



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
zu Händen Herrn SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein
Per e-mail:
team.z@bmj.gv.at

Kopie an:
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 5. Oktober 2016

Betrifft: Kartellgesetz-Novelle 2016

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Studienvereinigung Kartellrecht bedankt sich beim Bundesministerium für Justiz für die Gelegenheit, eine Stellungnahme zum Entwurf der Novelle zum Kartellgesetz vom 26. August 2016 abgeben zu dürfen. Aufgrund der laufenden Tätigkeit unserer Mitglieder in der Beratung im Bereich des Kartellrechts und in der Vertretung mit kartellrechtlichen Schwerpunkten in Verfahren vor Gerichten und sonstigen Behörden können wir die vorgeschlagenen Änderungen hinsichtlich Ihrer Auswirkungen auf die praktische Anwendung des Kartellrechts und des Kartellschadenersatzrechts sehr gut einschätzen.

Die Studienvereinigung Kartellrecht ist eine Vereinigung deutschsprachiger, auf das Kartellrecht spezialisierter Rechtsanwälte vor allem aus Deutschland, Österreich, der Schweiz und Brüssel. Wir bemühen uns um einen intensiven Informations- und Erfahrungsaustausch unter unseren Mitgliedern, mit den Kartellbehörden und -gerichten und der Wissenschaft. Zu diesem Zweck organisieren wir Arbeitssitzungen, Konferenzen und sonstige Veranstaltungen.

Dazu gehören in Österreich insbesondere regelmäßige Treffen unserer österreichischen Mitglieder (insgesamt knapp 100) sowie unsere ganztägigen Symposien für einen breiteren Teilnehmerkreis (wie etwa jenes, das am 14. Oktober 2015 in Wien in den Räumen des BMJ stattgefunden hat). Zu kartellrechtlich relevanten Gesetzesentwürfen haben wir seit mehr als zehn Jahren regelmäßig Stellungnahmen abgegeben.

Für die vorliegende Stellungnahme haben wir eine interne Arbeitsgruppe von österreichischen Mitgliedern der Studienvereinigung Kartellrecht gebildet. Dieser Arbeitsgruppe gehörten folgende Personen an, die die Stellungnahme gemeinsam vorbereitet haben: Astrid Ablasser-Neuhuber, Moritz Am Ende, Günter Bauer, Michael Brand, Martin Eckel, Bernt Elsner, Judith Feldner, Markus P. Fellner, Nikolaus Fink, Johannes Frank, Gerhard Fussenegger, Isabella Hartung, Alexander Hiersche, Stefan Michael Hirner, Konstantin Köck, Bernhard Kofler-Senoner, Anita Lukaschek, Christian Mayer, Michael Mayer, Florian Neumayr, Martin Oder, Axel Reidlinger, Florian Schuhmacher, Martin Stempkowski, Franz Stenitzer, Dieter Thalhammer, Peter Thyri, Andreas Traugott, Franz Urlesberger, Anna Wolf-Posch, Hanno Wollmann, Dieter Zandler, Jörg Zehetner und Andreas Zellhofer. Unsere Stellungnahme wurde sodann mit allen österreichischen Mitgliedern abgestimmt.

Die Studienvereinigung Kartellrecht war bereits seit 2014 seitens der zuständigen Bundesministerien in den Diskussionsprozess zur Kartellgesetz-Novelle 2016 (und zu einer allfälligen Wettbewerbsgesetz-Novelle 2016) eingebunden und hat sich an diesen Vorarbeiten aktiv beteiligt. Viele der dabei erörterten Themen – insbesondere zum Kartellschadenersatzrecht – finden sich nun auch im Entwurf der Novelle wieder.

Wir beschränken uns in der vorliegenden Stellungnahme auf jene im Entwurf vorgeschlagenen Gesetzesänderungen, zu denen wir konkrete Anmerkungen haben. Soweit wie möglich haben wir für unsere Verbesserungsanregungen auch konkrete Formulierungsvorschläge erarbeitet und in diese Stellungnahme aufgenommen. Zur besseren Nachvollziehbarkeit haben wir dabei jeweils im Entwurf zu streichende Wörter bzw. Wortfolgen durchgestrichen und neue Wörter bzw. Wortfolgen unterstrichen (zB „... ~~Schädiger Rechtsverletzer~~ ...“).

Für eine weitere Erörterung unserer Vorschläge mit dem Bundesministerium für Justiz bzw. mit den anderen „Stakeholdern“ stehen wir natürlich gerne zur Verfügung.

Die folgenden Ausführungen orientieren sich in ihrer Reihenfolge am Gesetzesentwurf – wir nennen nur jene Ziffern, zu denen wir Anmerkungen haben:

Zu Z 1 (5. Abschnitt - Inhaltsverzeichnis)

Wir erlauben uns, darauf hinzuweisen, dass es im Inhaltsverzeichnis derzeit noch versehentlich „§ 37g. Wirkung einer einvernehmlichen Streibeilegung“ (statt richtig „... Streitbeilegung“) heißt.

Zu Z 2 (§ 12 Abs 4 KartG) – Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Abreden bei Gründung von Gemeinschaftsunternehmen

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist zweifelhaft, ob die Einbeziehung von "kooperativen Effekten" im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in die fusionskontrollrechtliche Prüfung im Wege des § 12 Abs 4 KartG in der derzeit vorgeschlagenen Form in der Praxis einen erheblichen Mehrwert bringt bzw geeignet ist, das mit dem Vorschlag verfolgte Ziel, nämlich die Erhöhung der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen, zu erreichen.

So geht zunächst der Vorschlag (insb die Erläuterungen) auf den Umstand, dass bereits jetzt, dh vor der KartG-Novelle 2016, die Frage, ob der Zusammenschluss auch kartellrechtlich zulässig ist, im Zusammenschlussverfahren (jedenfalls in gewissem Maße) geprüft wird, nicht ein. Dies ist allerdings unumstritten, sind doch die mit dem Zusammenschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Abreden im Rahmen der Prüfung nach § 12 KartG (also bei Beantwortung der Frage, ob solche Aspekte eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken können) mit zu überprüfen.¹

Beispiele für derartige Aspekte, die im Rahmen des § 12 KartG ohnehin auch jetzt schon geprüft werden, sind etwa "a) Vereinbarungen, die Bestandteil des Zusammenschlusstatbestands sind, b) funktionsnotwendige Nebenabreden, insbesondere Wettbewerbsverbote der Gründer im Verhältnis zum GU und umgekehrt sowie c) bloße "Gruppeneffekte zwischen den Gründern [bzw Müttern]".² Auch bei Sachverhalten mit Unionsbezug sind diese Aspekte in das Prüfungsschema nach § 12 KartG miteinzubeziehen.³

¹ Vgl hierzu KOG zu 16 Ok 11/13: "Demgegenüber ist aber im österreichischen Fusionskontrollverfahren eine Prüfung von Gruppeneffekten nicht anhand von §§ 1 f KartG, sondern nur im Rahmen des Marktbeherrschungstests nach § 12 KartG möglich (Urlesberger aaO Vor § 7 KartG Rz 27). Nur über Gruppeneffekte hinausgehende wettbewerbsbeschränkende Absprachen, die aber gerade kein Machtstrukturproblem darstellen, sind nach §§ 1 f KartG zu prüfen (Urlesberger aaO Vor § 7 KartG Rz 27)."

² Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz², "Vor § 7 KartG", Rz 29.

³ So hat das KOG in 16 Ok 11/13 unter Verweis auf Art 3 Abs 3 VO 1/2003 festgestellt, dass auch das Unionsrecht einer solchen "Vorrangregel" zu Gunsten von nationalem Fusionskontrollrecht nicht entgegen steht.

In Bezug auf diese, im Rahmen des § 12 KartG zu prüfenden Abreden ergibt sich daher keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung.

Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Formulierung von § 12 Abs 4 KartG die Entscheidung, in den Beschluss über die Nichtuntersagung der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens den Ausspruch aufzunehmen, dass kein Anlass besteht, gegen mit dem Zusammenschluss verbundene Abreden tätig zu werden, dem Kartellgericht überlässt.

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht erscheint es unwahrscheinlich, dass das Kartellgericht von der Befugnis, einen solchen Ausspruch in seine Entscheidung aufzunehmen, in der Praxis regelmäßig Gebrauch machen würde. Dies liegt vor allem daran, dass das Gericht nach der vorgeschlagenen Bestimmung innerhalb der nach § 14 Abs 1 KartG zur Verfügung stehenden Frist zusätzlich zur Prüfung, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, die Frage beantworten müsste, ob die (über die Prüfung in § 12 KartG hinaus) mit dem Zusammenschluss verbundenen Abreden die Voraussetzungen für ein Verbot nach § 1 KartG und nach Art 101 AEUV erfüllen. Da die Beantwortung dieser Frage mitunter komplex und mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist, wird das Kartellgericht von der Beantwortung im Zweifel absehen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, § 12 Abs 4 KartG in dieser Form nicht in den endgültigen Gesetzestext aufzunehmen.

Für den Fall, dass an § 12 Abs 4 KartG festgehalten werden sollte, erlaubt sich die Studienvereinigung Kartellrecht die folgenden Hinweise:

Zunächst spezifizieren weder die Erläuterungen noch der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut, in Bezug auf welche *"mit dem Zusammenschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Abreden"* das Kartellgericht zukünftig eine (zusätzliche) Entscheidungsbefugnis haben soll. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund problematisch, dass kooperative Effekte – wie oben dargelegt – bereits jetzt in gewissem Ausmaß in die fusionskontrollrechtliche Prüfung einbezogen werden.

Der Verweis der Erläuterungen, wonach Vorbild für den vorgeschlagenen § 12 Abs 4 KartG die Bestimmung des § 32c des deutschen GWB ist, überzeugt hier nicht (und stellt daher auch nicht klar, welche Abreden von dem Ausspruch nach § 12 Abs 4 KartG erfasst werden). So handelt es sich bei § 32c GWB gerade nicht um eine fusionskontrollrechtliche Bestimmung, sondern um eine Bestimmung aus dem Bereich des Vollzugs des Kartellverbots bzw des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Für die Ermessensentscheidung der Kartellbehörde nach § 32c GWB ist dabei insbesondere von Bedeutung, inwieweit es sich bei dem betroffenen Sachverhalt um einen neuen Sachverhalt handelt, dessen Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht.⁴ Die Entscheidung nach § 32c GWB soll also offenbar eine gewisse "Breitenwirkung" entfalten und (insbesondere mittelständischen) Unternehmen die Beurteilung, ob eine bestimmte Vereinbarung kartellrechtlich zulässig ist, erleichtern.⁵ Demgegenüber soll § 12 Abs 4 KartG die Rechtssicherheit der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erhöhen (und für diese das Risiko einer zusätzlichen Prüfung auf der Grundlage des Kartellverbots, die auf ein Fusionskontrollverfahren – zusätzlich – folgen könnte, verringern).

Vor diesem Hintergrund wäre aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht einer Regelung der Vorzug zu geben, die sich an der Bestimmung des Art 2 Abs 4 und 5 FKVO orientiert.

⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 15/3640, S 34.

⁵ Vgl *Keßler* in MüKoGWB, § 32c GWB, Rz 1, der in diesem Zusammenhang von einem gewissen Maß an "Orientierungssicherheit" spricht.

Nach dem Schema des österreichischen Fusionskontrollverfahrens und der Überprüfung von Gruppeneffekten im Rahmen des Marktbeherrschungstests nach § 12 KartG, wäre hier aber klarzustellen, dass sich ein Ausspruch des Kartellgerichts gem § 12 Abs 4 KartG, wonach "kein Anlass besteht, gegen mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsbeschränkende Abreden tätig zu werden", ausschließlich auf über Gruppeneffekte nach § 12 KartG "hinausgehende Absprachen, die aber gerade kein Marktstrukturproblem darstellen"⁶ beziehen kann. Mit anderen Worten: Eine Prüfungscompetenz nach § 1 KartG bzw Art 101 Abs 1 AEUV sollte nach dem klar zu formulierenden Wortlaut einer solchen Regelung nur umfassen, was nicht ohnehin bereits im Fusionskontrollverfahren im Rahmen des Marktbeherrschungstests gem dem bisherigen § 12 KartG geprüft worden ist.⁷

Die Studienvereinigung Kartellrecht weist idZ auch auf einen offensichtlichen Interpunktionsfehler in der vorgeschlagenen Formulierung hin: Nach dem Wortlaut und der Satzzeichensetzung kommt die Ausspruchsbefugnis dem Kartellgericht nämlich nur dann zu, wenn es zuerst *"ausspricht, dass ein als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens angemeldeter Zusammenschluss nicht zu untersagen ist **UND** mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsbeschränkende Abreden die Voraussetzungen für ein Verbot nach § 1 und nach Artikel 101 AEUV nach den dem Kartellgericht vorliegenden Erkenntnissen nicht erfüllen."* Dh, der Ausspruch des Kartellgerichts muss sich sowohl auf die Nichtuntersagung als auch auf die Nichterfüllung der Voraussetzungen für ein Verbot nach § 1 und nach Artikel 101 AEUV iZm mit dem Zusammenschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Abreden beziehen, bevor das Kartellgericht entscheiden kann, dass kein Anlass besteht, tätig zu werden.

Da aber das Kartellgericht gerade nicht aussprechen kann, dass die Voraussetzungen für ein Verbot nach Art 101 AEUV nicht erfüllt sind (vgl Art 5 und 10 der Verordnung 1/2003), sollte aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im ersten Teil des § 12 Abs 4 KartG zur Klarstellung jedenfalls ein Komma eingefügt werden, sodass die Bestimmung lautet wie folgt: *"Wenn das Kartellgericht ausspricht, dass ein als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens angemeldeter Zusammenschluss nicht zu untersagen ist, und mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsbeschränkende Abreden die Voraussetzungen für ein Verbot nach § 1 und nach Artikel 101 AEUV nach den dem Kartellgericht vorliegenden Erkenntnissen nicht erfüllen, kann das Kartellgericht entscheiden [...]"*.

Im Hinblick auf die Entscheidungsbefugnisse nach der Art 5 VO 1/2003 wird auch darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Erläuterungen inhaltlich falsch sind. Richtigerweise muss es lauten: *"dass es nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 vom 4.1.2003, S. 1, ausschließlich der Kommission zusteht festzustellen, dass die Voraussetzungen des Kartellverbots nach Artikel 101 AEUV nicht erfüllt sind."*

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht könnte schließlich die für § 12 Abs 4 KartG vorgeschlagene Formulierung *"vorbehaltlich neuer Erkenntnisse"* zu Unklarheiten führen. Sollte der Vorschlag Gesetz werden, regt die Studienvereinigung an, stattdessen darauf abzustellen, ob sich die der Entscheidung des Kartellgerichts zu Grunde gelegte Sach- oder Rechtslage wesentlich geändert hat.

⁶ KOG zu 16 Ok 11/13.

⁷ Vgl hierzu 16 Ok 11/13: "Soweit jedoch nach dem Zusammenschluss kooperative Abreden oder koordinierte Verhaltensweisen zwischen den beteiligten Unternehmen stattfinden würden, die in keinem zwingenden Wesenszusammenhang mit dem Zusammenschluss stünden, also nicht unvermeidbare Folge des Zusammenschlusses seien, unterlägen solche Vereinbarungen weiterhin der kartellrechtlichen Kontrolle nach §§ 1 und 5 KartG."

Zu Z 4 (§ 33) – Verjährung

Grundsätzlich ist die geplante Anpassung der Verjährungsregel des § 33 KartG an die europäischen Bestimmungen (Art 25 VO 1/2003) dahingehend, dass Verstöße nicht während laufender Ermittlungen verjähren können, begrüßenswert.

Allerdings stellt die neue Regel in § 33 KartG aufgrund der Besonderheiten des österreichischen Vollzugssystems (Ermittlungen durch BWB und/oder Bundeskartellanwalt, dann erst Entscheidung durch das Kartellgericht) letztlich eine Schlechterstellung der am Kartell beteiligten Unternehmen gegenüber dem System der Verjährung nach der VO 1/2003 dar: Nach Art 25 Abs 5 VO 1/2003 tritt nämlich die (absolute) Verjährung spätestens dann ein, wenn zehn Jahre ab Begehung bzw Beendigung der Zuwiderhandlung verstrichen sind, ohne dass die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt hat. Bei einem Verfahren auf Basis des KartG hingegen muss binnen zehn Jahren lediglich der Antrag ans Kartellgericht gestellt worden sein. Das betroffene Unternehmen muss dann auch noch die Dauer des auf die Sachentscheidung gerichteten Verfahrens vor dem Kartellgericht abwarten.

Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung Kartellrecht an, für die absolute Verjährung darauf abzustellen, dass zehn Jahre ab Begehung bzw Beendigung der Zuwiderhandlung verstrichen sind, ohne dass das Kartellgericht in erster Instanz eine Geldbuße verhängt hat. Dies würde dem vom Gesetzgeber gewünschten Ziel einer grundsätzlichen Angleichung des § 33 KartG an die europäischen Bestimmungen besser entsprechen (und in jedem Fall könnte die zu Art 25 VO 1/2003 bestehende Rsp zur Auslegung des § 33 NEU herangezogen werden).

Sollte diesem Vorschlag nicht gefolgt werden, wäre zumindest eine Verkürzung der zehnjährigen absoluten Frist (auf zB acht Jahre) wünschenswert. Wenn letztlich doch die zehnjährige Frist Gesetz werden sollte, wäre die Tatsache, dass die Tat bereits sehr lange zurück liegt, aber zumindest bei der Geldbußenbemessung zu berücksichtigen.

Der Entwurf des § 33 NEU lässt die Bekanntgabe einer Ermittlungshandlung gegenüber einem an der Rechtsverletzung beteiligten Unternehmer gegenüber allen an dieser Rechtsverletzung Beteiligten wirken (erga omnes-Wirkung der Unterbrechung). Dies ist auch in Art 25 Abs 4 VO 1/2003 so vorgesehen und insofern konsequent im Sinne der intendierten Vereinheitlichung des § 33 KartG mit der VO 1/2003. Dass dabei im Einzelfall strittig sein kann, ob ein Sachverhalt bzw Sachverhaltselement noch dieselbe "Rechtsverletzung" betrifft, hinsichtlich derer bereits eine Ermittlungs- bzw Verfolgungshandlung bekannt gegeben wurde und daher die Verjährung unterbrochen wurde, ist durchaus möglich, aber unseres Erachtens in Kauf zu nehmen. Würde man keine *erga omnes*-Wirkung eintreten lassen, hätte dies zur Folge, dass die Verjährung gegen verschiedene Beteiligte an ein und derselben Rechtsverletzung nicht jedenfalls einheitlich, sondern zu unterschiedlichen Zeitpunkten ablaufen könnte – was nicht sachgerecht wäre (damit hätte nämlich uU derjenige Beteiligte einen Vorteil, der seine Handlungen besonders gut vor den Behörden "versteckt").

Zu Z 5 (§ 35 Abs 1 lit c) – Zwangsgelder

§ 35 Abs 1 lit c NEU will die Verhängung von Zwangsgeldern vorsehen, um ein Unternehmen zu zwingen, im Rahmen einer Hausdurchsuchung den Zugang zu elektronisch abrufbaren Daten zu ermöglichen.

Wir halten eine solche Möglichkeit zur Verhängung von Zwangsgeldern weder für notwendig noch für zielführend; überdies ist sie systemwidrig:

- Nach der geltenden Gesetzeslage ist die BWB im Rahmen einer Hausdurchsuchung befugt, Beweismittel einschließlich elektronisch gespeicherter Unterlagen einzusehen und zu kopieren

(§ 14 Abs 4 vorletzter Satz iVm § 11a Abs 1 Z 2 WettbG). Spiegelbildlich dazu sind die Inhaber der Unternehmen bzw ihre Vertreter gemäß § 11a Abs 2 WettbG verpflichtet, die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen und die Erlaubnis zu ihrer Prüfung sowie zum Anfertigen von Kopien dieser Unterlagen zu erteilen.

Soweit dies zur Sicherung des Ermittlungserfolgs geboten ist, ist die BWB befugt, Räumlichkeiten zu versiegeln und Beweismittel in Beschlag zu nehmen (§ 12 Abs 4 letzter Satz WettbG). Zur Sicherung ihrer Ermittlungen und Hausdurchsuchungen kann die BWB auch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes um Unterstützung ersuchen, wobei diese auch ermächtigt sind, die BWB durch die Sicherung von Unterlagen in elektronischer Form zu unterstützen (§ 14 Abs 1 und Abs 2 WettbG).

Die Verhängung von Zwangsgeldern zur Sicherung des Ermittlungserfolgs der BWB im Rahmen von Hausdurchsuchungen ist dem System des WettbG und KartG bisher fremd: Die Gewährung von Einsicht in Papier-Dokumente ebenso wie in elektronische Daten kann ohnehin durch Zuhilfenahme der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erzwungen werden.⁸

Warum nun die Einsichtnahme in elektronisch abrufbare Daten – systemwidrig – überdies mittels Zwangsgeldern gesichert werden soll, ist nicht einsichtig. Die in den Erläuterungen angeführte Tatsache, dass die BWB Unterlagen, die auf nicht vor Ort befindlichen Servern gespeichert sind, nicht durch Beschlagnahme sichern kann, überzeugt hier nicht und stellt insbesondere auch keinen Grund dar, warum von § 35 Abs 1 lit c NEU auch elektronische Daten erfasst sein sollen, die sich ohnehin auf Speicherplätzen vor Ort befinden.

- Auch scheint es für die Praxis der BWB ohnehin wenig praktikabel, zur Sicherung des Ermittlungserfolgs während einer Hausdurchsuchung ein Verfahren vor dem Kartellgericht vorzusehen, in dem jedenfalls auch dem von der Hausdurchsuchung betroffenen Unternehmen angemessenes Gehör gewährt werden muss (und der Rechtsmittelweg offen steht).
- Abgesehen von diesen systematischen Überlegungen, die gegen die Einführung von § 35 Abs 1 lit c NEU sprechen, wäre die Bestimmung auch von ihrer Textierung her anzupassen: Nach der geltenden Rechtslage sind Unternehmen verpflichtet, die Erlaubnis zur Einsichtnahme in jede Art von Unterlagen (also auch elektronischer) zu erteilen. § 35 Abs 1 lit c NEU sollte diese Formulierung entsprechend abbilden und nicht auf die "Ermöglichung des Zugangs" abstellen (wo unklar sein kann, ob Zugang nur passiv zu gewähren oder aktiv herzustellen ist). Dh statt "im Rahmen einer Hausdurchsuchung den Zugang zu elektronisch abrufbaren Daten zu ermöglichen" sollte es im Sinne der Konsistenz heißen: "im Rahmen einer Hausdurchsuchung die Erlaubnis zur Einsichtnahme sowie zur Prüfung und Anfertigung von Abschriften und Auszügen von elektronisch abrufbaren Daten zu erteilen". Schon vom Konzept her sollten Zwangsgelder nur dazu dienen, unvertretbare Handlungen zu erzwingen. Unvertretbar ist aber wohl lediglich die (passive) Gewährung von Zugang zu den Daten (zB Herausgabe von Passwörtern), nicht aber die aktive Ermöglichung des Zugangs (zB durch Installation spezieller Suchprogramme).

Zu Z 6 (§ 37) – Veröffentlichung

Die seit dem KaWeRÄG 2012 in § 37 KartG vorgesehene Veröffentlichung von erstinstanzlichen Entscheidungen in der Ediktsdatei hat sowohl für von einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung betroffene Unternehmen als auch für die Rechtsanwender erhebliche Vorteile gebracht. Es ist im Sinne der Rechtsfortbildung bzw des Zugangs zur Rechtsprechung zu begrüßen, dass in Zukunft auch ab- und

⁸ Ebenso ist auch für Hausdurchsuchungen nach der StPO nicht vorgesehen, dass Zwangsgelder verhängt werden können.

zurückweisende Entscheidungen des Kartellgerichts sowie Entscheidungen in Eilverfahren der Veröffentlichung nach § 37 KartG unterliegen sollen. Damit wird gleichzeitig klargestellt, dass die Veröffentlichung der erstinstanzlichen Entscheidungen nicht ausschließlich dem Zweck dient, die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen nach Kartellverstößen zu erleichtern.

Die Ediktsdatei ist allerdings aufgrund ihres technischen Aufbaus für den Rechtsanwender in der Praxis nur beschränkt zur Auffindung von Entscheidungen zu bestimmten Rechtsthemen geeignet. Diesem Problem könnte sehr einfach damit begegnet werden, dass die nach § 37 KartG in der Ediktsdatei zu veröffentlichenden Entscheidungen gleichzeitig auch im elektronischen Rechtsinformationssystem des Bunds (*RIS*) abrufbar gemacht werden. Damit würde dem Rechtssuchenden eine – technisch ohnehin bereits vorhandene – Plattform (nämlich das RIS) bereitgestellt, auf der sowohl erst- als auch letztinstanzliche Entscheidungen in Kartellsachen schnell und übersichtlich auffindbar sind.

Ein weiteres im gegenständlichen Entwurf noch nicht berücksichtigtes Problem stellt sich iZm § 37 Abs 2 KartG, nach dem die Parteien vor Veröffentlichung der erstinstanzlichen Entscheidung Gelegenheit haben, die Teile der Entscheidung zu bezeichnen, die sie von der Veröffentlichung ausnehmen wollen: Eine solche Möglichkeit existiert nämlich nur für erstinstanzliche Entscheidungen, wohingegen kein derartiges Verfahren vorgesehen ist vor Veröffentlichung der Entscheidungen des OGH als Kartellobergericht im RIS. Im RIS werden idR nur die Namen der beteiligten Unternehmen/Personen bis auf den ersten Buchstaben unkenntlich gemacht; in einer Vielzahl der Fälle ist jedoch aufgrund sonstiger Ausführungen in der Entscheidung klar, um welche Beteiligten es sich handelt. Dies führt bei Verfahren, in denen ein Rechtsmittel erfolglos ergriffen wurde (dh in denen die OGH-Entscheidung die Entscheidung des Kartellgerichts nicht abändert), dazu, dass zwar ein Verfahren über den Umfang der Veröffentlichung der erstinstanzlichen Entscheidung nach § 37 Abs 2 KartG abgeführt wird, jedoch der Großteil der (oder alle) Inhalte der erstinstanzlichen Entscheidung ohnehin schon aufgrund der Veröffentlichung der OGH-Entscheidung im RIS allgemein bekannt sind.

Es ist nicht ersichtlich, warum Geschäftsgeheimnisse in OGH-Entscheidungen weniger geschützt sein sollten als in erstinstanzlichen Entscheidungen. Es wäre daher sachgerecht, diejenigen Inhalte, die hinsichtlich der erstinstanzlichen Entscheidung von der Veröffentlichung ausgenommen werden, auch in der OGH-Entscheidung unkenntlich zu machen. Dies würde lediglich eine geringfügige Anpassung des § 15 Abs 4 OGH-Gesetz erfordern dahingehend, dass die Veröffentlichung von Entscheidungen des OGH als KOG im RIS erst nach der Veröffentlichung der erstinstanzlichen Entscheidung (oder der die erstinstanzliche Entscheidung abändernden KOG-Entscheidung) in der Ediktsdatei erfolgt und Inhalte, die gemäß § 37 Abs 2 KartG von der Veröffentlichung ausgenommen wurden, zu entfernen sind. Eine dadurch hervorgerufene "Ungleichbehandlung" von OGH-Entscheidungen in Kartellsachen gegenüber sonstigen OGH-Entscheidungen ist jedenfalls aufgrund der Existenz des § 37 Abs 2 KartG gerechtfertigt, wenn nicht sogar geboten. So hat jüngst auch der Vizepräsident des Europäischen Gerichtshofs im Beschluss vom 2.3.2016, C-162/15 P-R, der Kommission aufgetragen, die Veröffentlichung der nicht vertraulichen Fassung ihrer Entscheidung zu unterlassen, bis ein endgültiges Urteil über den Umfang der vertraulich zu behandelnden Inhalte ergangen ist – und somit dem Schutz des Unternehmens vor Offenlegung allenfalls vertraulich zu behandelnder Daten dem Vorrang vor einer raschen Veröffentlichung gegeben.

Z 7 (§ 37a – § 37m KartG) – Schadenersatz

§ 37b (Begriffsbestimmungen)

1. Vorbemerkungen

Der vorliegende Entwurf übernimmt die Begriffsdefinitionen des Artikel 2 der Richtlinie nur zu einem Teil, was in einigen Fällen zu Schwierigkeiten in der Anwendung führen kann (so zB das Fehlen einer

Definition von "Kartell" für die Zwecke des 5. Abschnitts des II. Hauptstücks, siehe dazu in Detail unten). In anderen Fällen wird von der Diktion der Richtlinie abgewichen.

Auch wenn in beiden Fällen die gebotene richtlinienkonforme Interpretation zu dem von der Richtlinie vorgegebenen Ergebnis unter Umständen führt, so entstehen durch die abweichende Textierung vermeidbare Anwendungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheit.

Andere Begriffsbestimmungen betreffend ist der vorliegende Entwurf hingegen sichtlich vom Gedanken getragen, diese so zu fassen, dass sie auf die unterschiedlichen europäischen Vollzugssysteme anwendbar sind. Auch wenn dies erforderlich ist, so ist zu berücksichtigen, dass die relevanten Bestimmungen in der Praxis vorwiegend in Fällen zur Anwendung gelangen, denen ein nationales Kartellverfahren vorangegangen ist. Insofern wäre es wünschenswert, wenn präzisiert wird wie die verwendeten Begrifflichkeiten innerhalb des - im europäischen Kontext sehr speziellen - österreichischen Vollzugssystems zu verstehen sind (so beispielsweise der Begriff der "Vergleichsausführung" oder der "Kronzeugenerklärung", siehe dazu ausführlich unten). Hier manifestiert sich ein Grundproblem des vorliegenden Gesetzesentwurfes: Die Richtlinie hat mit ihren Begrifflichkeiten in vielen Punkten als Muster für das vorangegangene "Public Enforcement" Verfahren ein (Geldbußen)verfahren vor der Europäischen Kommission vor Auge. Die Begriffe sind in dieser Form nicht direkt auf ein österreichisches Verfahren übertragbar. Es ist zu befürchten, dass es dadurch in der Praxis zu erheblichen Auslegungsproblemen kommen wird. Dies betrifft insbesondere die schon im Kontext eines Kommissionsverfahren schwierige Frage hinsichtlich des Umfangs und der Reichweite des Schutzes von Kronzeugenerklärungen (Schlussanträge GA Szupnar 21.7.2016, C-162/15). Es ist zu befürchten, dass diese Unsicherheiten negative Auswirkungen auf das nationale Kronzeugenprogramm haben werden. Der Hinweis in den Erläuternden Bemerkungen, dass hier keinerlei Umsetzungsspielraum bestehe und sich eine Anpassung an das nationale Kronzeugenprogramm verbiete, ist hierbei nicht hilfreich. Trifft diese Aussage nämlich zu, müsste der Gesetzgeber im Rahmen der anstehende Novelle eigentlich eine wesentlich weitere Harmonisierung des österreichischen Kartellrechtsvollzuges mit dem europäischen Vollzugssystem vornehmen (zB eine vollständige Angleichung des nationalen Kronzeugenprogramms sowie des Vergleichsverfahrens an das europäische Verfahren). Nur so wäre gewährleistet, dass ein wesentliches Ziel der Richtlinie, nämlich die Schaffung eines kohärenten Systems von privaten zivilrechtlichen und öffentlichen Durchsetzungsmaßnahmen, auch erreicht werden kann (vgl Erwägungsgrund 6 der Richtlinie).

2. Zum Gesetzesbegriff „Kartell“

- Problematisch im Zusammenhang mit den Begriffsbestimmungen ist insbesondere das Fehlen einer Definition des Begriffs "Kartell" im Rahmen des 5. Abschnitts des II. Hauptstücks des KartG.

Zwar enthalten die ErläutRV dazu folgende Erläuterungen: *"Da die Kronzeugenerklärung nach dem Wortlaut der Richtlinie nur der Aufdeckung eines Kartells im Sinn der Richtlinie dient, die ein „Kartell“ als Absprache oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern definiert (Art. 2 Z 14 der Richtlinie), ist der im Kartellgesetz verwendete Begriff, der auch vertikale Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen abdeckt (§ 1 Abs. 1), auf „Kartelle zwischen Wettbewerbern“ einzuschränken".*

Diese Erläuterungen können jedoch eine Definition im Gesetzestext selbst nicht ersetzen.

- Selbst wenn man durch richtlinienkonforme Interpretation zu dem Ergebnis gelangt, dass im Anwendungsbereich des 5. Abschnitts des II. Hauptstücks "Kartell" im Sinne von horizontalen bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen verstanden werden muss, so wäre eine entsprechende

Klarstellung im Gesetzestext selbst aufzunehmen⁹. Dies auch insbesondere im Hinblick darauf, dass das Kartellgesetz selbst in § 1 (1) explizit eine abweichende Definition des Begriffs enthält:

- Im Gegensatz zur Bedeutung des Begriffs des „**Kartells**“ im europäischen Wettbewerbsrecht¹⁰ verwendet § 1 **Kartellgesetz** gegenwärtig diesen Begriff **für sämtliche (horizontale und vertikale, bewirkte und bezweckte) wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen**. Diese Divergenz zwischen europäischem und nationalem Kartellbegriff würde nunmehr im Hinblick auf die erforderliche Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie zu einer Dualität dieses Begriffs innerhalb ein und derselben Rechtsordnung führen – ein Umstand den es jedenfalls zu bereinigen gilt: Eine richtlinienkonforme Umsetzung erfordert die Übernahme der Definition des Artikels 2 Z 14 der Richtlinie in das Kartellgesetz¹¹.
- Im Sinne der Rechtsklarheit und somit Rechtssicherheit **regen wir an, anlässlich dieser Novelle die Verwendung eines „zweiten“, sich davon unterscheidenden Kartellbegriffs in § 1 KartG (sowie in den darauf Bezug nehmenden Bestimmungen¹²) aufzugeben**. Dieser könnte - entsprechend § 1 des deutschen GWB - durch den Begriff der "wettbewerbsbeschränkten Vereinbarung" ersetzt werden. Durch die Verwendung als Überbegriff wäre klargestellt, dass davon - entsprechend Art 101 AEUV - Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erfasst sind. Dies würde letztlich auch dem inhaltlich breiten Anwendungsbereich dieser Bestimmung entsprechen und Divergenzen mit den im europäischen und internationalen Kontext verwendeten Begriffen beseitigen und auch in sprachlicher Hinsicht die mit der Neuregelung des § 1 im Rahmen des Kartellgesetzes 2005 intendierte Angleichung an Art 101 AEUV (Vlg ErläutRV 926 BlgNR 22. GP 1, 4 und 5) herstellen. Da es sich letztlich nur um eine sprachliche Anpassung ohne Abänderung des Regelungsbereichs des § 1 KartG handelt, steht auch außer Frage, dass die bislang zu dieser Bestimmung ergangene Rechtsprechung weiterhin relevant bleibt (die sich im Übrigen regelmäßig an der europäischen Entscheidungspraxis zu Art 101 AEUV orientiert).

3. § 37b Z 4: Kronzeugenerklärung

- Eine Abweichung in der Formulierung des § 37b Z 4 besteht auch darin, dass danach (nur) solche Erklärungen erfasst sind, die gegenüber einer Wettbewerbsbehörde mit dem Zweck abgegeben werden, dass diese die "zu verhängende Geldbuße durch Beschluss oder Einstellung des Verfahrens erlässt oder ermäßigt": Diese Abweichung in der Formulierung führt vor allem vor dem Hintergrund des österreichischen Kronzeugenverfahrens, wo jene Wettbewerbsbehörde (Bundeswettbewerbsbehörde), der gegenüber die Kronzeugenerklärung abgegeben wird, nicht ident ist mit jener Wettbewerbsbehörde, die die Geldbuße letztlich erlässt oder ermäßigt (Kartellgericht), zu vermeidbaren Unklarheiten. Die Formulierung der Richtlinie ("*im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken*") wäre hier zu bevorzugen.

⁹ Vgl § 33a Abs 2 Z 2 dGWB Referentenentwurf.

¹⁰ Eine fast wortgleiche Definition von "Kartell" wie in Artikel 2 Z 14 der Schadenersatzrichtlinie findet sich bereits in anderen Dokumenten der Europäischen Kommission, siehe Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl 2006/C 298/11), Rn 1.

¹¹ Auch der vorliegende Referentenentwurf des deutschen GWB hat für die Zwecke der Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie in § 33a Abs 2 explizit die Richtliniendefinition übernommen.

¹² Insbesondere in den Ausnahmebestimmungen des § 2 KartG: Hier werden in der aktuellen Fassung eine Reihe unterschiedliche Begriffe verwendet: "Kartell" (§ 2 Abs 1 bzw Abs 2 Z1), "Vereinbarung" (Abs 2 Z 2), "Wettbewerbsbeschränkung" (Abs 2 Z 3), "Vereinbarung, Beschlüsse und Verhaltensweisen" (Abs 2 Z 5). Auch hier wäre eine Vereinheitlichung der verwendeten Begrifflichkeiten wünschenswert.

- Die gegenwärtige Formulierung umfasst ihrem Wortlaut nach auch Erklärungen gegenüber dem Kartellgericht im Hinblick auf eine Mäßigung der Geldbuße nach § 30 Abs 3 Z 3 KartG. Auch hier wäre ein entsprechender Hinweis in den ErläutRV zu begrüßen.
- Es wäre wünschenswert, wenn zumindest die Gesetzesmaterialien Überlegungen des Gesetzgebers, welche Dokumente im Rahmen des österreichischen Verfahrens unter die "schwarze Liste" fallen oder nicht, enthalten würden (wie zB Protokolle über die Einvernahme von Unternehmensvertretern bzw Mitarbeitern des Kronzeugen vor der Bundeswettbewerbsbehörde oder dem Kartellgericht; Zitate des Inhalts der Unternehmensklärung im Rahmen des Geldbußenantrags oder der Entscheidung). Jegliche Rechtsunsicherheit in diesem Bereich reduziert den Anreiz von Unternehmen im Rahmen des Kronzeugenprogramms mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren.
- Unklar ist auch, weshalb – von der Richtlinientextierung abweichend – der Terminus "Person" anstelle von "Unternehmen und natürliche Person" im Zusammenhang mit der Definition von "Kronzeugenerklärung" und "Kronzeuge" verwendet wurde. Fraglich ist, inwieweit in Anbetracht dieser Textierung Erklärungen von Unternehmen, die keine juristische Person sind, erfasst sind.
- Letztlich könnte auch die Verwendung des Begriffs "abgegeben" (statt "formuliert" wie in der Richtlinie) zu Unklarheit führen, kommt es doch in diesem Zusammenhang nicht auf „abgeben“ iSv „übergeben“ an: Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass der Ausschluss bereits vorhandener Informationen ("*pre-existing information*") vom Schutzbereich sich nicht bereits an dieser Stelle, sondern erst in § 37k Abs 4 findet.

§ 37c (Haftung)

1. Verschulden

Die Richtlinie setzt für die Geltendmachung von Schadenersatz kein Verschulden voraus. Sie verweist in EG 11 auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach lediglich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsvorschriften erforderlich ist. Weitere in nationalem Recht vorgesehene Voraussetzungen, wie etwa Verschulden, sind nach EG 11 der Richtlinie aber zulässig, sofern sie mit der Rechtsprechung des EuGH und dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz in Einklang stehen.

Der vorliegende Entwurf hält – wie zu erwarten war – am Verschuldenserfordernis fest („*Wer schuldhaft ...*“). Insoweit ergibt sich keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage.

2. Vermutung der Schadensverursachung

§ 37c Abs 2 setzt Art 17 Abs 2 der Richtlinie um, wonach vermutet wird, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen. Diese Vermutung ist widerlegbar. Die RL lässt offen, wie die Vermutung des Schadenseintritts widerlegt werden kann.

Nach österreichischer Rechtslage muss der Beweis des Gegenteils erbracht werden (§ 270 ZPO). Der Beklagte hat einen Hauptbeweis zu erbringen, dass das Kartell keinen Schaden verursacht hat. In der Praxis wird der Beklagte also zu beweisen haben, dass das Kartell keinen Preisaufschlag bewirkt hat (etwa weil keiner der Beteiligten sich an die Absprache gehalten hat) oder dass eine erfolgte Preiserhöhung auf andere, kartellfremde Faktoren zurückzuführen ist.

Andererseits muss eine Preiserhöhung nicht zwangsläufig zu einem Schaden führen. Zu denken ist etwa an Kartelle, die zwar einen Preisaufschlag, gleichzeitig aber auch eine Verbesserung der Produktqualität bewirken. Die Erläuterungen bleiben dazu aber vage: In den Bemerkungen (zu § 37d) wird ausgeführt,

dass der Schaden nicht alleine in einem zu hohen bezahlten Preis (Abnehmer) oder zu niedrig erlangten Preis (Lieferanten) liegen muss. Gleichrangig mit dem Preisaspekt sind nach den Erläuterungen die Sicherung der Qualität, die Schaffung von Produktinnovationen und damit die Sicherung des Wettbewerbs. Was mit diesen Ausführungen konkret gemeint ist, bleibt unklar. Es stellt sich die Frage, ob dies so zu verstehen ist, dass ein Beklagter die Schadensvermutung widerlegen kann, indem er eine dem Preisaufschlag entsprechende gesteigerte Produktqualität nachweist.

3. Schätzbefugnis

Art 17 Abs 1 der Richtlinie verlangt eine Schätzbefugnis der Gerichte, wenn „erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe [...] genau zu beziffern“.

Dies ist für die österreichischen Gerichte ohnehin bereits durch § 273 ZPO sichergestellt. **Zur Klarstellung regen wir an, einen Verweis auf § 273 ZPO (etwa als § 37c Abs 3) in das KartG aufzunehmen.**

§ 37d (Gegenstand des Ersatzes)

1. Umfang des Schadens

Art 3 Abs 2 der Richtlinie sieht vor, dass der Ersatz des Schadens den positiven Schaden, den entgangenen Gewinn sowie die Zahlung von Zinsen umfasst.

Diesen Vorgaben entspricht die österreichische Rechtslage schon bisher. In § 37d Abs 1 wird aber nunmehr dennoch ausdrücklich festgehalten, dass auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist. Die Zinsregelung in § 37d Abs 2 entspricht der bisherigen Regelung in § 37a Abs 1 vierter Satz aF.

In § 37a Abs 1 dritter Satz aF war bislang vorgesehen, dass bei der Schadensschätzung nach § 273 ZPO insbesondere der Vorteil, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden kann. Diese Regelung findet sich im Entwurf nicht mehr. Die Erläuterungen begründen dies mit einem möglichen Konflikt mit dem Verbot der Überkompensation.

2. Zinsen

Die Richtlinie sieht vor, dass Zinsen ab dem Zeitpunkt, zu dem der Schaden entstanden ist bis zu dem Zeitpunkt zu dem der Ersatz gezahlt worden ist, anfallen (ErwG 12). Die Richtlinie lässt die Höhe der Zinsen offen. In der Rechtsprechung des EuGH wurde der Zinsanspruch als "Bestandteil der Entschädigung" betrachtet.

In der Praxis kann insbesondere die Regelung, dass Zinsen ab Schadenseintritt anfallen, Probleme bereiten. Dies kann - insbesondere im Hinblick auf die beabsichtigte Ausdehnung der Verjährungsfrist in § 37h Abs 1 des Entwurfs - dazu führen, dass die Höhe der Zinsen den eigentlichen Schadensbetrag übersteigt. In diesem Zusammenhang ist die Bezugnahme auf § 1333 ABGB problematisch, insoweit als unabhängig vom Eintritt eines tatsächlichen Zinsschadens damit ein Anspruch auf Zinsen begründet werden soll. Der Verweis auf 1333 ABGB ist daher unzutreffend und würde einen nicht zulässigen Strafschadenersatz gleich kommen. Das Erfordernis eines konkreten Nachweis eines eingetretenen Zinsschadens dem Grunde und der Höhe nach steht in Einklang mit der Richtlinie, die in dieser Hinsicht keine starren Vorgaben enthält, sondern vielmehr unterschiedliche Möglichkeiten aufzeigt, wie im Rahmen der nationalen Rechtsordnungen das Kriterium des Zeitablaufs berücksichtigt werden kann, ua auch als Bestandteil der eingetretenen Vermögenseinbuße oder des entgangenen Gewinns (ErwG 12).

Auch in der Rechtsprechung des EuGH wird der Zinsanspruch als Bestandteil der Entschädigung betrachtet¹³.

Zur Vermeidung von Fällen, in denen aufgrund der Verzinsungsregeln der Schadenersatzanspruch in wirtschaftlicher Hinsicht im Ergebnis zu den von der Richtlinie (Art 3 Abs 3) ausdrücklich abgelehnten Strafschadenersatz führt¹⁴, ist einer allgemeinen sich am Wortlaut der Richtlinie orientierenden Formulierung des § 37d KartG der Vorzug zu geben: Es wird vorgeschlagen, die beiden Absätze des § 37d KartG zu streichen und entsprechend Art 3 Abs 2 der Richtlinie zusammenzufassen wie folgt:

~~§ 37d. (1) Der Ersatz des Schadens umfasst auch den entgangenen Gewinn.~~

~~(2) Der Ersatzpflichtige hat die Schadenersatzforderung ab Eintritt des Schadens in sinngemäßer Anwendung des § 1333 ABGB zu verzinsen.~~

Der Ersatz des Schadens umfasst auch den entgangenen Gewinn und die Zahlung von Zinsen ab Eintritt des Schadens.

§ 37e (Mehrheit von Ersatzpflichtigen)

Zu § 37e Abs 1:

Im Rahmen der Umsetzung von Art 11 Abs 1 der Richtlinie sollte klargestellt werden, dass auch eine Solidarhaftung stets eine schuldhafte Wettbewerbsrechtsverletzung erfordert. Dies entspricht dem im österreichischen Schadenersatzrecht allgemein geltenden Grundsatz. Aus Erwägungsgrund 11 und Art 4 der Richtlinie ergibt sich, dass ein solches Erfordernis auch bei der Umsetzung der Richtlinie vorgesehen werden kann.

Der Begriff "das Wettbewerbsrecht verletzt haben" kommt im restlichen Text des Ministerialentwurfs nicht vor und ist – im Gegensatz zur diesbezüglichen Richtlinienbestimmung (in der "Wettbewerbsrecht" indirekt als Art 101 oder 102 AEUV oder nationales Wettbewerbsrecht iSv Art 2 Z 3 der Richtlinie definiert wird) nicht eindeutig. Aus diesem Grund sollte stattdessen der gesetzlich definierte Begriff der "Wettbewerbsrechtsverletzung" verwendet werden.

Wir regen deshalb folgende Umformulierung von § 37e Abs 1 an:

"Unternehmer, die durch gemeinschaftliches Handeln ~~das Wettbewerbsrecht verletzt~~ schuldhaft eine Wettbewerbsrechtsverletzung begangen haben, haften solidarisch für den durch diese Wettbewerbsrechtsverletzung verursachten Schaden."

Zu § 37e Abs 2:

Die Bestimmung dient ausweislich der Erläuterungen zum Ministerialentwurf der Umsetzung von Art 11 Abs 2 und 3 der Richtlinie. Diese Bestimmungen wurden zurecht kritisiert.¹⁵ Auch ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht (insbesondere Art 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) erscheint fraglich. Aufgrund der Einschränkung in § 37e Abs 2 Z 3 (wenn "eine uneingeschränkte Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährdet und seine Aktiva völlig entwertet") ist überdies unklar, ob für die Bestimmung – abgesehen von Fällen einer durch die Haftung

¹³ EuGH 13.7.2006, C-295/04, *Manfredi*, Rz 97.

¹⁴ Vgl *Wollmann in Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg.), KartG 2005² (2016) § 37a, Rz 51.

¹⁵ Vgl *Kersting*, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564, 567 f; *Lettl*, Privilegierung von kleinen und mittleren Unternehmen beim gesamtschuldnerischen Kartellschadenersatz (Art. 11 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU), WuW 2015, 692, 693.

drohenden Zerschlagung in der Insolvenz¹⁶ – überhaupt ein Anwendungsbereich besteht. Anstelle der nahezu wörtlichen Übernahme von Art 11 Abs 2 Buchstabe b) Richtlinie **wäre deshalb zu erwägen, auf in der österreichischen Rechtsterminologie etablierte Begriffe** (beispielsweise §§ 66 f Insolvenzordnung oder § 22 Abs 1 Z 1 URG) **abzustellen** bzw diese zumindest als Beispieltatbestände für den Fall des § 37e Abs 2 Z 3 aufzunehmen.

Daneben werden folgende sprachliche Anpassungen der Bestimmung angeregt:

"Ein Rechtsverletzer haftet aber nur seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten, wenn

1. er es ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinn der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. Nr. L 124 vom 20.5.2003, S. 36, ist, das weniger als 250 Personen beschäftigt und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielt oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro aufweist,

2. sein Anteil am relevanten Markt in der Zeit der Wettbewerbsrechtsverletzung stets weniger als 5 % betrug und

3. eine uneingeschränkte Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährdet und seine Aktiva völlig entwertet,

es sei denn, der Rechtsverletzer ~~das Unternehmen~~ hat die Wettbewerbsrechtsverletzung organisiert, oder andere Unternehmer gezwungen, sich an der Wettbewerbsrechtsverletzung zu beteiligen, oder nach Feststellung einer Wettbewerbsbehörde (§ 37i Abs. 2) bereits früher eine Wettbewerbsrechtsverletzung begangen."

Zu § 37e Abs 3:

Die Bestimmung soll Art 11 Abs 4 der Richtlinie umsetzen. Die Richtlinienbestimmung wurde – wie die Ausnahmeregelung für kleine und mittlere Unternehmen – rechtspolitisch kritisiert¹⁷; letztlich bedarf es wohl der Klärung durch den EuGH, inwieweit eine solche Privilegierung mit dem primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist.

Der Entwurf von § 37e Abs 3 geht – auf Basis der Erläuterungen – von einem eingeschränkten Kronzeugenbegriff aus. Insbesondere ein Kronzeuge, der als erster Informationen und Beweismittel vorlegt, die aus Sicht der Wettbewerbsbehörde ausreichen, um ein Kartell iSv Art 2 Z 14 der Richtlinie nachzuweisen (zum Beispiel nach Randnummer 8 Buchstabe b) der EU-Kronzeugenregelung) oder gerichtlich zu verfolgen (vgl § 11 Abs 3 Z 1 lit 1 lit b WettbG), wäre von der vorgeschlagenen Definition ausgenommen, auch wenn ihm ein Erlass der Geldbuße gewährt wurde. Die dafür in den Erläuterungen zur Auslegung des Begriffs des "geheimen Kartells" enthaltene Erklärung findet in der Richtlinie und ihren Erwägungsgründen aber keine Deckung und gibt auch die Regelung der EU-Kronzeugenregelung¹⁸ nur unvollständig wieder: Die Richtlinie und die EU-Kronzeugenregelung gehen

¹⁶ So offenbar die im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), Seite 58, vertretene Auffassung

¹⁷ Vgl *Gänswein*, Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche, NZKart 2016, 50, 53 mwN; *Kersting*, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564, 586 f; *Kersting/Preuss*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle – Langfassung des Beitrags aus WuW 2016, 394 (WUW1211284), WuW 2016, L1, L7 f.

¹⁸ Kommission, Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl 2006, C 298/17; beim in den Erläuterung enthaltenen Verweis auf die Geldbußen-Leitlinien der Kommission handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen.

nämlich davon aus, dass ein "Kartell" iSv Art 2 Z 14 der Richtlinie typischerweise "geheim" ist (vgl. Randnummer 3 erster Satz¹⁹ der EU-Kronzeugenregelung und in der Richtlinie die Erwägungsgründe 38²⁰ und 47²¹).

Es erscheint deshalb äußerst fraglich, ob dem Begriff des "geheimen" Kartells in Art 2 Z 15 der Richtlinie überhaupt ein eigenständiger Bedeutungsinhalt zukommt. Insbesondere verliert ein Kartell seinen "geheimen" Charakter (iSv Art 2 Z 15) wohl nicht bereits dadurch, dass die Behörde eine Nachprüfung vornehmen kann oder eine solche durchführt, wenn ihr anschließend trotz Nachprüfung der Nachweis bzw. die Aufdeckung des Verstoßes nicht möglich ist. Vielmehr besteht auch gerade in solchen "8(b)"-Fällen ein Interesse an der Aufdeckung von Zuwiderhandlungen mithilfe von Kronzeugen, denen dafür der Erlass der Geldbuße eingeräumt wird. Die nach den Erläuterungen vorzunehmende einschränkende Auslegung des Begriffs "Kronzeuge" wäre deshalb wohl nicht richtlinienkonform. Von der Definition "Kronzeuge" in der Richtlinie sind deshalb sämtliche Unternehmen (oder natürliche Personen) erfasst, denen im Rahmen eines Kronzeugenprogramms einer Wettbewerbsbehörde ein Erlass der Geldbuße gewährt wurde. Auch im (deutschen) Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle ist die in den Erläuterungen vorgeschlagene Einschränkung zurecht nicht vorgesehen.²²

Es werden überdies folgende sprachlichen Klarstellungen der Bestimmung in § 37e Abs 3 angeregt:

"Eine Person, die ihre Kenntnis eines geheimen Kartells zwischen Wettbewerbern und ihre Beteiligung daran freiwillig gegenüber einer Wettbewerbsbehörde offengelegt hat und der dafür durch Beschluss oder Einstellung des Verfahrens die wegen ihrer Beteiligung am Kartell ansonsten zu verhängende Geldbuße erlassen wurde (Kronzeuge), haftet abweichend von Abs. 1 nur gegenüber ihren unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten, es sei denn, die anderen Geschädigten können von den anderen beteiligten Rechtsverletzern Haftpflichtigen keinen vollständigen Schadenersatz erlangen."

Zu § 37e Abs 4:

§ 37e Abs 4 sieht eine Sonderbestimmung zur allgemeinen zivilrechtlichen Regelung über Regressansprüche vor. Eine Klarstellung in den Erläuterungen, inwieweit durch Anordnung der "relativen Verantwortung" ein "besonderes Verhältnis" iSv § 896 ABGB geschaffen wird, wäre wünschenswert. Insbesondere ist bislang unklar, inwieweit mangels Nachweises der "relativen Verantwortung" ein subsidiärer Ersatzanspruch zu gleichen Teilen besteht, wie dies im Rahmen von § 896 ABGB vertreten wird.²³

Der Entwurf von § 37e Abs 4 lässt zudem offen, inwieweit im Innenverhältnis ein Ausgleichsanspruch gegenüber nach § 37e Abs 2 privilegierten kleinen und mittleren Unternehmen besteht. Denkbar wäre

¹⁹ "Da Kartelle geheim sind, ist ihre Aufdeckung und Untersuchung ohne die Mitwirkung von daran beteiligten Unternehmen oder Einzelpersonen häufig äußerst schwierig." (Hervorhebungen nicht im Original).

²⁰ "Unternehmen, die im Rahmen eines Kronzeugenprogramms mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, spielen eine Schlüsselrolle bei der Aufdeckung von Zuwiderhandlungen in Form von geheimen Kartellen und bei der Abstellung dieser Zuwiderhandlungen, wodurch häufig der Schaden gemindert wird, der möglicherweise im Falle einer Fortsetzung der Zuwiderhandlung entstanden wäre. Es ist daher angebracht vorzusehen, dass Unternehmen, denen von einer Wettbewerbsbehörde im Rahmen eines Kronzeugenprogramms die Geldbuße erlassen wurde, vor übermäßigen Schadenersatzansprüchen geschützt werden; [...]" (Hervorhebungen nicht im Original).

²¹ "[...] Es ist angebracht, diese widerlegbare Vermutung auf Kartelle zu beschränken, da diese durch ihren geheimen Charakter die Informationsasymmetrie verstärken und es dem Kläger erschweren, die für den Nachweis des Schadens erforderlichen Beweise zu beschaffen." (Hervorhebungen nicht im Original).

²² Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), § 33e Abs 1 GWB und Seite 59.

²³ Vgl. dazu Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 896 Rz 30.

hier insbesondere eine Beschränkung des Innenausgleichs auf Schäden, die der privilegierte Rechtsverletzer gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern verursacht hat, welche aber von den übrigen Rechtsverletzern ersetzt wurden.²⁴ Ein vollständiger Ausschluss des Regressanspruchs im Innenverhältnis²⁵ erscheint demgegenüber nicht sachgerecht.

§ 37f (Beweislast bei Schadensüberwälzung)

Die Richtlinie sieht vor, dass es einen Vermutungstatbestand für eine Schadenüberwälzung an mittelbare Abnehmer geben muss (Art 14 Abs 2 RL). Diese Vermutung betrifft nur das "Ob" der Abwälzung, nicht deren Ausmaß. Das Ausmaß der Abwälzung soll nach der Richtlinie Gegenstand eines Beweisverfahrens sein, wobei die Gerichte im Zweifel zur Schätzung befugt sind (so explizit Art 12 Abs 5 der Richtlinie).

§ 37f Abs 1 ist zwar zu entnehmen, dass der Vermutungstatbestand – der Richtlinie entsprechend – nicht nur die Vollüberwälzung, sondern auch die teilweise Überwälzung des Schadens umfasst. In den Absätzen 2 und 3 wird aber nicht mehr darauf eingegangen, dass die Schadenüberwälzung ganz oder teilweise erfolgen kann. So heißt es in § 37f Abs 3 schlicht, dass "die Weitergabe des Preisaufschlags vermutet" wird. Die Möglichkeit einer bloß teilweisen Überwälzung wird in den Absätzen 2 und 3 nicht (mehr) explizit angesprochen. Hier empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Klarstellung. Als Vorbild dafür kann der deutsche Entwurf dienen, dessen § 33c Abs 3 GWB wie folgt lautet:

„Die Vermutung einer Schadensabwälzung nach Absatz 2 kann widerlegt werden, indem Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die eine vollständige oder teilweise Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer in diesem Fall ausschließen.“

Wir empfehlen daher, den letzten Satz in § 37f Abs 3 zu ergänzen wie folgt:

„Die beklagte Partei kann die Vermutung der Schadenüberwälzung widerlegen, indem sie Tatsachen glaubhaft macht, die eine vollständige oder teilweise Schadenüberwälzung auf den mittelbaren Abnehmer in diesem Fall ausschließen.“

Weder im Gesetzesvorschlag noch in den Erläuterungen finden sich Ausführungen dazu, wie eine geltend gemachte Schadenüberwälzung betragsmäßig zu beurteilen ist. Es empfiehlt sich die Aufnahme der Klarstellung, dass die Festsetzung der Schadens(überwälzungs)höhe den Grundsätzen des freien richterlichen Ermessens gem § 273 ZPO unterliegt. In Anlehnung an § 33c Abs 5 dGWB sollte auch im österreichischen Gesetz explizit vorgesehen werden, dass bei der Entscheidung über den Umfang der Schadenüberwälzung § 273 öZPO Anwendung findet. **§ 37f könnte daher um folgenden Satz ergänzt werden:**

„Die Entscheidung über den Umfang einer geltend gemachten Schadenüberwälzung ist gem § 273 Abs 1 ZPO nach der freien richterlichen Überzeugung festzusetzen.“

§ 37g (Wirkung einer einvernehmlichen Streitbeilegung)

§ 37g regelt in Umsetzung von Art 19 der Richtlinie die Wirkung von einvernehmlichen Streitbeilegungen zwischen Geschädigten und Rechtsverletzer mit dem Ziel, diese zu einer Einigung im Wege einer einvernehmlichen Streitbeilegung zu ermutigen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

²⁴ So die Regelung im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), § 33d Abs 3 GWB.

²⁵ Dafür *Lettl*, Privilegierung von kleinen und mittleren Unternehmen beim gesamtschuldnerischen Kartellschadensersatz (Art. 11 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU), WuW 2015, 692, 700 f.

Zu § 37g Abs 1:

Mit dieser Bestimmung soll ein Rechtsverletzer, der aufgrund einer einvernehmlichen Streitbeilegung Schadenersatz leistet, gegenüber den anderen Rechtsverletzern nicht schlechter gestellt werden als ohne Streitbeilegung. Zu diesem Zweck soll sich – anders als nach den sonst geltenden Grundsätzen der Solidarhaftung – der Schadenersatzanspruch eines vergleichenden Geschädigten nicht um jenen Betrag verringern, den der vergleichende Rechtsverletzer leistet, sondern um den Anteil, zu dem der vergleichende Rechtsverletzer für den Schaden verantwortlich war.

Gemäß den Erläuterungen soll im ersten Satz des § 37g klargestellt werden, dass jede Einigung, die im Zuge einer einvernehmlichen Streitbeilegung erzielt wird, als „Vergleich“ bezeichnet wird, auch wenn es sich nicht um einen Vergleich im Sinne des § 1380 ABGB handelt. Es ist allerdings fraglich, ob die gewünschte Klarstellung durch die Beifügung des Klammerausdrucks „**Vergleich**“ in § 37g Abs 1 erster Satz des Entwurfes gelingt. Gemäß Art 2 Z 21 der Richtlinie ist eine einvernehmliche Streitbeilegung ein Mechanismus, der es den Parteien ermöglicht, den Streit über einen Schadenersatzanspruch außergerichtlich beizulegen. Gemäß Art 2 Z 22 der Richtlinie ist ein Vergleich eine durch einvernehmliche Streitbeilegung erzielte Einigung.

Wir regen daher folgende Umformulierung von § 37g Abs 1 an:

"~~Einigt sich~~Erzielt ein Geschädigter mit einem Rechtsverletzer eine durch einvernehmliche Streitbeilegung erzielte Einigung über die Leistungen eines Ersatzbetrages (Vergleich), so verringert sich sein Ersatzanspruch gegen die übrigen Rechtsverletzer um den Anteil, mit dem der vergleichende Rechtsverletzer verantwortlich ist."

Zu § 37g Abs 2 Satz 1:

Die Bestimmung schließt den Rückersatz der nicht am Vergleich beteiligten Rechtsverletzer gegen den vergleichenden Rechtsverletzer für verbleibende Ersatzansprüche, die dem vergleichenden Geschädigten geleistet wurden, aus. Abweichend von der Richtlinie sowie den erläuternden Bemerkungen spricht der Entwurf nicht von „verbleibenden“ Ansprüchen.

Wir regen daher folgende Präzisierung an:

"Ein Rechtsverletzer, der sich mit einem Geschädigten verglichen hat, ist anderen Rechtsverletzern gegenüber für die verbleibenden Ersatzansprüche dieses Geschädigten nicht zum Rückersatz verpflichtet."

Zu § 37g Abs 2 Satz 2:

Die Bestimmung des § 37g Abs 2 zweiter Satz des Entwurfes entspricht inhaltlich den Vorgaben des Art 19 Abs 3 der Richtlinie. Sie gewährleistet die Sicherstellung des Schadenersatzanspruches des Geschädigten: Um das Recht auf vollständigen Schadenersatz abzusichern, soll in Ausnahmefällen der sich vergleichende Rechtsverletzer weiter verpflichtet sein, Schadenersatz zu leisten, wenn dies für den sich vergleichenden Geschädigten die einzige Möglichkeit ist, Schadenersatz für den verbleibenden Anspruch zu erhalten (Erwägungsgrund 51 der Richtlinie). Der verbleibende Anspruch bezieht sich auf den Anspruch des sich vergleichenden Geschädigten abzüglich des Anteils des sich vergleichenden Rechtsverletzers an dem Schaden, der dem sich vergleichenden Geschädigten durch den Verstoß entstanden ist (Erwägungsgrund 51 der Richtlinie). Die Haftung des sich vergleichenden Rechtsverletzers im Falle der Uneinbringlichkeit kann vertraglich ausgeschlossen werden (§ 37g Abs 2 letzter Satz des Entwurfes), was aus privatautonomen Gesichtspunkten und der Förderung zur Bereitschaft einer einvernehmlichen Streitbeilegung aus Sicht des beteiligten Rechtsverletzers zu begrüßen ist.

Zu § 37g Abs 3:

Diese Bestimmung setzt Art 19 Abs 4 der Richtlinie um und regelt den Rückersatz der übrigen Rechtsverletzer für Zahlungen, die diese an nicht am Vergleich beteiligte Geschädigte geleistet haben. Wenn von vergleichenden Rechtsverletzern Ausgleichsbeträge für Schadenersatzzahlungen verlangt werden, die nicht am Vergleich beteiligte Rechtsverletzer danach an nicht am Vergleich beteiligte Geschädigte geleistet haben, sollten nationale Gerichte den bereits aufgrund des Vergleichs geleisteten Schadenersatz berücksichtigen (Erwägungsgrund 52 der Richtlinie), um zu verhindern, dass kein Anreiz entsteht, sich nicht zu vergleichen.

Zu § 37g Abs 4:

Der Entwurf bestimmt, dass das Gericht ein bereits anhängiges Verfahren über den Ersatz des Schadens aus einer Wettbewerbsverletzung aussetzen „kann“, wenn die Parteien eine einvernehmliche Streitbeilegung verfolgen möchten. Dem Gericht kommt bei der Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens ein Ermessen zu (arg: „kann“), wobei sich das Gericht von prozessökonomischen Erwägungen leiten (Beurteilung der Erfolgsaussicht) und insoweit auch prüfen wird müssen, ob die Belange einer Partei gefährdet werden, deren Schutzzweck des Verfahrens ist (vgl § 29 Abs 1 AußStrG, wengleich ein ausdrücklicher Verweis auf die sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung in § 37 Abs 4 des Entwurfes fehlt).

Die Ausgestaltung der Regelung in Abs 4 unterscheidet sich von den Vorgaben der Richtlinie (Art 18 Abs 2). Gemäß § 37g Abs 4 des Entwurfes ist es bereits ausreichend, dass eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien „zu erwarten“ ist. In der Richtlinie ist demgegenüber vorgesehen, dass die Prozessparteien an einer einvernehmlichen Streitbeilegung „beteiligt“ sind, also bereits konkrete Handlungen zur einvernehmlichen Streitbeilegung gesetzt worden sind. Die vorgeschlagene Umsetzung ist insoweit zu begrüßen, als sich die Formulierung des Entwurfes an § 29 Abs 1 AußStrG orientiert und daher auf die Überlegungen der Literatur und Rsp zurückgegriffen werden kann.

§ 37h (Verjährung)

Hemmung der Verjährung

a) Schwierigkeiten der Fristberechnung

§ 37h Abs 2 Ziff 2 legt fest, dass die Verjährung für die Dauer einer Untersuchungsmaßnahme der Wettbewerbsbehörde gehemmt werden soll. Die Regelung betrifft österreichische und andere Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union.

Der Begriff der „Untersuchungsmaßnahme“ in § 33h Abs 2 Ziff 2 ist weit gefasst und es ist zu erwarten, dass in der Praxis insbesondere die Feststellung von Beginn und Ende der Untersuchungsmaßnahme Schwierigkeit bereiten wird, insbesondere wenn der Beginn oder das Ende der Untersuchungsmaßnahme nicht nach außen hin erkennbar sind. Wir schlagen deshalb vor, in den Erläuterungen zu § 33h Abs 2 ergänzend klarzustellen, dass eine „Untersuchungsmaßnahme einer Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung“ in Österreich eine auf Ermittlung oder Verfolgung der Rechtsverletzung gerichtete Handlung der Bundeswettbewerbsbehörde iSd § 33 Satz 2 KartG umfasst, die beginnt, sobald sie einem an der Rechtsverletzung beteiligten Unternehmer bekannt gegeben wird. Auf europäischer Ebene umfasst eine Untersuchungsmaßnahme auf Ermittlung oder Verfolgung der Zuwiderhandlung gerichtete Handlungen der Kommission iSv Art 25 Abs 3 VO 1/2003. Die Hemmung beginnt auch hier, sobald die Handlung einem an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen bekannt gegeben wird.

Nach § 37h Abs 2 soll die Hemmung ein Jahr nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des Verfahrens enden. Für eine nicht am Bußgeldverfahren beteiligte Partei ist es regelmäßig schwer bis nicht feststellbar, wann der Zeitpunkt der Rechtskraft eingetreten ist. In Mehrparteienverfahren tritt die Rechtskraft des gesamten Verfahrens erst dann ein, wenn die Zustellung an den letzten Beteiligten erfolgt ist. Wenn die individuelle Rechtskraft gegenüber einem Verfahrensbeteiligten gemeint ist, wäre das im Text darzustellen.

b) Angemessene Frist zur Einbringung einer Klage

Das Abstellen auf *eine angemessene Frist* zur Einbringung einer Klage nach Abbruch der Vergleichsverhandlungen entspricht der bisherigen Rechtsprechung des OGH, führt allerdings auch dazu, dass Grenzfälle zu aleatorischen Unsicherheiten werden, die zu einer Rechtsunsicherheit führen. Wir schlagen daher vor, den Terminus „angemessene Frist“ durch eine Sechs-Monats-Frist zu ersetzen. In diesem Fall können alle Verfahrensparteien punktgenau feststellen, wann der Anspruch verjährt.

Wir schlagen vor, dass die Begriffsbestimmungen des § 37 b KartG -E auch im § 37 h KartG umgesetzt werden, um eine einheitliche Terminologie zur Erhöhung der Rechtssicherheit zu verwenden.

Dementsprechend sollten folgende Präzisierungen und sprachliche Vereinfachungen im Gesetzestext vorgenommen werden:

(1) Das Recht, den Ersatz eines Schadens geltend zu machen, der durch eine Wettbewerbsrechtsverletzung verursacht wurde, verjährt in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Geschädigte Kenntnis von der Person des ~~Schädigers, Rechtsverletzers,~~ vom Schaden, von dem den Schaden verursachenden Verhalten sowie von der ~~Fatsache erlangt, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsrechtsverletzung darstellt~~ erlangt, oder von dem Zeitpunkt an, ab dem diese Kenntnis vom Geschädigten vernünftigerweise erwartet werden kann. Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen verjährt der Ersatzanspruch in zehn Jahren vom Schadenseintritt an. Die Fristen beginnen nicht zu laufen, bevor die Wettbewerbsrechtsverletzung beendet ist.

(2) Die Verjährung eines Ersatzanspruchs wird gehemmt:

- 1. für die Dauer eines auf die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung gerichteten Verfahrens,*
- 2. für die Dauer einer Untersuchungsmaßnahme einer Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung und*
- 3. für die Dauer von Vergleichsverhandlungen im Sinn des § 37g.*

Die Hemmung endet im Fall der Z 1 und 2 ein Jahr nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des auf eine Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung gerichteten Verfahrens oder der Untersuchungsmaßnahme. Im Fall der Z 3 ist ~~sechs Monate~~ nach Abbruch der Vergleichsverhandlungen zur Verhinderung des Ablaufs der Verjährungsfrist eine Klage ~~binnen angemessener Frist~~ binnen sechs Monaten einzubringen und gehörig fortzusetzen.

(3) Die Verjährungsfrist für den Ersatzanspruch eines Geschädigten, der nicht unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer oder Lieferant eines Kronzeugen (§ 37e Abs. 3) ist, gegen diesen Kronzeugen ist für die Dauer von Verfahren zur Geltendmachung und zwangsweisen Einbringung des Ersatzanspruchs gegen die anderen Rechtsverletzer gehemmt. Die Hemmung endet ein Jahr nach einem erfolglosen Exekutionsversuch jeweils gegen die anderen Rechtsverletzer.

§ 37i (Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde)

In Absatz 1 sollte klargestellt werden, dass die Unterbrechung nur dann erfolgen kann, wenn dieselbe Rechtsverletzung in beiden Verfahren streitgegenständig ist.

Regelmäßig besteht das Problem darin, dass der Kläger nicht Partei des Bußgeldverfahrens ist und dementsprechend gar keine Informationen hat, ob tatsächlich dieselbe Rechtsverletzung in beiden Verfahren streitgegenständig ist.

Eine Unterbrechung ist im Sinne einer Verfahrenseffizienz sinnvoll. Für Parteien führt die Unterbrechung allerdings zu einer erheblichen Verzögerung zur Erreichung ihres Rechtsschutzziels. Auch die Beklagte kann durch eine längerfristige Verzögerung der Entscheidung einen erheblichen Nachteil erleiden, weil unter Umständen § 456 UGB anwendbar ist, wonach der Schädiger 9,2% Zinsen p.a. über dem Basiszinssatz zu bezahlen hat. Bei einer mehrjährigen Unterbrechung erhöht sich damit die Zinsenlast unter Umständen dramatisch.

Das innerstaatliche österreichische Informationssystem funktioniert dank § 37 KartG einwandfrei. Wie soll aber ein Richter ein Verfahren von Amtswegen fortsetzen, wenn die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates ermittelt, das über kein mit § 37 KartG vergleichbares Informationssystem verfügt? Regelmäßig scheitert dies bereits an sprachlichen Barrieren.

Gleiches gilt natürlich auch für die Parteien und deren Vertreter. Wenn ein Kläger eine Schadenersatzklage wegen Wettbewerbsrechtsverletzungen in Wien einbringt, ist es ihm zumutbar, regelmäßig zu hinterfragen, ob ein Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat erledigt ist, um einen Fortsetzungsantrag stellen zu können.

Dementsprechend wäre überlegenswert, die Unterbrechungsmöglichkeit von der Zustimmung der Parteien abhängig zu machen bzw. zwischen Verfahren vor österreichischen Wettbewerbsbehörden und der EK einerseits und andererseits Wettbewerbsbehörden anderer MS zu differenzieren und nur bei ersteren eine amtswegige Unterbrechungsmöglichkeit vorzusehen.

Die in § 37i Abs 2 vorgesehene Bindungswirkung ist in Umsetzung der RL zu begrüßen.

Wir schlagen folgende Textänderung vor:

(1) Ein Rechtsstreit über den Ersatz des Schadens aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung kann bis zur ~~rechtskräftigen~~ Erledigung des Verfahrens einer Wettbewerbsbehörde über dieselbe Wettbewerbsrechtsverletzung unterbrochen werden.

(2) 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.

§ 37j (Offenlegung von Beweismitteln)

Zu § 37j Abs 1:

§ 37j Abs 1 des Entwurfs sieht vor, dass es für Verfahren die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, ausreicht, „*wenn die Klage zumindest soweit substantiiert ist, als diejenigen Tatsachen und Beweismittel enthalten sind, die dem Kläger mit zumutbarem Aufwand zugänglich sind und die die Plausibilität eines Schadenersatzanspruchs ausreichend stützen*“. Der Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln ergibt sich aus § 37j Abs 2 des Entwurfs.

Die Erläuterungen begründen dies mit den Voraussetzungen für eine Offenlegung von Beweismitteln nach Art 5 Abs 1 RL 20014/104/EU. Dort ist das allerdings nur für den Antrag auf Offenlegung vorgesehen, nicht für die Substantiierung des Klagebegehrens. Die Erläuterungen führen dazu aus, dass ein Offenlegungsantrag nur in einem mit Klage eingeleiteten Verfahren, das Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand hat, erhoben werden kann. Damit es allerdings zu einem Offenlegungsantrag kommt, ist sicherzustellen, dass die Klage keine höheren Anforderungen an die Substantiierung des Anspruchs stellt, als dies die Richtlinie für den Offenlegungsantrag vorsieht.

Dagegen bestehen keine grundsätzlichen Einwände. Allerdings sollte in den Entwurf aufgenommen werden, dass die Klage zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend den allgemeinen Regeln zu begründen ist. Anderenfalls müsste klar gestellt werden, ob auch das Regelbeweismaß der ZPO in Schadenersatzverfahren herabgesetzt ist. Dafür gibt es Anhaltspunkte in der Entscheidungspraxis zu Anlegerprozessen, wo der Eintritt des Schadens nur plausibel zu machen ist.²⁶ Anleger haben daher nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs den Eintritt des Schadens nur „plausibel“ zu machen.²⁷ Dem Berater steht dagegen der Nachweis offen, dass ein anderer Verlauf wahrscheinlicher sei.²⁸ Eine derartige Herabsetzung des Beweismaßes ist durch die Richtlinie nicht vorgegeben und sollte wohl auch hier der Rechtsprechung vorbehalten sein. Eine gesetzliche Regelung nur für Schadenersatzklagen aufgrund einer Wettbewerbsrechtsverletzung wäre problematisch. Dann erscheint es allerdings notwendig klar zu stellen, dass sich § 37j Abs 1 des Entwurfs nur auf die Einleitung des Verfahrens und den Offenlegungsantrag bezieht.

Wir schlagen daher vor, 37j Abs 1 wie folgt anzupassen:

In Verfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, reicht es aus, wenn die Klage zumindest soweit substantiiert ist, als diejenigen Tatsachen und Beweismittel enthalten sind, die dem Kläger mit zumutbarem Aufwand zugänglich sind und die die Plausibilität eines Schadenersatzanspruchs ausreichend stützen. Die Behauptungslast und das Beweismaß für das weitere Verfahren bleiben unberührt.

Zu § 37j Abs 2:

§ 37j Abs 2 des Entwurfs sieht vor, dass ein Dritter auf begründeten Antrag zur Offenlegung von Beweismitteln verpflichtet werden kann. Der Entwurf sieht für Dritte jedoch keinen Kostenersatzanspruch vor. Den Erläuterungen ist lediglich zu entnehmen, dass die zivilprozessrechtliche Bestimmung der Entschädigung wegen mutwilliger *Prozessführung* (§ 408 ZPO) unberührt bleiben soll.²⁹

²⁶ Vgl etwa RIS-Jusitz RS0022900.

²⁷ Vgl auch 6 Ob 231/10d, 6 Ob 8/11m und 7 Ob 77/10i.

²⁸ Vgl auch 10 Ob 61/11k, 2 Ob 17/13h.

²⁹ Vgl ErlRV 230/ME XXV. GP, 11.

UE ist es sachgerecht, die Kostentragung für Kosten des offenlegungspflichtigen Dritten analog zu § 308 ZPO zu regeln, wonach die dem Dritten entstehenden Kosten der Urkundenvorlage vom Beweisführer zu tragen sind.³⁰ Dies sollte auch – konsistent mit § 308 Abs 3 ZPO – im Fall der Abweisung des Antrages, dh wenn der Antrag des Beweisführers, dem Dritten die Offenlegung einer Urkunde aufzutragen, erfolglos bleibt, gelten.

Ein Kostenersatz (wie hier vorgeschlagen) ist im Übrigen auch im "Referentenentwurf GWB" (vom 01.07.2016), konkret in §33g Abs 7, vorgesehen.³¹

Zudem sollte uE im Rahmen der Angleichung von § 37j Abs 2 an §308 ZPO die (aktuell vorgesehene) Möglichkeit der "Vernehmung bzw eidliche Anhörung des Gegners iSd § 307 Abs 1 ZPO"³² zu Gunsten einer "Anhörung" iSd § 308 ZPO gestrichen werden, weil (i) die Richtlinie für einen betroffenen Dritten nur eine "Gelegenheit zur Anhörung" vorsieht (vgl Art 5 Abs 7), und (ii) uE eine Vernehmung bzw eidliche Anhörung "überschießend" wäre.

Wir schlagen daher vor, § 37j Abs 2 wie folgt anzupassen:

Auf begründeten Antrag einer Partei kann das Gericht in Verfahren nach Abs. 1 der Gegenpartei oder einem Dritten auf Kosten der antragstellenden Partei nach ihrer Anhörung durch Beschluss auftragen, Beweismittel offenzulegen, die sich in ihrer Verfügungsgewalt befinden, einschließlich solcher Beweismittel, die vertrauliche Informationen enthalten, wenn die Offenlegung unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen aller Parteien und der betroffenen Dritten verhältnismäßig ist. ~~Auch ein Dritter, von dem Offenlegung begehrt wird, kann gemäß § 307 Abs. 1 ZPO vom Gericht vernommen werden.~~ Bei Abweisung des Antrages auf Offenlegung durch einen Dritten sind diesem auf sein Verlangen die ihm durch das Verfahren verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen.

Zu § 37j Abs 7:

Anerkennung des Anwaltsprivilegs und erforderliche Anpassung von § 12 Abs 5 WettbG

Gemäß § 37j Abs 7 des Entwurfs kann der Verpflichtete eine auf das Gericht beschränkte Offenlegung eines Beweismittels derzeit nur wegen einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht oder eines ihm zustehenden Rechts zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs. 1 Z 2 bis 5 StPO verlangen.

³⁰ § 308 Abs 1 ZPO: "[...] die Urkunde innerhalb einer ihm zugleich zu bestimmenden Frist auf Kosten des Beweisführers bei dem Processgerichte behufs Benützung bei der mündlichen Verhandlung zu hinterlegen."; Abs 2 "Über eine solchen Antrag hat das Processgericht nach Anhörung des Gegners und des angeblichen dritten Besitzers der Urkunde zu entscheiden; falls letzterer den Besitz der Urkunde leugnet, kann dem Antrage nur dann stattgegeben werden, wenn die antragstellende Partei glaubhaft macht, dass sich die Urkunde in der Hand des Dritten befindet. Zum Zwecke der Einvernehmung der Beteiligten kann vom Processgerichte eine besondere Tagsatzung angeordnet werden. Der Beschluss ist nach Eintritt der Rechtskraft und nach Ablauf der angeordneten Vorlagefrist vollstreckbar."; Abs 3 "Bei Zurückweisung des Antrages sind dem angeblichen Besitzer der Urkunde auf sein Verlangen die ihm durch das Verfahren verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen."

³¹ Vgl Referentenentwurf Juli 2016 zum deutschen GWB § 33g Abs 7: "Macht der nach Absatz 1 oder Absatz 2 Verpflichtete zu der Herausgabe der Beweismittel Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er von dem anderen Teil den Ersatz dieser Aufwendungen verlangen." Siehe dazu die Erläuternden Bemerkungen: "Absatz 7 regelt, dass der Verpflichtete die erforderlichen Aufwendungen für die Herausgabe oder Auskunftserteilung von dem Anspruchsteller ersetzt verlangen. Dies ist vor allem zum Schutz in Anspruch genommener Dritter angemessen. Da Artikel 5 der Richtlinie 2014/104/EU zur Frage der Kosten keine Regelung enthält, kann diese Lücke durch innerstaatliches Recht geschlossen werden."

³² § 307 Abs 1 ZPO: "Leugnet der Gegner den Besitz der Urkunde und erachtet das Gericht die durch die Urkunde zu beweisenden Tatsachen erheblich und zugleich die Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde als bestehend, so kann die Vernehmung und eidliche Anhörung des Gegners durch gerichtlichen Beschluss zu dem Zwecke angeordnet werden, um zu ermitteln, ob der Gegner die Urkunde besitze oder doch wisse, wo dieselbe zu finden sei, oder ob die Urkunde nicht etwa von ihm oder auf seine Veranlassung, um sie dem Beweisführer zu entziehen, beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht worden sei."

Die der Kartellgesetznovelle 2016 zu Grunde liegende Richtlinie zum Kartellschadenersatz sieht jedoch explizit vor, dass die nationalen Gerichte im Falle der Anordnung der *Offenlegung* von Beweismitteln (iSd Richtlinie) den geltenden Privilegien der Angehörigen von Rechtsberufen nach Unionsrecht und nationalem Recht (somit dem Anwaltsprivileg) *uneingeschränkt* Wirkung verleihen sollen.³³ Diese Wertung ist nun für das österreichische Kartellrecht ebenfalls vollumfänglich zu berücksichtigen.

Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht sollte daher die Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz im Sinne des "Anwaltsprivilegs" (*Legal Professional Privilege*) auch im Hinblick auf eine Offenlegung von Beweismitteln im Zuge von Schadenersatzprozessen (bzw deren Einschränkung) gewährleistet sein. Dies umso mehr im Hinblick auf die mit 01.11.2016 in Kraft tretende Novellierung der Strafprozessordnung (StPO) durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016³⁴ (*StPRÄG 2016*),³⁵ welche in diesem Bereich zu wesentlichen Anpassungen der österreichischen Rechtslage an das Unionsrecht führt. Das StPRÄG 2016 setzt diesbezüglich die Vorgaben der Richtlinie 2013/48/EU (*RL Rechtsbeistand*)³⁶ in nationales Recht um.

Der Grundsatz der Anwaltsverschwiegenheit in § 157 StPO normiert die Aussageverweigerungsrechte von Berufsgeheimnisträgern, also insbesondere die Verschwiegenheit von Rechtsanwälten, sowie ein Verbot der Umgehung dieser Verfahrensrechte (bei sonstiger Nichtigkeit) durch *inter alia* Sicherstellung und Beschlagnahme von derart geschützten Unterlagen oder auf Datenträgern gespeicherten Informationen. Diese Wertungen der StPO sind auch für das österreichische Kartellrecht unmittelbar von Relevanz.

Die Umsetzung der RL Rechtsbeistand in Form des StPRÄG 2016 führt nun zu einer wesentlichen Erweiterung des Umgehungsverbots des Aussageverweigerungsrechts in § 157 Abs 2 StPO: Dieses Umgehungsverbot erstreckt sich ab 01.11.2016 auch auf die "*Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen oder auf Datenträgern gespeicherten Informationen, selbst wenn sich diese in der Verfügungsmacht einer anderen Person befinden.*"

Wir schlagen daher vor, § 37j Abs 7 in diesem Sinne wie folgt zu ergänzen:

Der zur Offenlegung eines Beweismittels Verpflichtete kann verlangen, dass bestimmte, einzeln bezeichnete Beweismittel wegen einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht oder eines ihm zustehenden Rechts zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs. 1 Z 2 bis 5 StPO sowie Abs. 2 nur gegenüber dem Gericht offengelegt werden. In diesem Fall hat das Gericht nach Sichtung der Beweismittel ohne Beteiligung der Parteien mit Beschluss zu entscheiden, ob sie auch der die Offenlegung begehrenden Partei gegenüber offengelegt werden.

Die vorgeschlagenen Ergänzungen sind naturgemäß auch im Hinblick auf die Ermittlungsbefugnisse der BWB auf Basis des WettbG und konkret die Bestimmung des § 12 Abs 5 WettbG bedeutsam, auf die nicht zuletzt auch in den vorliegenden Erläuterungen zu Abs 7 verwiesen wird. Bislang argumentierte die BWB, dass die StPO (trotz des Verweises in § 12 Abs 5 WettbG) als *Rechtsgrundlage* für die Begründung des kartellrechtlichen Anwaltsprivilegs als verfehlt anzusehen sei, weil das strafrechtliche Anwaltsprivileg nach der StPO nur für jene Urkunden gelte, die sich in der Gewahrsame eines Rechtsanwalts befinden. Diese Rechtsansicht vermochte schon bislang im Lichte der

³³ Richtlinie 2014/104/EU, Art 5 Abs 6.

³⁴ RV vom 15.03.2016, 1058 BlgNR 25.

³⁵ BGBl. I Nr. 26/2016.

³⁶ Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. Nr. L 294 vom 6.11.2013.

Rechtsprechung des EGMR³⁷ nicht zu überzeugen und verliert nun – wie soeben dargelegt – mit Umsetzung der RL-Rechtsbeistand durch das StPRÄG 2016 jegliche Grundlage.

Es wird daher – nicht zuletzt aus Konsistenzgründen zur vorstehenden Ergänzung zu § 37j Abs 7 KartG – vorgeschlagen, den **Verweis des § 12 Abs 5 WettbG auf § 157 Abs 1 StPO ebenfalls ausdrücklich auf § 157 Abs 2 StPO auszudehnen, sodass § 12 Abs 5 WettbG** wie folgt lautet:

Unmittelbar vor einer auf Grund von Abs. 1 angeordneten Hausdurchsuchung ist der Betroffene (Abs. 4) zu den Voraussetzungen der Hausdurchsuchung zu befragen, es sei denn, dies würde den Ermittlungserfolg wegen Gefahr im Verzug gefährden. Widerspricht er im Rahmen der Prüfung von Unterlagen, unabhängig davon, in welcher Form diese vorliegen, der Einsichtnahme in bestimmte, einzeln bezeichnete Unterlagen oder ihrer Beschlagnahme unter Berufung auf eine ~~ihm~~ ~~treffende~~ gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit oder ein ~~ihm~~ ~~zustehendes~~ Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs. 1 Z 2 bis 5 sowie Abs. 2 StPO, so sind diese Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und dem Kartellgericht vorzulegen; zuvor dürfen sie nicht eingesehen werden. Das Kartellgericht hat die Unterlagen zu sichten und mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie eingesehen und Abschriften und Auszüge daraus angefertigt werden dürfen oder sie dem Betroffenen (Abs. 4) zurückzustellen sind. Gegen diesen Beschluss steht ausschließlich das Rechtsmittel des Rekurses offen.

Zu § 37j Abs 9:

Gemäß § 37j Abs 9 des Entwurfs ist ein Beschluss nach Abs 2 nach seiner Rechtskraft vollstreckbar. Es sollte klargestellt werden, dass die Vollstreckbarkeit erst (entsprechend wiederum § 308 ZPO) nach Ablauf der Offenlegungsfrist eintritt.

Zur Durchsetzung sieht der Entwurf die sinngemäße Geltung des § 79 AußStrG vor. In den Erläuterungen wird zum Hintergrund dafür ausgeführt, dass dadurch unnötiger Verfahrensaufwand vermieden werden soll, der dadurch entsteht, dass mit dem Exekutionsgericht ein weiteres Gericht befasst wird. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist ein Verweis auf § 79 AußStrG jedoch überschießend, hat dieser doch unter anderem als potenzielle Zwangsmittel (i) Beugehaft und (ii) zwangsweise Vorführung vor Augen.³⁸

Unseres Erachtens ist stattdessen zur Gewährleistung der Effektivität eines "Beschlusses nach Abs. 2" einer Regelung, wie im aktuellen deutschen "Referentenentwurf GWB" aus Juli 2016, dort in § 33g Abs 9, der Vorzug zu geben. § 33g Abs 9 des Referentenentwurfs GWB sieht eine Schadenersatzpflicht des zur Offenlegung Verpflichteten vor, wenn dieser, vereinfacht gesagt, "nicht gehörig erfüllt" (vgl § 33g Abs 9: "[g]ibt er [Anm.: "der Verpflichtete"] Beweismittel vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht heraus, ist er dem Anspruchsteller zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.").

³⁷ EGMR 02.04.2015, *Vinci Construction and GMT genie civil and services gegen Frankreich*, 63629/10 und 60567/10; vgl. auch *Feldner/Thalhammer*, Die Hausdurchsuchung im Kartellrecht (2016) Rz 153.

³⁸ Vgl § 79 AußStrG: "(1) Für den Fortgang des Verfahrens notwendige Verfügungen hat das Gericht gegenüber Personen, die sie unbefolgt lassen, von Amts wegen durch angemessene Zwangsmittel durchzusetzen.

(2) Als Zwangsmittel kommen insbesondere in Betracht:

1. Geldstrafen, auch um vertretbare Handlungen zu erzwingen; für deren Ausmaß und Rückzahlung gilt § 359 EO sinngemäß;
2. die Beugehaft, die nur bei unvertretbaren Handlungen, bei Duldungen oder Unterlassungen bis zur Gesamtdauer von einem Jahr verhängt werden darf;
3. die zwangsweise Vorführung;
4. die Abnahme von Urkunden, Auskunftsachen und anderen beweglichen Sachen;
5. die Bestellung von Kuratoren, die auf Kosten und Gefahr eines Säumigen vertretbare Handlungen vorzunehmen haben.

Wir schlagen daher folgende Anpassung vor:

Ein Beschluss nach Abs. 2 ist nach ~~seiner~~ Eintritt der Rechtskraft und nach Ablauf der Offenlegungsfrist vollstreckbar. Für die Durchsetzung eines solchen Beschlusses gilt § 79 AußStrG sinngemäß. Gibt der Verpflichtete Beweismittel vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht heraus, ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

37 k (Offenlegung und Verwendung von aktenkundigen Beweismitteln)

Die Bestimmung setzt die Richtlinienvorgaben entsprechend um. Am Ausschluss von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen von der Offenlegung ist dabei Kritik geübt worden und es bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH (vgl ua F. Schuhmacher, wbl 2016, 1, 9 ff mwN). Allerdings ist vorerst die Entscheidung des Unionsgesetzgebers zu akzeptieren. Entscheidend abgedeckt wird die fehlende Offenlegung durch den zutreffenden Ausschluss von Informationen, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde vorhanden sind oder nicht. Der Ausgestaltung im Entwurf ist insoweit zuzustimmen.

Für § 37k Abs 6 des Entwurfes wird eine Klarstellung dahingehend angeregt, dass – wie in Art 7 Abs 3 der RL vorgesehen – die Vorlage von Beweismitteln nur dann zulässig ist, wenn deren Verwendung nach § 37k Abs 5 KartG nicht ausgeschlossen ist. Ebenfalls klargestellt werden sollte hier, dass sich dies nur auf Dokumente bezieht, die allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden. Damit wäre klargestellt, dass Dokumente, die auf anderem Weg erlangt werden, nicht unter die Einschränkung fallen.

Wir schlagen daher folgende Anpassung vor:

(6) Sofern ihre Verwendung nach Abs. 5 nicht ausgeschlossen ist, ist die Vorlage von Beweismitteln aus den Akten einer Wettbewerbsbehörde, die allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, ist nur durch eine diejenige Person zulässig, die sie allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt hat oder die in die Rechte einer solchen Person eingetreten ist.

§ 37l (Ersuchen um Unterstützung)

§ 37l sieht in Umsetzung von Art 17 Abs 3 der Richtlinie vor, dass das Kartellgericht, der Bundeskartellanwalt und die Bundeswettbewerbsbehörde auf Ersuchen eines Gerichts dieses bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes unterstützen können.

Im Zusammenhang mit dieser Regelung bleiben unseres Erachtens viele Fragen offen. Auch die Erläuterungen zu § 37l bleiben vage: Ein „Ersuchen“ durch das Gericht soll nur nach den Regeln der ZPO unter Wahrung der Parteienrechte möglich sein.

Unklar ist, welche „Regeln der ZPO“ zur Anwendung kommen und welche Position im Verfahren die ersuchte Behörde einnimmt. Ist sie als Sachverständiger tätig oder etwa ähnlich einem „amicus curiae“ zu behandeln? Kann die Beiziehung einer Behörde auch von einer der Parteien beantragt werden, oder liegt die Entscheidung darüber allein im Ermessen des Gerichts? Eine Klarstellung zu diesen Punkten ist jedenfalls erforderlich, um den Schutz der Parteienrechte zu gewährleisten.

Fraglich ist auch, ob es sich tatsächlich um eine „Kann-Bestimmung“ handelt, oder ob sich nicht schon aus der allgemeinen Pflicht zur Amtshilfe (Art 22 B-VG) eine Verpflichtung zur Unterstützungsleistung ergibt.

Offen bleibt, wie sich die vorgesehene Unterstützung in der Praxis bewährt. In Anbetracht der Arbeitsbelastung und Ressourcenknappheit der Wettbewerbsbehörden ist zu befürchten, dass ein Unterstützungsersuchen letztlich zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer führen könnte. Es sollte sichergestellt werden, dass ein Unterstützungsersuchen nur dann zulässig ist, wenn sich daraus keine erhebliche Verzögerung des Verfahrens ergibt.

Ohne die Kompetenzen der Behörden in Zweifel zu ziehen, stellt sich doch die Frage, inwieweit sie bei der Ermittlung der Schadenshöhe überhaupt behilflich sein können; schließlich befassen sie sich in Kartellverfahren nicht mit der (exakten) Schadenshöhe. Im Übrigen greifen sie (zumindest das Kartellgericht) üblicherweise selbst auf ökonomische Sachverständige zurück.

Um entsprechendes Know-how „aufzubauen“ bzw. zu bündeln – etwa auch in Zusammenhang mit der Schadensberechnung – könnte konsequenterweise auch darüber nachgedacht werden, ob nicht eine Sonderzuständigkeit für kartellrechtliche Schadenersatzklagen bei einem Gericht geschaffen werden sollte.

Zu Z 8 (§ 38) – Keine verkürzte Entscheidungsausfertigung bei Settlements

Der Vorschlag, wonach eine verkürzte Entscheidungsausfertigung selbst bei Entscheidungen aufgrund so genannter "Settlements" nicht zulässig sein soll, ist insofern in Ordnung, als er lediglich die zuletzt ohnehin bereits weitgehend gelebte Praxis des Kartellgerichts abbildet.

Dazu noch ein Hinweis: Bei Entscheidungen aufgrund von Settlements hat sich am Kartellgericht vielfach sogar die Praxis entwickelt, den Text des vom Unternehmen (Antragsgegner) abgegebenen Anerkenntnisses im Volltext (bzw als wörtliches Zitat) in die Entscheidungsbegründung aufzunehmen und auch nach § 37 KartG zu veröffentlichen. Diese Praxis sollte zukünftig fallen gelassen werden, da sie im Widerspruch zur Schadenersatz-RL bzw § 37k Abs 4 NEU stünde, wonach keine Offenlegung von Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen erfolgen darf.

Zu Z 10 (§ 49 Abs 3 KartG) – Zusätzlicher Rekursgrund

Der in einem neuen § 49 Abs 3 KartG vorgesehene Rekursgrund, "[...] dass sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der der Entscheidung des Kartellgerichtes zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben" stellt nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht eine signifikante Verbesserung gegenüber dem Status quo dar. Die Bestimmung ist eine Reaktion auf die – auch nach der Novellierung des Außerstreitgesetzes in der Fassung BGBl. I 2003/111 weiter verfestigte, Judikatur des OGH (vgl. 16 Ok 1/05), wonach der OGH als KOG mangels einer Ausnahmebestimmung im Kartellgesetz zur Überprüfung der Beweiswürdigung in keinem Fall berufen sei.

Mit der vorgeschlagenen Änderung in § 49 KartG nimmt der Gesetzesentwurf wiederholt geäußerte Verbesserungsvorschläge zum Fehlen einer zweiten Tatsacheninstanz, und insbesondere zur Rolle des ökonomischen Sachverständigen, in Kartellverfahren auf.³⁹ In ihrer Stellungnahme zur Kartellrechtsnovelle 2012 hatte die Studienvereinigung Kartellrecht die Einführung eines dritten Absatzes in § 49 KartG wie folgt angeregt:

"(3) Im Übrigen richtet sich das Verfahren vor dem Kartellobergericht nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer

³⁹ Vgl. Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht, Beiratsstudie Nr 87 (2014), S 36 ff; davor bereits *Böheim/Reidlinger*, Der kartellgerichtliche Sachverständige: Reformüberlegungen auf der Grundlage einer kritischen Bestandsaufnahme, wbl 2013, 493 (497 f.); Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 29. Februar 2012 anlässlich der Kartellgesetznovelle 2012, S. 17 ff. sowie bereits die Beiratsstudie Nr 84 (2010), S. 50.

*Streitsachen über das Rekursverfahren, sofern der Rekurs nicht in einem Verfahren gemäß dem 3. Abschnitt des I. Hauptstückes erhoben wird.*⁴⁰

Der aktuelle Vorschlag des Entwurfs ist im Hinblick auf Verfahren der Wettbewerbsaufsicht (Kartell- und Missbrauchsverfahren) damit weniger weitgehend als der Vorschlag der Studienvereinigung Kartellrecht aus dem Jahr 2012; andererseits sollen auch Tatsachenfeststellungen in zeitsensitiven Zusammenschlussverfahren revisibel sein. Dem Erfordernis der Verfahrenseffizienz, das insbesondere bei letzteren Verfahren besonders ausgeprägt ist, wird dadurch Rechnung getragen, dass die Tatsachenrüge auf Bedenken, die sich aus den Akten ergeben, begrenzt ist. Angesichts der bestehenden Judikatur zu § 281 Abs 1 Z 5a StPO steht zu erwarten, dass nur genau identifizierte und ausreichend begründete Rügen der Tatsachenfeststellung zulässig sein werden (vgl. RIS-RS0124172).

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist die Zulassung der Beweisrüge im Rekursverfahren eine ganz wesentliche Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien und damit auch der prozessualen Wahrheitsfindung. Die Bedeutung dieser Neuerung ist für das kartellgerichtliche Verfahren nicht hoch genug einzuschätzen. Damit wird nunmehr auch die Überprüfung von Gutachtenergebnissen ermöglicht, welche bisher weitgehend als Tatsachenfeststellungen nicht bzw. nur bei Methodenfehlern (vgl. OGH 16 Ok 6/15s), Aktenwidrigkeit (vgl. OGH 16 Ok 2/12), oder Verstößen gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks (vgl. OGH 16 Ok 46/05) bekämpft werden konnten.

Eine weitere erfreuliche Konsequenz dieser Entwicklung wird es sein, dass es zukünftig unerheblich sein wird, ob die vom Kartellgericht festgestellten – und in weiterer Folge nun bekämpfbaren – Tatsachen aufgrund der gerichtlichen Wahrnehmung des Gerichtes direkt (zB Urkunden und Zeugenaussagen) oder auf dem "Umweg" des Sachverständigengutachtens festgestellt worden sind. Diese Unterscheidung hatte in der Vergangenheit zu Verwerfungen und Kritik geführt.⁴¹

Von entscheidender Bedeutung wird die Entwicklung des unbestimmten Rechtsbegriffs "erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung" in der Rsp des OGH als KOG zukommen. Die Erwähnung der "Vorbildnorm" des § 281 Abs 1 Z 5a StPO und die dort geregelte Tatsachenrüge in der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde stellen klar, dass der Begutachtungsentwurf nicht den Rekursgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung iSd 498 Abs 1 ZPO bzw § 52 Abs 2 AußStrG uneingeschränkt zulassen will. Die Überprüfbarkeit des erstgerichtlichen Beweiswürdigungsermessens muss allerdings nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht doch deutlich über die schon bisher (als Rechtsfehler) bekämpfbaren Methodenfehler sowie Verstöße gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare Gesetze sprachlichen Ausdrucks hinausgehen.

Jedenfalls ist zu erwarten, dass der neue Maßstab "erheblicher Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung" schon im Erkenntnisverfahren zu einer verstärkten Objektivierung der methodischen Arbeit von Sachverständigen in Kartellverfahren führen wird, auf deren Erkenntnissen die Feststellungen der erstgerichtlichen Entscheidung im Kartellverfahren so häufig beruhen. Zusammen mit den Änderungen zur Erstellung der Sachverständigenliste geht die Studienvereinigung Kartellrecht davon aus, dass sich daraus eine weitere Steigerung der methodischen Qualität der im Kartellverfahren zur Anwendung kommenden Sachverständigengutachten ergeben wird. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Sachverständigengutachten "erheblichen Bedenken" begegnen kann, werden auch internationale

⁴⁰ Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 29. Februar 2012 anlässlich der Kartellgesetznovelle 2012, S. 19.

⁴¹ Böheim/Reidlinger, Der kartellgerichtliche Sachverständige: Reformüberlegungen auf der Grundlage einer kritischen Bestandsaufnahme, wbl 2013, 493 (498).

Vergleichsstandards für wettbewerbsökonomische Analysen heranzuziehen sein, sodass auch die Rolle des Privatgutachtens im Kartellverfahren aufgewertet werden wird.

Im Übrigen ist die Studienvereinigung Kartellrecht der Ansicht, dass – angesichts der strafrechtlichen Natur jedenfalls von kartellrechtlichen Bußgeldverfahren (vgl. nur EGMR, Urt. v. 27.09.2011 – *Menarini*, Rs 43509/08) – die Überprüfbarkeit von Tatsachenfeststellungen im Rekursverfahren vor dem Kartellobergericht generell nicht hinter der Überprüfbarkeit von Tatsachenfeststellungen in Strafverfahren zurückfallen sollte. Die Studienvereinigung schlägt daher vor, auch die in § 281 Abs 1 Z 5 StPO genannten Rekursgründe in § 49 Abs 3 KartG-NEU aufzunehmen. Auch wenn dies vor dem Hintergrund ohnehin bestehender Judikatur des KOG in Teilen nur klarstellenden Charakter hätte (etwa im Hinblick auf den Rekursgrund der Aktenwidrigkeit oder des Verstoßes gegen zwingende Denkgesetze), besteht nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht insbesondere im Hinblick auf das Ausmaß der Begründungspflicht und der Notwendigkeit von deutlichen, vollständigen und widerspruchsfreien Tatsachenfeststellungen durch das Kartellgericht noch Verbesserungsbedarf.

Angesichts des nunmehr vorgeschlagenen § 49 Abs 3 KartG-NEU gilt dies umso mehr. Die Frage, ob sich aus den Akten "erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der der Entscheidung des Kartellgerichts zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen" ergeben, lässt sich nur dann sinnvoll beantworten, wenn hinreichend klar ist, welche Tatsachen vom Kartellgericht festgestellt wurden, und wie diese Tatsachenfeststellung begründet wurde. Die bisherige Judikatur des KOG, nach der ein Begründungsmangel erst "bei völligem Fehlen einer Begründung" vorliegen soll, bzw sogar erst dann, "wenn auch aufgrund der Aktenlage die Erwägungen des Erstgerichts nicht mehr nachvollzogen werden können", stellt dies nicht sicher. Es wäre nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht mit dem Erfordernis einer geordneten Rechtspflege nicht zu vereinbaren, wenn die (mutmaßlichen) Erwägungen des Erstgerichts zunächst anhand der Aktenlage nachvollzogen werden müssten, bevor ein auf § 49 Abs 3 KartG-NEU gestützter Rekurs überhaupt geprüft werden könnte.

Wir schlagen daher vor, § 49 Abs 3 wie folgt zu ergänzen:

"(3) Der Rekurs kann sich auch darauf gründen, dass

- 1. der Ausspruch des Kartellgerichts über entscheidende Tatsachen undeutlich, unvollständig oder mit sich selbst im Widerspruch ist; wenn für diesen Ausspruch keine oder nur offenbar unzureichende Gründe angegeben sind; oder wenn zwischen den Angaben der Entscheidungsgründe über den Inhalt einer bei den Akten befindlichen Urkunde oder über eine Aussage und der Urkunde oder dem Vernehmungs- oder Sitzungsprotokoll selbst ein erheblicher Widerspruch besteht; oder*
- 2. sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der der Entscheidung des Kartellgerichts zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben."*

Zu Z 15 (§ 73 KartG) – Sachverständigenliste

Mit der Neufassung von § 73 KartG greift der Gesetzesentwurf Kritik zur Praxis der Sachverständigenbestellung auf.⁴² Die Abschaffung des bisherigen § 73 KartG ist zu begrüßen. Dadurch kommen die auch sonst üblichen Mittel des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes zur Überprüfung der Qualität der Sachverständigen zur Anwendung. Die Begrenzung der Liste auf zwölf Sachverständige (§ 73 Abs 1 KartG) entfällt.

⁴² Vgl. Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Effizienz – Rechtsstaatlichkeit – Transparenz im österreichischen Wettbewerbsrecht, Beiratsstudie Nr 87 (2014), S 37; *Böheim/Reidlinger*, Der kartellgerichtliche Sachverständige: Reformüberlegungen auf der Grundlage einer kritischen Bestandsaufnahme, wbl 2013, 493 (495).

Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht steht zu hoffen, dass der verbesserte Zugang für Neueinsteiger bei gleichzeitiger Einführung objektiver Qualitätsstandards zu einer höheren Relevanz der Sachverständigenliste, einer Belebung des Wettbewerbs zwischen potentiellen Sachverständigen, und damit letzten Endes zu niedrigeren Kosten und besserer Qualität der Sachverständigengutachten führen wird.

Zu beachten ist, dass der gewöhnliche Aufenthalt oder Ort der beruflichen Tätigkeit in Österreich eine Voraussetzung für zertifizierte Sachverständige nach § 2 Abs 2 Z 1 lit g SDG ist. Es steht den Richtern jedoch weiter frei, andere erfahrene Sachverständige, die dieses Kriterium nicht erfüllen, zu bestellen (§ 35 AußStrG, § 351 ZPO).

Weiters haben zertifizierte Sachverständige eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Die Höchsthaftungssumme in Kartellrechtsfällen kann recht hoch sein. Nach § 31 Abs 1 Z 5 GebAG gelten die entsprechenden Versicherungsprämien als sonstige Kosten, die dem Sachverständigen zu ersetzen sind. Dies kann Gutachten in Abhängigkeit vom Transaktionswert (insbesondere bei Fusionen) verteuern.

Zu Z 19 (§ 86 Abs 4 KartG) – Klarstellung zur Übergangsbestimmung zur Ausnahme von Hardcore-Kartellen aus der Bagatellkartellregelung

Die vorgeschlagene Klarstellung in Bezug auf die Anwendung der Bagatellkartellausnahme in der Fassung des KaWeRÄG 2012 (BGBl I Nr 13/2013; in der Folge "Bagatellkartellregelung NEU") ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Aus Rechtsanwendungssicht sind im Zusammenhang mit der Frage, ob auf einen Sachverhalt die (strengere) Bagatellkartellregelung NEU oder die Vorgängerregelung (in der Folge "Bagatellkartellregelung ALT") anwendbar ist, grundsätzlich die folgenden Szenarien denkbar:

- Szenario 1: Kartell vor dem 1.3.2013 gebildet und beendet: Hier kommt die Bagatellkartellregelung ALT zur Anwendung (bereits unstreitig nach bisheriger Formulierung des § 86 Abs 4 KartG).
- Szenario 2: Kartell vor dem 1.3.2013 gebildet und spätestens am Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl beendet: Hier kommt (aufgrund der Klarstellung) die Bagatellkartellregelung ALT zur Anwendung.
- Szenario 3: Kartell vor dem 1.3.2013 gebildet und erst nach dem Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl beendet: Hier kommt (aufgrund der Klarstellung) die Bagatellkartellregelung NEU zur Anwendung.
- Szenario 4: Kartell nach dem 1.3.2013 gebildet und spätestens am Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl beendet: Hier kommt die Bagatellkartellregelung NEU zur Anwendung (bereits unstreitig nach bisheriger Formulierung des § 86 Abs 4 KartG).
- Szenario 5: Kartell nach dem 1.3.2013 gebildet und nach dem Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl beendet: Hier kommt die Bagatellkartellregelung NEU zur Anwendung (bereits unstreitig nach bisheriger Formulierung des § 86 Abs 4 KartG).
- Szenario 6: Kartell nach dem Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl gebildet und beendet. Hier kommt die Bagatellkartellregelung NEU zur Anwendung (bereits unstreitig nach bisheriger Formulierung des § 86 Abs 4 KartG).

Durch den Vorschlag wird daher auch in Bezug auf die Szenarien 2 und 3 klargestellt, welche Fassung der Bagatellkartellregelung auf den Sachverhalt anzuwenden ist (in Bezug auf die übrigen Szenarien bestand auch schon bisher, dh nach § 86 Abs 4 KartG idF BGBl I Nr 13/2013 Rechtssicherheit).

Die Anwendung der Bagatellkartellregelung ALT in Szenario 2 ist aus Gründen des Vertrauensschutzes zu begrüßen, hat doch das betroffene Unternehmen zum Zeitpunkt der Bildung des Kartells rechtskonform gehandelt und konnte es aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit (jedenfalls mit belastbaren Argumenten) darauf vertrauen, dass sein Verhalten im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bagatellkartellregelung NEU nicht rechtswidrig wurde.

Dasselbe gilt für Szenario 3. Zu beachten ist hier allerdings, dass ein betroffenes Unternehmen das in Frage stehende Verhalten – will es einen Kartellrechtsverstoß infolge der Anwendung der (strengeren) Bagatellkartellregelung NEU verhindern – spätestens am Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl beenden muss. Da das Unternehmen aber erst mit Verlautbarung im BGBl Kenntnis von der endgültigen Anwendung der Bagatellkartellregelung NEU haben muss, sollte aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im Sinne des Vertrauensschutzes als relevanter Zeitpunkt, zu dem ein Kartell spätestens beendet werden muss, nicht der Tag der Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl herangezogen werden.

Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt vor, in § 86 Abs 4 KartG eine angemessene "Auslauffrist" nach Verlautbarung der KartG-Novelle 2016 im BGBl vorzusehen, um Unternehmen eine rechtzeitige Beendigung des Kartells zu ermöglichen, zB ein Übergangszeitraum von sechs Monaten ab dem Tag der Verlautbarung im BGBl.

Wir hoffen, mit unseren Anmerkungen und Änderungsvorschlägen einen sinnvollen Beitrag zur weiteren Vorbereitung der Kartellgesetz-Novelle 2016 leisten zu können. Wie einleitend oben erwähnt stehen wir für eine weitere Erörterung jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Axel Reidlinger
Rechtsanwalt

Vorsitz Landesgruppe Österreich
Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Tuchlauben 17
A-1010 Wien
Tel: 01 235 11 00 DW 11

reidlinger@rs-ra.eu

www.studienvereinigung-kartellrecht.de