



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERLANDESGERICHT WIEN
DER PRÄSIDENT

Jv 9453/16w-26

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Schmerlingplatz 11, Postfach 26
1011 Wien

Tel.: +43 (0)1 52152-0
Fax: +43 (0)1 52152-3690

Sachbearbeiter:

Klappe:

E-Mail: olgwien.praesidium@justiz.gv.at

An das
Bundesministerium für Justiz
Wien

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetz-Novelle 2016 - KartG-Nov 2016)

Bezug: BMJ-Z9.100/0001-I 4/2016

Zu dem mit do. Erlass vom 26. August 2016 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetz-Novelle 2016 – KartG-Nov 2016), nimmt der Begutachtungssenat des Oberlandesgerichts Wien wie folgt Stellung:

Zu Z 2 (§ 12 Abs 4 KartG) - zusätzlicher Ausspruch bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen

1. Formale Bedenken:

a. Bei dem nach Art 5 VO 1/2003 für nationale Wettbewerbsbehörden im Anwendungsbereich des Art 101 AEUV zulässigen Ausspruch, wonach „kein Anlass besteht, tätig zu werden“, handelt es sich inhaltlich um eine Einstellungsentscheidung, die nicht nur auf das Nichtvorliegen eines Wettbewerbsverstoßes, sondern auch auf Opportunitätsgründe gestützt werden kann. An den Ausspruch ist aber nur die betreffende Wettbewerbsbehörde selbst gebunden, nicht hingegen die Kommission oder Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedsländer (siehe *Schröter, Jakob, Klotz, Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht² 1020). Ein solcher Ausspruch ist daher von der dahinter liegenden Grundkonzeption für Aufgriffsbehörden geeignet, nicht aber für eine Behörde, die in einem Parteienverfahren entscheidet. Da das Kartellgericht nur

über Antrag tätig wird (§ 36 Abs 1 KartG) und bei Vorliegen eines Antrags stets tätig zu werden hat, besteht für das Kartellgericht ohne Vorliegen eines Geldbußen-, Abstellungs- oder Feststellungsantrags nie ein „Anlass“ oder auch nur eine Möglichkeit, im Hinblick auf allfällige Verstöße gegen § 1 KartG bzw. Art 101 AEUV tätig zu werden. Ein mangels Antrags gar nicht eingeleitetes Verfahren kann auch nicht eingestellt werden.

Von der vorgesehenen „Selbstbindung“ des Kartellgerichts durch einen solchen Ausspruch scheint eher das Aufgriffsrecht der Amtsparteien betroffen, weshalb zu erwägen wäre, die Disposition darüber in deren Hände zu legen bzw. zumindest von deren Zustimmung abhängig zu machen.

b. Der letzte Satz des neuen § 12 Abs 4, mit dem die „Selbstbindung“ des Kartellgerichts an einen solchen Ausspruch festgehalten werden soll, ist missverständlich. Nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung könnte das Kartellgericht Abstellungs- oder Geldbußenentscheidungen hinsichtlich der betroffenen Absprachen ungeachtet des oben erwähnten, im Fusionskontrollverfahren ergangenen Ausspruchs (auch ohne Vorliegen neuer Erkenntnisse) erlassen, sofern diese Entscheidungen unter den Vorbehalt neuer Erkenntnisse gestellt werden. Gemeint ist aber wohl eher, dass solche Entscheidungen nur dann erlassen werden dürfen, wenn neue Erkenntnisse vorliegen.

2. Inhaltliche Bedenken:

Das Ziel, den Fusionswerbern bei Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens Rechtssicherheit im Hinblick auf die Frage eines allfälligen Verstoßes gegen das Kartellverbot zu geben, ist verständlich. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Europarechts steht ihnen dazu schon jetzt die Möglichkeit eines Feststellungsantrags nach § 28 Abs 2 KartG offen. Im Anwendungsbereich des Art 101 AEUV ist dieses Ziel angesichts der in den Erläuternden Bemerkungen zutreffend aufgezeigten Unzulässigkeit der Ausstellung von „unionsrechtlichen Negativattesten“ durch nationale Wettbewerbsbehörden unseres Erachtens auch über den vorgeschlagenen Umweg nicht erreichbar. Neben der fehlenden Bindungswirkung des vorgesehenen Ausspruchs für die Kommission und Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedsstaaten scheint die Rechtssicherheit auch deshalb nicht gewährleistet, weil sich der präjudizielle Ausspruch nach der vorgeschlagenen Regelung nicht auf Feststellungsverfahren bezieht (die nicht nur von den Amtsparteien, sondern von jedem betroffenen Unternehmen eingeleitet werden

können) und wohl auch die Zivilgerichte in einem allfälligen Schadenersatzverfahren nicht bindet. Die Rechtskraftwirkung des vorgeschlagenen Ausspruchs ist daher begrenzt. Selbst die angestrebte Selbstbindung des Kartellgerichts scheint aufgrund des Vorbehalts „neuer Erkenntnisse“ angesichts der Unschärfe dieses Begriffs wenig abgesichert.

Der in den Erläuternden Bemerkungen enthaltene Hinweis auf § 32c GWB als „Vorbild“ ist unverständlich. Die genannte Bestimmung bezieht sich - wohl mit gutem Grund - nur auf Verfahren betreffend das Kartellverbot sowie den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, nicht aber auf das Fusionskontrollverfahren.

3. Praktische Erwägungen:

Eine nähere Durchleuchtung der Frage eines allfälligen Verstoßes gegen das Kartellverbot wird in dem von engen Fristen geprägten Fusionskontrollverfahren oft nicht möglich sein. Es ist daher zu erwarten, dass der Ausspruch in der Praxis wohl nur in jenen Fällen getroffen werden wird, in denen der fehlende Verstoß gegen das Kartellverbot ohnehin evident bzw. unstrittig ist. Gerade in solchen Fällen ist er aber wohl wenig hilfreich.

Zusammengefasst schlägt der Entwurf nach Ansicht des Begutachtungssenats somit eine Regelung vor, die im europäischen und im österreichischen Vollzugssystem einen „Fremdkörper“ darstellt, ohne dass dem ein erwartbarer praktischer Nutzen gegenübersteht. Es wird daher angeregt, die vorgeschlagene Regelung nochmals zu überdenken.

Zu Z 5 (§ 35 Abs 1 KartG) -Zwangsstrafe bei Verweigerung des Abrufs elektronischer Daten in der Hausdurchsuchung:

Da Hausdurchsuchungen nicht im KartG geregelt sind und die Bestimmung wohl nicht Hausdurchsuchungen nach der StPO umfassen soll, wird angeregt, zur Klarstellung nach „Hausdurchsuchungen“ einen Klammerhinweis auf § 12 WettbG aufzunehmen.

Zu Z 6 (§ 37 Abs 1 KartG) - Veröffentlichung abweisender Entscheidungen:

Da nach § 37 die Veröffentlichung in der Ediktsdatei unter Angabe der (nicht anonymisierten Namen der) Verfahrensbeteiligten zu erfolgen hat, scheint die Veröffentlichung von abweisenden Entscheidungen gegen den Willen des Antragsgegners nicht unproblematisch. Auch wenn vorstellbar ist, dass manche

erfolgreiche Antragsgegner selbst an der Veröffentlichung einer Entscheidung interessiert sein könnten, mit welcher der Verdacht auf ein kartellrechtliches Fehlverhalten zerstreut wird, sollte einer ohnehin schon „unschuldig“ in ein Kartellverfahren gezogenen Partei nicht auch noch die allfällige „Prangerwirkung“ einer Veröffentlichung gegen ihren Willen aufgezwungen werden. Außerdem stellt sich bei abweisenden Entscheidungen die Frage des Geheimnisschutzes in verstärkter Weise, weil der Grundsatz, wonach kein schützenswertes Interesse des Entscheidungsadressaten an der Beschreibung seines gegen das Kartellverbot oder das Missbrauchsverbot verstoßenden Verhaltens besteht (vgl 16 Ok 14/13), bei abweisenden Entscheidungen nicht anwendbar ist.

Es wird daher angeregt, die Veröffentlichung abweisender Entscheidungen von der Zustimmung des betroffenen Antragsgegners abhängig zu machen oder zumindest anzuordnen, dass die Veröffentlichung in anonymisierter Form bzw. ohne Anführung des verfahrensbeteiligten Antragsgegners zu erfolgen hat.

Zu Z 7 - Ersatz des Schadens aus Wettbewerbsrechtsverletzungen:

§ 37a Abs 1 KartG:

Die Formulierung von Absatz 1 dieser Norm ist durch Verwendung des Verbs „regeln“ missverständlich. Dieses könnte dahingehend aufgefasst werden, dass in diesem Abschnitt die zivilrechtliche Haftung für Schäden, die durch Wettbewerbsrechtsverletzungen verursacht wurden, abschließend und umfassend festgelegt wird, und damit anderen zivilrechtlichen Normen, die konkurrierende Anspruchsgrundlagen beinhalten, derogiert wird.

§ 37e Abs 2 KartG:

Im letzten Halbsatz dieser Norm wird festgelegt, dass die Begünstigung der Haftung für kleine und mittlere Unternehmen ua dann nicht zum Tragen kommt, wenn das Unternehmen „nach Feststellung einer Wettbewerbsbehörde bereits früher eine Wettbewerbsrechtsverletzung begangen hat.“

Der Begriff „Feststellung“ wird im österreichischen Zivilprozess für die Sachverhaltsdarstellung in der Gerichtsentscheidung verwendet. Versteht man den Begriff der „Feststellung“ in § 37e Abs 2 KartG in diese Richtung, würde die Begünstigung bereits dann wegfallen, wenn eine Wettbewerbsrechtsverletzung eines

Unternehmens in Sachverhaltsfeststellungen konstatiert wird, auch wenn dieses Unternehmen nicht Partei des Verfahrens war. Im Sinn des Gebots des „fair trials“ erscheint es geboten, eine Klarstellung dahingehend vorzunehmen, dass eine Feststellung einer Wettbewerbsbehörde iSd § 37e Abs 2 KartG nur dann vorliegt, wenn sie in einem Verfahren getroffen wird, an dem das betroffenen Unternehmen als Partei beteiligt war. Es wird daher angeregt, § 37i Abs 2, auf den in § 37e Abs 2 letzter Halbsatz verwiesen wird, wie folgt zu ergänzen: „Ein Gericht, das über den Ersatz des Schadens aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung entscheidet, ist an eine in einer rechtskräftigen Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde getroffene Feststellung, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Wettbewerbsrechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden, sofern dieses Wettbewerbsrechtsverletzungsverfahren gegen dieses Unternehmen geführt wurde.“

§ 37j Abs 1 KartG:

In diesem Absatz werden die Inhaltserfordernisse einer Klage im Verhältnis zu § 226 ZPO herabgesetzt, jedoch nur hinsichtlich des Klagegrundes. Dieser Absatz enthält jedoch keine reduzierten Anforderungen an die in § 226 ZPO normierte Notwendigkeit der präzisen Bezifferung des Klagebegehrens. Berücksichtigt man den in der Richtlinie 2014/104/EU in Artikel 4 festgeschriebenen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz, nach dem alle nationalen Vorschriften und Verfahren für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen so gestaltet und angewandt werden müssen, dass sie die Ausübung des Unionsrechts auf vollständigen Ersatz des durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, erscheint das nach der ZPO geltende Gebot der exakten Bezifferung des Klagebegehrens diesen Grundsatz zu konterkarieren. Der Kläger ist nämlich in jenen Verfahren, in denen er Schadenersatz aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung geltend macht, mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass ihm zum Zeitpunkt der Klageeinbringung eine genaue Bezifferung des Klagebegehrens mangels vorprozessualer Pflicht zur Offenlegung der Beweismittel durch die Gegenseite noch nicht möglich ist.

Die in der ZPO für solche Fälle vorgesehene Abfederung des Kostenrisikos durch § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO erscheint im Hinblick darauf, dass dem Kläger die wesentlichen Beweisunterlagen noch nicht zur Verfügung stehen, nicht ausreichend.

Auch für den gewissenhaften Kläger besteht in dieser Beweissituation die immanente Gefahr, sich beim Umfang des berechtigten Schadenersatzanspruchs um mehr als 50% zu verschätzen und damit dem Prozesskostenrisiko ausgesetzt zu sein.

Auch das umgekehrte Vorgehen, nämlich dass der Kläger nicht mehr, sondern, um das Kostenrisiko zu minimieren, weniger als ihm zusteht, einklagt, um die Klage dann allenfalls nach Durchführung des Offenlegungsverfahrens auszudehnen, steht in einem Spannungsverhältnis zum Effektivitätsgrundsatz, da die bis zur Klagsausdehnung verstrichene Zeit in die Verjährungsfrist einzurechnen ist, weshalb es dazu kommen kann, dass bei Klagsausdehnung die Ansprüche schon verjährt sind. Die Notwendigkeit der exakten Bezifferung reduziert damit die Effektivität von Schadenersatzverfahren wegen Wettbewerbsrechtsverletzungen.

Es wird daher angeregt, das Kostenrisiko dem Kläger bis zum Zeitpunkt der Offenlegung der für die Bezifferung notwendigen Beweismittel abzunehmen, allenfalls dadurch, dass zur Ermittlung der Obsiegsquote nach § 43 ZPO erst jener Klagebetrag herangezogen wird, den der Kläger unmittelbar nach Durchführung des Offenlegungsverfahrens benennt, und dass diese Obsiegsquote auf den Prozessbeginn zurückwirkt.

Zu Z 11 (§ 50 KartG) - Einschränkung der Rahmengebühren für Hausdurchsuchungen, Einführung von Rahmengebühren für Veröffentlichung und für einstweilige Verfügungen:

Zunächst wird der zu Z 5 erstattete Vorschlag wiederholt, den Begriff „Hausdurchsuchungen“ durch Klammerausdruck auf Hausdurchsuchungen nach § 12 WettbG zu beschränken.

Die vorgeschlagenen Regelungen gründen nach den Erläuternden Bemerkungen offenbar auf der Annahme, dass das „Widerspruchsverfahren“ und das „Veröffentlichungsverfahren“ selbständige kartellgerichtliche Verfahren sind. Dem gegenüber handelt es sich nach (bisher wohl allseits geteilter) Auffassung des Begutachtungssenats nur um unselbständige Neben- bzw. Annexverfahren innerhalb eines Verfahrens über einen Antrag auf Hausdurchsuchung bzw. über Anträge auf Abstellung, Feststellung oder Verhängung einer Geldbuße.

Betreffend die nunmehr eingeschränkte Gebührenpflicht für Hausdurchsuchungen wird daher vorgeschlagen, den Text systemkonform wie folgt umzuformulieren:

„....., für ein Verfahren über Hausdurchsuchungen (§ 12 WettbG), sofern

Widerspruch gegen die Einsichtnahme in oder die Beschlagnahme von Urkunden (§ 12 Abs 4 WettbG) erhoben wird ...“

Betreffend die vorgesehene Gebührenpflicht für „das Verfahren nach § 37 Abs 2“ wird angeregt, diese Bestimmung ersatzlos zu streichen. Entgegen den in den Erläuternden Bemerkungen angestellten Erwägungen geht das Kartellgericht davon aus, dass mit der vorgeschlagenen Regelung nicht die Gebührenhöhe gegenüber den „sonstigen Verfahren“ nach § 50 Z 6 reduziert, sondern erstmals ein Gebührentatbestand für ein unselbständiges kartellgerichtliches Annexverfahren geschaffen würde. Abgesehen von diesem unnötigen Eingriff in die Systematik des Gebührenrechts hätte die vorgeschlagene Regelung zur Folge, dass in allen Verfahren, in denen Entscheidungen zu veröffentlichen sind, stets zwei Rahmengebührenbeschlüsse zu fassen sind, was wenig effizient erscheint.

Dem Umstand, dass Veröffentlichungen nach § 37 KartG erheblichen Aufwand verursachen können, wird nach Ansicht des Begutachtungssenats vom Kartellgericht in der Praxis schon derzeit Rechnung getragen, indem die Rahmengebühr für das gesamte Verfahren erst nach Rechtskraft der Entscheidung über die zu veröffentlichende Fassung bestimmt und dabei auch der Aufwand im Annexverfahren über die Veröffentlichung berücksichtigt wird. Es besteht unseres Erachtens kein Anlass, diese Praxis zu ändern.

Ähnliches gilt für die vorgeschlagene Änderung des § 50 Z 6. Soweit einstweilige Verfügungen mit einem „Hauptantrag“ verbunden sind, wird der mit der Entscheidung über die einstweilige Verfügung verbundene Aufwand im Rahmen der endgültigen Gebührenbestimmung mit berücksichtigt. Eine „doppelte“ Gebührenbestimmung scheint umständlich und könnte systematisch zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Da die Verfahrensergebnisse aus dem Provisorialverfahren in der Regel auch im Hauptverfahren verwertbar sind, scheint eine einheitliche Gebührenbestimmung nach Abschluss des Hauptverfahrens geboten, wäre doch ansonsten die im Provisorialverfahren erfolgreiche Partei gegenüber der im Hauptverfahren erfolgreichen Partei systematisch bevorzugt.

Soweit ein selbständiger Antrag auf einstweilige Verfügung gestellt wird, unterliegt das Verfahren in gebührenrechtlicher Hinsicht schon jetzt dem Gebührentatbestand des § 50 Z 6, sodass die vorgeschlagene Regelung für diese Fälle nicht notwendig ist.

Zu Z 12 (§ 54 KartG) - Gebührenbestimmung bei ruhenden oder unterbrochenen Verfahren:

Der Wunsch nach Beseitigung der rechtlichen „Unklarheit“ ist verständlich. Allerdings kann die vorgeschlagene Regelung im Falle des - in der Praxis eher seltenen - Eintretens der angesprochenen Fälle für das Kartellgericht erhebliche Probleme aufwerfen. Für den Rahmengebührenbeschluss ist neben der Gebührenhöhe und dem Zeitpunkt der Gebührenbestimmung insbesondere maßgeblich, wen die Zahlungspflicht trifft. § 52 Abs 2 sieht vor, dass die Gebühren „nach Maßgabe des Verfahrenserfolges“ aufzuerlegen sind. Dieses Kriterium ist bei unterbrochenen Verfahren grundsätzlich nicht anwendbar. Aber auch bei ruhenden Verfahren stellt sich die Frage, ob alleine die Tatsache des „Ruhenlassens“ schon zu einer Zahlungspflicht für den Antragsteller führen soll, obwohl der Grund für das Ruhen in der Praxis oft auf einer nicht aktenkundigen Parteienvereinbarung beruhen wird, die eigentlich als Erfolg oder zumindest als Teilerfolg des Antragstellers zu werten wäre.

Es wird daher angeregt, von der vorgeschlagenen Regelung schon aufgrund ihrer geringen praktischen Relevanz Abstand zu nehmen oder zumindest - insbesondere für unterbrochene Verfahren - ergänzend zu regeln, welcher Seite in solchen Fällen die Zahlungspflicht aufzuerlegen ist.

Zu Z 15, 20 (§ 73 KartG) – Sachverständige

Es wird davon ausgegangen, dass die bisher in einer besonderen Liste geführten Sachverständigen in Kartellangelegenheiten vor einer Eintragung in die Sachverständigenliste Fachgebiet „Wettbewerbsökonomie“ (§ 3 SDG) dem Zertifizierungsverfahren des SDG unterworfen sind.

Zu Z 19 (§ 86 Abs 4 KartG) - Übergangsbestimmung Bagatellkartell:

Die vorgesehene, zur „Klarstellung“ gedachte Regelung scheint dazu angetan, ihrerseits Unklarheiten zu schaffen. Demnach soll die Neufassung des § 2 Abs 2 Z 1 für alle Kartelle gelten, die bis zum Tag nach der Verlautbarung des Gesetzes noch nicht beendet sind. Hingegen soll die alte Fassung für jene „Altkartelle“ gelten, die vor dem Tag des Inkrafttretens der neuen Übergangsbestimmung beendet wurden. Damit ist ungeklärt, welche Rechtslage auf Kartelle anzuwenden ist, die zwischen dem Tag nach der Verlautbarung und dem Tag des Inkrafttretens beendet werden.

Weiters darf bemerkt werden, dass die Erläuternden Bemerkungen die Probleme der Praxis nur auf die „Gegenausnahme“ für Hardcore-Kartelle beziehen. Da Hardcore-Kartelle in aller Regel wiederkehrender, mit Inkrafttreten des § 2 Abs 2 Z 1 idF des KaWeRÄG 2012 jedenfalls verbotener Erneuerungshandlungen bedürfen, stellte sich das Problem in der Praxis des Kartellgerichts hingegen eher bezüglich der geänderten Marktanteilsschwellen. Betroffen waren davon insbesondere Fälle, in denen die (weitere) Zulässigkeit „alter“ Vertragsklauseln ohne Bezug zu Kernbeschränkungen zu beurteilen war (Konkurrenzschutzklauseln, Radiusklauseln usw). Nach dem in den Erläuternden Bemerkungen angesprochenen Sinn der Regelung schien nicht klar, dass der Gesetzgeber eine unübersehbare Anzahl solcher bis zum KaWeRÄG 2012 unbedenklicher und von den Vertragsparteien oft über Jahrzehnte zulässig angewendeter Vertragsklauseln mit einem Schlag vernichten wollte. Vor allem aber lag es schon deshalb nahe, die Übergangsbestimmung des § 86 Abs 4 im Sinne ihres Umkehrschlusses zu interpretieren, weil sie sich ansonsten im Hinblick auf das in § 86 Abs 3 angeordnete Inkrafttreten der Neufassung mit 1.3.2013 vollständig erübrigt hätte.

Ungeachtet der Frage, ob die vorgesehene Regelung als „Klarstellung“ oder als Änderung der Rechtslage anzusehen ist, wird vom Kartellgericht jedenfalls begrüßt, dass die Rechtsunsicherheit nunmehr in einer Weise beseitigt werden soll, die eine rückwirkende Pönalisierung eines bereits beendeten Verhaltens ausschließt. Allerdings scheint es angesichts der oben erwähnten Betroffenheit zahlreicher Vertragsklauseln, der Schwierigkeit der Prüfung, ob diese weiterhin zulässig sind, und der zur Beendigung erforderlichen klaren Distanzierung von deren weiteren Anwendung nicht angemessen, dabei auf den Tag nach der Verlautbarung der Neuregelung abzustellen. Vielmehr sollte den betroffenen Unternehmen wohl zumindest der Zeitraum zwischen Verlautbarung und Inkrafttreten des Gesetzes zur Verfügung stehen. Mit einer entsprechenden Änderung der vorgeschlagenen Regelung würde gleichzeitig die eingangs aufgezeigte Rechtslücke zwischen dem Tag nach der Verlautbarung und dem Tag vor dem Inkrafttreten der neuen Übergangsregelung vermieden.

Oberlandesgericht Wien
Wien, 04. Oktober 2016
Für den Präsidenten:
Dr. Berger, Vizepräsidentin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG