

OMV Aktiengesellschaft



Stellungnahme der OMV AG

Novelle 2012 Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz und Nahversorgungsgesetz

29. Februar 2012

Kontakt:

OMV AG
Dr. Robert Eichler
Trabrennstrasse 6-8
1020 Wien

Tel. 0043-1-40440-27775
robert.eichler@omv.com

OMV AG
Mag. Michaela Jarosch
Trabrennstrasse 6-8
1020 Wien

Tel. 0043-1-40440-21815
michaela.jarosch@omv.com



OMV Aktiengesellschaft

OMV Aktiengesellschaft bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf einer Novelle zum Wettbewerbsgesetz (WettbG), Kartellgesetz 2005 (KartG) und Nahversorgungsgesetz (NVG).

I. Kartellgesetz

- ▶ In **§ 4 KartG** wird das **Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung** („collective dominance“) sowie die **damit verbundene Beweislastumkehr übernommen**. Der Tatbestand der „gemeinsamen Marktbeherrschung“ ist in anderen Jurisdiktionen bereits seit langem Bestandteil des Kartellrechts.

Dazu gibt es **verfassungsrechtliche** und **europarechtliche** Bedenken:

Die **Bestimmung scheint gegen österreichisches Verfassungsrecht zu verstoßen**, als es die **Beweislast von kartellrechtlichen Verstößen auf den Beschuldigten überwälzt**. Der Beschuldigte wird sich sehr oft nicht freibeweisen können. Folglich würden Verstöße lediglich basierend auf Marktdaten vermutet werden; dies ist überschießend und verstößt gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung (nulla poena sine culpa).

Aus europarechtlicher Sicht widerspricht dieser neue Vorschlag Artikel 2 der Verordnung 1/2003, nach welcher die nationale Wettbewerbsbehörde den Marktmachtmissbrauch nachzuweisen hat.

Nationales Recht darf zwar strenger sein als europäisches Recht (Artikel 3(2) der Verordnung 1/2003); es ist jedoch fraglich, ob dieser Ansatz im Einklang mit den fundamentalen Prinzipien der Verhängung von Geldbußen steht. Es entsteht daraus eine Verpflichtung seine Unschuld zu beweisen, was auch europäischem Recht widersprechen sollte.

- ▶ In **§ 5 KartG** soll es zur **Übernahme der Formulierungen für den Preis- und Konditionenmissbrauch** kommen:

§ 5 Abs. 1 Z 1 lautet:

„1. die Forderung nach **Einkaufs- oder Verkaufspreisen** oder nach sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf **vergleichbaren Märkten** mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind,“

Zum Begriff der „**vergleichbaren Märkte**“ sei angemerkt:

Im Zusammenhang mit Preisen ist es für ein (marktbeherrschendes) Unternehmen nahezu unmöglich, die sachliche Rechtfertigung für unterschiedlich hohe Entgelte auf verschiedenen Märkten zu beweisen. In diesem Zusammenhang müssten höchst sensible Daten der Preisgestaltung des Unternehmens dargelegt werden; dies stellt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar.

Dieser **Regelungsvorschlag sieht vor**, dass das **marktbeherrschende Unternehmen nur solche Entgelte fordern darf, die andere Unternehmen auf „vergleichbaren“ Märkten verlangen**. Dies ist insofern kurios und **nicht im Einklang mit wettbewerbsrechtlichen**

Grundprinzipien, als der Marktbeherrscher 1. quasi andere Märkte, auf denen er unter Umständen gar nicht tätig ist, zu beobachten hat und 2. es nicht sachgerecht ist, Preisvergleiche auf unterschiedlichen Märkten durchzuführen. Es käme hier **zu einem Vergleich von nicht Vergleichbarem**.

Daran ändert nichts, wenn der Ministerialentwurf auf "vergleichbare Märkte" abstellt. Ist zum Beispiel der viel größere und anders strukturierte deutsche Gasmarkt mit dem österreichischen Gasmarkt "vergleichbar", und nach welchen Kriterien hätte das Erdgasunternehmen die Gasmärkte zu vergleichen? In welchem geographischen Anwendungsbereich? Eine Beweislastumkehr für kartellrechtlich strafbare Delikte auf diesem unbestimmten Gesetzesbegriff aufzuhängen, widerspricht dem Bestimmtheitsprinzip "*nulla poena sine lege certa*" und stellt Unternehmen vor nahezu unlösbare Aufgaben.

Es gibt bis dato keine Bestimmung im Wettbewerbsrecht, die den Marktbeherrscher verpflichtet, sich an anderen Märkten als dem eigenen zu orientieren.

Fremde/andere/vergleichbare Märkte können zwar als Richtwert/Orientierung dienen, ersetzen jedoch nicht die gesamte Analyse des Verhaltens des Marktbeherrschers auf dem eigenen betroffenen Markt.

Auf jeden Fall unerlässlich ist die eindeutige Definition von „vergleichbaren“ Märkten.

- ▶ In **§ 37 KartellG** ist geregelt, dass rechtskräftige Entscheidungen in der Ediktsdatei zu veröffentlichen sind; ein **Rechtsanspruch auf Wahrung der Geschäftsgeheimnisse bestehe jedoch nicht**.

Entscheidungsveröffentlichung

„§ 37. Das Kartellgericht hat rechtskräftige Entscheidungen über die Abstellung einer Zuwiderhandlung, die Feststellung einer Zuwiderhandlung, die Verhängung einer Geldbuße oder über Anträge nach den §§ 11 und 16 durch Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung erfolgt unter Angabe der Beteiligten und des wesentlichen Inhalts der Entscheidung einschließlich der verhängten Sanktionen. Sie muss einem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen; ein Rechtsanspruch darauf besteht jedoch nicht.“

Obwohl im Allgemeinen Teil der Erläuterungen explizit auf Art. 30 der VO (EG) Nr. 1/2003 hinsichtlich des Umfangs der Entscheidungsveröffentlichung Bezug genommen wird, wird der **Rechtsanspruch auf Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ausgeschlossen**. Dies ist insofern nicht nachvollziehbar, da gerade Art 30 Abs 2 der VO (EG) Nr. 1/2003 regelt, dass „die Veröffentlichung den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen habe.“ Darunter sind solche Informationen zu verstehen, die ein Unternehmen Dritten üblicherweise nicht zugänglich macht und deren Veröffentlichung ihm schaden kann. Überdies ist zum Rechtsschutz ein Verfahren zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen etabliert (Art. 9 des Mandats von Anhörungsbeauftragten). Bei unterschiedlichen Auffassungen die Vertraulichkeit betreffend wird eine anfechtbare Entscheidung durch den Anhörungsbeauftragten erlassen.¹

¹ Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, Kapitel X

OMV Aktiengesellschaft

Unter Hinweis auf den in Zusammenhang mit Art 30 Abs 2 VO 1/2003 bestehenden Rechtsschutz ist nicht nachvollziehbar, dass in der geplanten Neufassung des § 37 KartG **jeglicher Rechtsanspruch verneint wird**. Die ist **völlig unangemessen und verfassungswidrig**.

- ▶ Dem **§ 47 Abs. 1** wird folgender Satz angefügt:
„**Regulatoren** sind auch ohne Parteistellung im Verfahren berechtigt, an einer Verhandlung teilzunehmen, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist.“

Diese Formulierung führt dazu, dass **Energieregulierung durch die Hintertüre Eingang in das Kartellrecht findet**. Aufgrund der Vielzahl an zusätzlichen Kompetenzen, die die Regulierungsbehörde Energie-Control Austria erst im vergangenen Jahr durch das neue Energie-Control Gesetz erhalten ist, ist **nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund Regulatoren ohne Parteistellung an einem Verfahren teilnehmen sollten, an dem die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist**. Das Argument, dass Regulatoren ohnedies an ihre Amtsverschwiegenheit gebunden seien, stellt den Mehrwert dieser Regelung überdies in Frage, da der Regulator in Folge also weder über den Inhalt und Verlauf des Verfahrens kommunizieren darf, noch die etwaigen in diesem Verfahren gewonnenen Erkenntnisse für seine Zwecke verwenden darf. Diese neue Kompetenz des Regulators schafft unserer Einschätzung nach keinerlei Mehrwert.

- ▶ **Keine Energieregulierung im Kartellrecht:**

Angemerkt wird, dass **diese neuen Bestimmungen** (vor allem §§ 4 und 5) **weit über das Wettbewerbsrecht hinausgehen**, um Energieregulierung durch die Hintertüre im Kartellrecht zu verankern. Es ist **nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts, Energiepolitik und Preisregulierung zu gestalten**. Es würde ein Markt reguliert werden ohne den sich darin befindlichen Marktteilnehmern die begleitende rechtliche Sicherheit zu gewährleisten.

Das österreichische und europäische Wettbewerbsrecht darf nicht dazu verwendet werden, energiepolitische Ziele zu verfolgen – ausgenommen, alle Voraussetzungen zur Anwendung von Wettbewerbsrecht liegen vor. Dazu ist beispielsweise die eindeutige Definition von „vergleichbaren“ Märkten unerlässlich.

Das Kartellrecht ist ein für die Energieregulierung ungeeignetes Instrument.

II. Nahversorgungsgesetz

§ 2a Nahversorgungsgesetz:

„**§ 2a.** (1) Einem Unternehmer ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität und leitungsgebundenem Erdgas (Energieversorgungsunternehmer) auf einem Markt, auf dem er allein oder zusammen mit anderen Energieversorgungsunternehmern eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung zu missbrauchen, indem er
1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmer oder von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten, es sei denn der Versorgungsunternehmer weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, oder



OMV Aktiengesellschaft

2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden.
(2) Wer Abs. 1 zuwiderhandelt, kann auf Unterlassung im Sinne des § 26 KartG 2005 in Anspruch genommen werden. Die Nachweispflicht nach Abs. 1 Z 1 gilt nur in Verfahren vor dem Kartellgericht.“

Zu § 2a NahversorgungsG sei angemerkt: Die **Schaffung der Sonderbestimmung** über den **Missbrauch der Marktmacht für Energieversorgungsunternehmen** soll den **Wettbewerb** auf den durch hohe Konzentration gekennzeichneten Strom –und Gasmärkten **forcieren** und den Preismissbrauch verhindern.

Durch das im vergangenen Jahr verabschiedete **Gaswirtschaftsgesetz 2011 kommt es nun zur Implementierung der europäischen Vorgaben des Dritten Energiepakets in Österreich.** Die Intention dahinter war, dass dies zu einer weiteren Belebung des österreichischen Energiemarktes führen würde.

- ▶ Daher sollten zunächst **die Ergebnisse dieser Umsetzung abgewartet werden**, bevor durch die Einführung dieses Sondertatbestands **neue Regelungen erstellt werden**, die einen **groben Eingriff in die unternehmerische Freiheit** darstellen und Rechtsunsicherheit hervorrufen: Wettbewerb kann nicht durch Preisfestsetzung gefördert werden.

- ▶ Zur Frage der Definition von „vergleichbaren“ Märkten sowie der „Beweislastumkehr“ dürfen wir auf das in dieser Stellungnahme zu § 5 KartG Ausgeführte verweisen.