsekretärin

³⁸ Vgl ua *Waller/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) Rz 570.

³⁹ Vgl ua VfGH 12.12.2002, VfSlg 16.773.