



An das  
Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft  
Stubenring 1  
1011 Wien  
zu Händen Frau MinR MMag. Erika Ummerberger-Zierler  
Per e-mail:  
[post.c14@bmwfw.gv.at](mailto:post.c14@bmwfw.gv.at)  
Kopie an:  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, am 29. Oktober 2016

**Betrifft:        Novelle 2016 zum Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Studienvereinigung Kartellrecht bedankt sich beim Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft für die Gelegenheit, eine Stellungnahme zum Entwurf der Novelle zum Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz vom 12. Oktober 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 Arbeitsgruppe gebildet, der folgende Personen angehörten, welche die Stellungnahme gemeinsam vorbereitet haben: Günter Bauer, Pia Bauer, Martin Eckel, Judith Feldner, Raoul Hoffer, Diana Ionescu, Bernhard Kofler-Senoner, Heinrich Kühnert, Anita Lukaschek, Michael Mayer, Axel Reidlinger, Dieter Thalhammer, Andreas Traugott, Volker Weiss 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 Kartellrechtsreform eingebunden und hat sich an diesen Vorarbeiten aktiv beteiligt.

Wir beschränken uns in der vorliegenden Stellungnahme auf jene im Entwurf vorgeschlagenen Gesetzesänderungen, zu denen wir konkrete Anmerkungen haben; darüber hinaus regen wir weitere Änderungen an. Soweit wie möglich haben wir für unsere Verbesserungsanregungen auch konkrete Formulierungsvorschläge erarbeitet und in diese Stellungnahme aufgenommen.

Für eine weitere Erörterung unserer Vorschläge mit dem Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft 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 10 - § 10 Abs 1 WettbG: Zusammenarbeit mit anderen Behörden**

Mit der vorgeschlagenen Abänderung des § 10 Abs 1 WettbG würde der Kreis jener Behörden, denen Informationen von der BWB übermittelt werden können, signifikant auf alle Verwaltungsbehörden und „sonstigen Strafverfolgungsbehörden“ erweitert, während diese Bestimmung bislang lediglich auf einen eingeschränkten Kreis (neben Wettbewerbsbehörden ieS auch Regulatoren) anwendbar war.

In Anbetracht dieser sehr weitreichenden Erweiterung ist es notwendig, sicherzustellen, dass der Schutz vertraulicher Informationen hinreichend gewährleistet ist. Dies gilt insbesondere für den Schutz von im Rahmen des Kronzeugenprogramms erlangten Informationen. Mangelnde Rechtssicherheit darüber, dass beispielsweise im Rahmen einer solchen Kooperation der BWB übermittelte Informationen nicht von einer Übermittlung an zB Strafverfolgungsbehörden ausgenommen sind, würde einen negativen Anreiz für die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung darstellen.

Vor diesem Hintergrund wäre zudem ein expliziter Hinweis auf das Verwertungsverbot (vgl § 11 Abs 1 WettbG) als Schranke für eine Informationsübermittlung gemäß § 10 Abs 1 WettbG aufzunehmen.

Im Hinblick auf den weiten potenziellen Adressatenkreis einer etwaigen Informationsübermittlung ist es zur Wahrung ihrer berechtigten Geheimhaltungsinteressen erforderlich, dass jenen Unternehmen, von denen die betreffenden Informationen stammen, ein Informations- und Äußerungsrecht in Bezug auf die beabsichtigte Übermittlung der Informationen eingeräumt wird. Nur so kann gewährleistet werden, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der BWB zur Kenntnis gelangen und hinreichende Berücksichtigung finden können.

#### **Zu Z 11 - § 10 Abs 5 WettbG: Neue Aufgriffsschwelle für Zusammenschlüsse**

##### *Vorbemerkungen*

Mit § 10 Abs 5 WettbG (neu) soll eine neue Anmeldeschwelle wie folgt eingeführt werden:

Vorliegen (i) eines weltweiten Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss von mehr als EUR 300 Millionen,<sup>1</sup> (ii) eines Wertes der Gegenleistung für den Zusammenschluss von mehr als EUR 350 Millionen, soweit (iii) von Letzterem aufgrund der Marktpräsenz mindestens EUR 5 Millionen auf das Inland entfallen.

<sup>1</sup> Entspricht § 9 Abs 1 Z 1 KartG;

Damit sollen – ausweislich der Erläuterungen – in Zukunft Transaktionen erfasst werden, bei denen Unternehmen erworben werden, die uU nicht umsatzstark sind, aber dennoch eine gewisse Marktposition erlangt haben. Das betrifft insbesondere Unternehmen im Internetbereich, die aufgrund der Verfügung über Kundendaten Marktmacht akkumuliert haben. Der Begutachtungsentwurf reagiert damit auf eine bereits seit einiger Zeit andauernde Diskussion, wie dem Erwerb von Unternehmen der Internetbranche im Bereich der Zusammenschlusskontrolle begegnet werden kann. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass § 10 Abs 5 lit b (neu) des Entwurfes wörtlich dem Text des vorgeschlagenen § 35 Abs 1a Z 3 GWB (neu) des deutschen Referentenentwurfes für die 9. GWB-Novelle entspricht.<sup>2</sup> Lit. c hingegen ist im deutschen Referentenentwurf nicht enthalten. Damit soll im Rahmen der neuen Anmeldeschwelle ein gewisser Inlandsbezug hergestellt werden.<sup>3</sup>

Die Studienvereinigung Kartellrecht steht der Einführung dieser neuen Anmeldeschwelle kritisch gegenüber. Uns ist zwar durchaus bewusst, dass in der Literatur und auch auf Behördenebene schon länger die Problematik der Erfassung von Zusammenschlüssen, bei denen der Umsatz nicht die richtige Maßzahl ist, diskutiert wird. Bekanntlich arbeitet die Europäische Kommission ebenfalls an dieser Thematik und hat dazu ein Konsultationsverfahren eingeleitet, das derzeit noch andauert. Es steht daher noch nicht fest, welche Regelung auf Ebene der EU-Fusionskontrollverordnung gefunden wird.

Dies ist auch schon der erste wesentliche Ansatz für unsere Skepsis gegenüber dem Vorhaben, schon jetzt im österreichischen Kartellrecht eine derartige Bestimmung vorzusehen. Man darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen, dass es sich mit der Einführung einer derartigen Schwelle um einen Paradigmenwechsel handelt, indem von dem traditionellen System der alleine umsatzbezogenen Zusammenschlusssschwellen abgewichen und eine neuer Typus der Zusammenschlusssschwelle eingeführt wird. Dieser Paradigmenwechsel sollte nicht ohne entsprechende Umsicht und Überlegung stattfinden. Es wäre daher auch wichtig, einen Gleichklang mit der Europäischen Kommission herbeizuführen, um zum einen divergierende juristische Bewertungen möglichst zu vermeiden und zum anderen die Erfahrungen der Europäischen Kommission aus dem Konsultationsprozess entsprechend verwerten zu können. Man sollte sich auch nicht davon beirren lassen, dass der deutsche Gesetzgeber ebenfalls eine entsprechende Regelung überlegt und dies im Referentenentwurf zum Ausdruck gebracht hat. Es ist durchaus angemessen, auch angesichts der unterschiedlichen Größe der Volkswirtschaften, nicht unverzüglich mit der deutschen Regelung mitzuziehen (wenn diese überhaupt – bzw. in dieser Form – in das GWB eingeführt wird). Vielmehr wäre es aus unserer Sicht vorzuziehen, erste Erfahrungen einer solchen Regelung auf dem deutschen Markt entsprechend abzuwarten und daraus Schlüsse für den österreichischen Rechtsbereich zu ziehen.

Es wird sich dann auch noch die Frage stellen, ob eine gesonderte österreichische Regelung überhaupt erforderlich ist bzw inwiefern davon nicht auch abschreckende Impulse für die Gründung von Startups in Österreich ausgehen könnten. Immerhin besteht im Falle der Einführung einer entsprechenden Regelung in die FKVO immer auch die Möglichkeit, im Einzelfall – unter gewissen Umständen – eine Verweisung eines Zusammenschlusses an die Mitgliedstaaten zu verlangen. Allein schon auf Grundlage dieser Bestimmung besteht daher die Möglichkeit der nationalen Behörden, von einer derartigen neuen Bestimmung auf Ebene der FKVO zu profitieren. Andererseits ermöglicht Art 22 FKVO schon derzeit, Zusammenschlüsse auch unterhalb der nationalen Umsatzschwellen zur Prüfung an die Europäische Kommission zur verweisen.

Neben diesen allgemeinen Aspekten über die Sinnhaftigkeit bzw. den Zeitpunkt der Einführung einer derartigen neuen Aufgriffsschwelle wirft die vorgeschlagene Formulierung im Detail auch legistische Fragen auf:

---

<sup>2</sup> Es sei angemerkt, dass diese Bestimmung im Entwurf der deutschen Bundesregierung insofern modifiziert wurde, als die Gegenleistung mehr als EUR 400 Mio. betragen muss;

<sup>3</sup> Dies ist im dGWB nicht notwendig, zumal dieses ohnedies eine zweite Inlandsschwelle kennt;

### *Formelle Fassung der Bestimmung*

Unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob die Einführung einer transaktionswertbasierten Aufgriffsschwelle im gegenwärtigen Zeitpunkt rechtspolitisch sinnvoll erscheint, sprechen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht folgende Argumente gegen die konkrete Fassung des vorgeschlagenen § 10 Abs 5 WettbG:

Nach den Empfehlungen des International Competition Network<sup>4</sup> (ICN) und der OECD<sup>5</sup> sollen nationale Fusionskontroll-Regime nur Transaktionen erfassen, die einen hinreichenden Bezug zum jeweiligen Staat aufweisen. Anmeldeschwellen sollten so gewählt werden, dass sie die Summe der Fehlerkosten minimieren, indem sie einerseits die Anzahl der anmeldepflichtigen, aber unproblematischen Zusammenschlüsse möglichst beschränken, andererseits aber möglichst sicherstellen, dass problematische Zusammenschlüsse einer Prüfung unterliegen.

Die Studienvereinigung Kartellrecht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der vorgeschlagene § 10 Abs 5 WettbG einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich aufweist als die im Regierungsentwurf des 9. GWB-ÄndG vorgeschlagene deutsche Parallelregelung des § 35 Abs 1a GWB. Der deutsche Entwurf erklärt sich vor dem Hintergrund der in § 35 Abs 1 Z 2 GWB vorgesehenen doppelten Inlandsschwelle. Danach müssen mindestens zwei beteiligte Unternehmen in Deutschland bestimmte Mindestumsätze (eines mehr als EUR 25 Mio, das andere mehr als EUR 5 Mio) erreichen. Der nun vorgeschlagene § 35 Abs 1a GWB behält die erste Inlandsschwelle, wonach mindestens ein beteiligtes Unternehmen Inlandsumsätze von mehr als EUR 25 Mio erzielen muss, bei. Lediglich die zweite Inlandsschwelle wird durch das doppelte Erfordernis ersetzt, dass das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang in Deutschland tätig ist, und der Transaktionswert mehr als EUR 400 Mio beträgt.

Der im Ministerialentwurf des WeRÄG 2016 vorgesehene Anmeldebestand stellt keinen vergleichbaren Inlandsbezug her. Die Schwellen des vorgeschlagenen § 10 Abs 5 WettbG stellen auf den gemeinsamen weltweiten Umsatz (lit a), den Gesamtwert der Transaktion (lit b) und den auf Österreich entfallenden Teil des Transaktionswerts (lit c) ab. Das Abstellen auf weltweite Gesamtindikatoren in lit (a) und (b) hätte zur Folge, dass jede größere internationale Transaktion in Österreich anmeldepflichtig wäre, solange nur EUR 5 Mio des Kaufpreises oder sonstigen Gegenwerts auf Österreich entfallen. Insbesondere würde die Anmeldepflicht nicht davon abhängen, ob der Erwerber überhaupt bereits in Österreich tätig ist. Überdies ist die Schwelle für den auf Österreich entfallenden Gegenwert mit EUR 5 Mio sehr niedrig gewählt.<sup>6</sup>

### *Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung*

Darüber hinaus erlauben wir uns, auf die praktischen Schwierigkeiten sowie den erheblichen Mehraufwand bei der Anwendung einer transaktionswertbasierten Aufgriffsschwelle auf der globalen Ebene sowie bei der Festlegung des auf Österreich entfallenden Teils gemäß der vorgeschlagenen Fassung des § 10 Abs 5 WettbG hinzuweisen:

Laut dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung soll dabei auf der globalen Ebene auf den "*Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss*" abgestellt werden. Nach den Erläuterungen zu dem Begutachtungsentwurf umfasst die Gegenleistung "*alle Vermögensgegenstände und sonstigen*

<sup>4</sup> ICN, Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, 2006.

<sup>5</sup> OECD, Recommendation of the Council on Merger Review, 2005.

<sup>6</sup> Geht man für den im Fokus des Entwurfs stehenden Sektor der Internetsoftware etwa von einem Unternehmenswert aus, der dem 15- bis 20-fachen des EBITDA entspricht, so würde ein Österreich zurechenbares EBITDA von EUR 250.000 bis 333.000 ausreichen, um eine Anmeldung erforderlich zu machen. Entsprechend wäre zu erwarten, dass allfällige Wohlfahrtsverluste, die in Österreich in der näheren Zukunft nach dem Zusammenschluss eintreten könnten, entsprechend gering wären.

geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss erhält (Kaufpreis), zuzüglich des Werts etwaiger vom Erwerber übernommener Verbindlichkeiten". Während in den simplen Fällen, in denen die Gegenleistung nur in der Form der Barzahlung erfolgt, der Wert der Gegenleistung zumindest auf der globalen Ebene mit relativ geringem Aufwand möglich sein wird, zeigt die Praxis, dass die Gegenleistung viel komplexer ausgestaltet sein kann. Dies primär auch deshalb, weil die konkrete Ausgestaltung der Transaktionsstruktur und der Gegenleistung in vielen Fällen ausländischen Rechtsordnungen entstammen, die etwa dem österreichischen Gesellschafts- oder Vertragsrecht völlig fremd sind.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang primär an die Fälle, in denen das Zielunternehmen ausschließlich oder nur zum Teil gegen andere Vermögenswerte getauscht wird. Der Wert dieser Vermögenswerte als Gegenleistung wird sich dabei zwingend nur anhand von Gutachten bestimmen lassen, denen jedoch unterschiedliche Bewertungsmethoden zugrunde liegen können. Die Bandbreite der unterschiedlichen weltweit anwendbaren und vertretbaren Bewertungsmethoden kann dabei in der Praxis dazu führen, dass vergleichbare Transaktionen in der Praxis unterschiedlich bewertet und somit abhängig von der gewählten Methode der österreichischen Zusammenschlusskontrolle unterliegen werden. Als problematisch werden sich ferner Fälle gestalten, in denen im Rahmen von Übernahmeangeboten börsennotierte Zielunternehmen übernommen werden sollen. In solchen Fällen wird der Wert der Gegenleistung vom konkreten Bewertungszeitpunkt abhängig sein und muss dabei zum Zeitpunkt der Anmeldung noch gar nicht feststehen. Zu erwähnen sind schließlich auch Transaktionen im Rahmen von Restrukturierungen, wie etwa Debt-to-Equity-Swaps, die an die Bewertung der Vermögenswerte besondere Herausforderungen stellen.

Besondere Schwierigkeiten werden auch mit der genauen Bestimmung des auf Österreich entfallenden Teils der Gegenleistung, der mindestens EUR 5 Mio betragen muss, verbunden sein. Bereits im einfachsten Fall der Barzahlung als Form der Gegenleistung stellt sich die Frage, wie der auf Österreich entfallene Teil identifiziert werden soll. Trotz der Vielzahl möglicher Anhaltspunkte wird es schwierig sein, ein Abgrenzungskriterium zu finden, das unter Berücksichtigung aller möglichen Transaktionsstrukturen den Inlandsbezug der Transaktion effizient erfasst. Zu beachten ist auch, dass – soweit ersichtlich – auch in Jurisdiktionen, in denen transaktionswertbasierten Aufgriffsschwellen bereits eingeführt worden sind (etwa USA) oder eingeführt werden sollen (etwa Deutschland), die Bestimmung eines betragsmäßigen Inlandsbezugs nicht vorgesehen ist. Dieses Zusatzkriterium wird daher die Anwendbarkeit der Aufgriffsschwelle noch komplizierter machen und im Endergebnis Rechtsunsicherheit (auch im Hinblick auf § 24 Abs 2 Kartellgesetz) schaffen.

Aus formeller Sicht wäre schließlich noch anzumerken, dass die Einführung einer neuen transaktionswertbasierten Aufgriffsschwelle auch im Sinne der gebotenen Transparenz für die Rechtsunterworfenen nicht im Wettbewerbsgesetz, sondern – wenn überhaupt – im Kartellgesetz (§ 9) geregelt werden sollte.

#### *Schlussfolgerung*

Die Studienvereinigung steht der Einführung dieser neuen Aufgriffsschwelle kritisch gegenüber. Die Einführung eines transaktionswertbezogenen Anmeldeatbestands in der vorgeschlagenen Fassung wird die Zahl der in Österreich anmeldepflichtigen, inhaltlich aber unbedenklichen Zusammenschlüsse deutlich erhöhen. Die Handhabung dieser Schwellen wird zu erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis führen. Nicht zuletzt würde der Gesetzgeber den möglichen Regelungen auf EU-Ebene vorgreifen.



**Zu Z 13 - § 10b Abs 2 WettbG: Bekanntmachung auch von Geldbußenanträgen gemäß § 29 KartG auf der BWB-Website**

Die entsprechende Veröffentlichung sollte in einer Form erfolgen, die jegliche Vorverurteilungen von Unternehmen durch die BWB ausschließt. Da es sich – wie schon der Gesetzestext klarstellt – im Zeitpunkt der Antragstellung lediglich um „vermutete Zuwiderhandlungen“ handelt, sollten die Namen des oder der betroffenen Unternehmen nicht leichtfertig von der BWB bekanntgemacht werden – die bisherige Praxis, bei Antragstellung nur die Branche (und keine konkreten Unternehmen) zu nennen, hat sich bewährt. Die vom Gesetz vorgesehene „Kann-Bestimmung“ sollte insoweit also mit Bedacht angewendet werden. Soweit die Bekanntmachung erfolgt, sollte auch ein Hinweis auf die Verteidigungsrechte der Unternehmen und auf die alleinige Entscheidungsbefugnis des Kartellgerichts aufgenommen werden, der sich an den Pressemitteilungen der Kommission zu Hausdurchsuchungen orientieren könnte.<sup>7</sup>

Zugleich sollte aber auch die entsprechende Bestimmung zum rechtlichen Gehör in § 13 Abs 1 ergänzt werden, so dass diese lautet:

*„Sind einem von der Bundeswettbewerbsbehörde beabsichtigten Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens nach §§ 26, 27, 28 oder 29 KartG 2005 Ermittlungen nach §§ 11, 11a, 11b oder 12 WettbG vorausgegangen, so ist dem Antragsgegner Gelegenheit zu geben, von den Ermittlungsergebnissen Kenntnis und in angemessener Frist Stellung dazu zu nehmen.“*

Offenbar wurde eine Gewährung rechtlichen Gehörs in Verfahren nach § 29 KartG vom Gesetzgeber des KartG 2005 deshalb für weniger erforderlich gehalten, weil die Antragstellung in diesen Fällen nicht bekannt gemacht wurde. Wenn dies nun aber möglich wird, scheint eine vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs zur Wahrung der Verteidigungsrechte zwingend geboten.

Die Hinzufügung von § 11b scheint deshalb geboten, weil der bisherige Verweis auf § 11a sich nach dem Wortlaut auch auf die Absätze 3 bis 7 bezog, die nun in § 11b verschoben wurden. Mit der vorgeschlagenen Ergänzung würde das rechtliche Gehör auch für jene Unternehmen gesetzlich abgesichert, gegen welche die BWB einen Geldbußenantrag aufgrund einer Kronzeugenmeldung eines anderen Unternehmens stellt. Die Frage, ob diese Fälle vom Begriff „Ermittlungen nach § 11a“ erfasst waren, war bisher offenbar deshalb ungeklärt, weil für Anträge nach § 29 KartG ohnehin keine Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs bestand.

**Zu Z 14 - § 10b Abs 3 WettbG: Bekanntmachung des Spruchs rechtskräftiger Entscheidungen gemäß § 26 bis 29 KartG auf der BWB-Website**

Die Veröffentlichung rechtskräftiger Entscheidungen auf der BWB-Website ist jedenfalls zu begrüßen. Auch die Klarstellung hinsichtlich Kronzeugen im Sinne der Schadenersatz-Richtlinie macht jedenfalls Sinn.

<sup>7</sup> Dieser Hinweis lautet regelmäßig etwa wie folgt: *“Surprise inspections are a preliminary step in investigations into suspected cartels. The fact that the European Commission carries out such inspections does not mean that the companies are guilty of anti-competitive behaviour; nor does it prejudice the outcome of the investigation itself. The European Commission respects the rights of defence, in particular the right of companies to be heard in antitrust proceedings.”*

**Zu Z 15 und 18 - § 11b WettbG: Zusammenfassung der Kronzeugenbestimmungen in einem eigenen Paragraphen und Einführung eines anonymen Hinweisgebersystems**

Die Zusammenfassung der Kronzeugenbestimmungen im neuen § 11b begrüßen wir im Sinne der Transparenz und Lesbarkeit des Gesetzes.

Die neue Bestimmung des § 11b Abs 6, wonach bei der BWB ein internetbasiertes Hinweisgebersystem eingerichtet werden kann, über welches Hinweise über mögliche Wettbewerbsrechtsverletzungen auch anonym gemeldet werden können, lehnen wir zwar nicht grundsätzlich ab. Dennoch scheint uns die konkrete Ausgestaltung eines solchen Systems in einer Weise, die die Verteidigungsrechte von Unternehmen nicht beeinträchtigt, durchaus anspruchsvoll. Umso wichtiger ist die von uns angeregte Ergänzung des § 13 Abs 1 betr rechtliches Gehör (vgl oben zu Z 13). Dies würde auch den Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem nun geplanten anonymen Hinweisgebersystem absichern.

**Zu Z 16 - § 11a Abs 1 Z 2 WettbG: Präzisierung des Einsichtsrechts der BWB in geschäftliche Unterlagen**

§ 11a Abs 1 Z 2 des Entwurfs sieht die Statuierung des (in den Erläuterungen erwähnten) sogenannten "Zugriffsprinzips" vor, wonach die BWB auf sämtliche digitale geschäftliche Unterlagen bzw. Daten – unabhängig davon, an welchem Ort diese gespeichert bzw. abgelegt sind – zugreifen können soll, sofern auf diese Unterlagen in den vom Hausdurchsuchungsbefehl erfassten Räumlichkeiten eingesehen werden kann.

Die Erläuterungen legen dar, dass diese Bestimmung vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung, "*digitale geschäftliche Unterlagen bzw. Daten etwa auf externen Servern oder Clouds auch im Ausland zu speichern oder abzulegen*", eine "*Klarstellung*" bringen soll.

Zur vorgeschlagenen Gesetzesänderung anerkennt die Studienvereinigung Kartellrecht zunächst das darin abgebildete legitime Interesse der BWB im Rahmen einer Hausdurchsuchung, sämtliche (elektronische) Daten einsehen und prüfen zu können, auf welche das durchsuchte Unternehmen zugreifen kann.

Im Hinblick auf im Ausland gespeicherte oder abgelegte Daten können sich jedoch im Einzelfall aufgrund des Territorialitätsprinzips Fragen der Zulässigkeit eines solchen Einsichtsrechts stellen, welche aktuell etwa auch im Zusammenhang mit Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO (konkret der Sicherstellung nach § 111 Abs 2 StPO) diskutiert werden.<sup>8</sup> Zum Einsichtsrecht der BWB auf solche Daten wird daher angeregt, diese Diskussion zu berücksichtigen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und einen größtmöglichen "Gleichklang" mit für die strafrechtliche Praxis gefundenen Lösungen zu erzielen.

Wir schlagen daher vor, in den Erläuterungen zu § 11a Abs 1 Z 2 entsprechende Ergänzungen aufzunehmen, etwa wie folgt (vor dem aktuell letzten Satz):

*"Im Hinblick auf im Ausland gespeicherte oder abgelegte Daten können sich jedoch im Einzelfall Fragen der Zulässigkeit eines solchen Einsichtsrechts stellen, welche aktuell etwa auch im Zusammenhang mit Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO (konkret der Sicherstellung nach § 111 Abs*

<sup>8</sup> Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 111, Rn 14/3 (Stand: 1.11.2015, rdb.at): "*Wenn die gesuchten externen Daten auf Servern abgelegt werden, die sich im Ausland befinden, ist ein Zugriff österreichischer Behörden, auch wenn er von Österreich aus erfolgt, ein Eingriff in fremde Souveränitätsrechte und wäre als solcher grundsätzlich an Rechtshilfe durch den betreffenden ausländischen Staat gebunden.*"

2 StPO) diskutiert werden."

**Zu Z 19 - § 13 Abs 2 WettbG: Mitteilungspflicht der BWB nicht mehr nur „auf Verlangen“, wenn nach Ermittlungen kein Anlass zur Antragstellung besteht**

Wir begrüßen diese Ergänzung der Mitteilungspflicht der BWB im Sinne einer transparenten Verwaltungspraxis gegenüber den untersuchten Unternehmen.

**Zu Z 20 - § 13a WettbG: Offenlegung von Beweismitteln der Bundeswettbewerbsbehörde in Schadenersatzverfahren**

§ 13a WettbG des Entwurfs steht in untrennbarem Zusammenhang zu § 37j KartG des aktuellen Entwurfs der Kartellgesetznovelle. Die beiden Bestimmungen setzen zusammen die Regelungen der Richtlinie um und sollten aufeinander abgestimmt werden.

Daraus ergibt sich, dass die Begriffsbildung einheitlich sein sollte. Der Begriff der „Kronzeugenunternehmenserklärungen“ in § 13a Abs 1 WettbG des Entwurfs sollte daher durch „Kronzeugenerklärung“ ersetzt werden. Dass die Begriffe den Definitionen in § 37a KartG des betreffenden Entwurfs entsprechen, ergibt sich zwar aufgrund einer systematischen Interpretation, sollte aber auch wohl zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden.

In § 13a Abs 1 sollte darüber hinaus aufgenommen werden, dass ebenso wie in § 37k Abs 4 KartG Informationen, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, Gegenstand der Offenlegung sein können.

§ 13a Abs 1 des Entwurfs sollte daher folgende Fassung haben:

*„Die Bundeswettbewerbsbehörde legt zu keinem Zeitpunkt ~~Kronzeugenunternehmenserklärungen~~ Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen offen. Diese Ausnahme umfasst nicht Informationen, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen.“*

**Zu Z 21 – § 13b WettbG: Kooperation der Bundeswettbewerbsbehörde in Schadenersatzverfahren**

§ 13b WettbG idF des Entwurfs sieht in Umsetzung von Art 17 Abs 3 der EU-Schadenersatzrichtlinie – und ergänzend zum geplanten § 37l KartG – vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde auf Antrag eines nationalen Gerichts diesem bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes behilflich sein kann, wenn die Bundeswettbewerbsbehörde dies für angebracht hält.

Es stellt sich die Frage, ob zur Umsetzung von Art 17 Abs 3 der Richtlinie ergänzend zu § 37l KartG eine gesonderte Bestimmung im WettbG für die Mitwirkung der BWB überhaupt erforderlich ist, insbesondere wenn diese inhaltlich keine Präzisierung bringt. Bejaht man die Erforderlichkeit von § 13b WettbG, so stellt sich wiederum die Frage, warum nicht bzw. ob nicht gleichlautende Regelungen auch für das Kartellgericht und den Bundeskartellanwalt im V. Hauptstück des KartG geschaffen werden sollten.

In diesem Zusammenhang fallen auch die sprachlichen Unterschiede zwischen § 37l KartG und § 13b WettbG auf. So sieht § 13b WettbG, dem Wortlaut der Richtlinienbestimmung folgend, Unterstützung „auf Antrag“ des Gerichts vor, während § 37l KartG von einem „Ersuchen“ spricht.



Wir gehen davon aus, dass diese Differenzierung zwischen „Antrag“ und „Ersuchen“ vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist, und regen daher eine Begriffsvereinheitlichung an. Unseres Erachtens eignet sich der Begriff „Antrag“ besser, der auch in der Richtlinie verwendet wird und ein höheres Maß an Förmlichkeit widerspiegelt.

In diesem Sinne sollte im Übrigen angedacht werden, ein förmliches Verfahren für die Antragstellung zu schaffen. Der Adressat des Antrags sollte verpflichtet sein, dem Gericht innerhalb angemessener Frist zu antworten. Auch wenn es sich laut Erläuterungen um eine „Ermessensentscheidung“ handelt, sollte eine allfällige Ablehnung der Unterstützungsleistung von der Behörde zu begründen sein.

Nach den Erläuterungen zu § 371 KartG soll ein „Ersuchen“ durch das Gericht nur nach den Regeln der ZPO unter Wahrung der Parteienrechte möglich sein. § 13b WettbG konkretisiert dies nicht. Es bleibt somit weiterhin unklar, in welcher Form die Unterstützungsleistung erfolgt, welche „Regeln der ZPO“ zur Anwendung kommen und welche Position im Verfahren die unterstützende Behörde einnimmt. Ist sie als Sachverständiger tätig oder etwa ähnlich einem „amicus curiae“ zu behandeln? Oder soll die Behörde lediglich eine Stellungnahme abgeben, wie in Deutschland vorgesehen. Dort wird Art 17 Abs 3 der Richtlinie durch einen neuen § 90 GWB Abs 5 umgesetzt, der vorsieht, dass das Bundeskartellamt auf Antrag eines Gerichts eine Stellungnahme zur Höhe des Schadens abgeben kann (wobei aber § 90 Abs 2 GWB schon bislang eine weitergehende Mitwirkung des Bundeskartellamts in Zivilverfahren ermöglicht).

Unklar ist, zu welchem Zeitpunkt die Unterstützungsleistung erfolgen soll. Ist an eine Einbeziehung der Behörde in das Verfahren „von Anfang an“ gedacht, oder soll sie erst mitwirken, sobald sich das Gericht eine erste Meinung zur Schadenshöhe gebildet hat?

Außerdem stellt sich die Frage, welchen Beitrag die Behörden überhaupt zur Schadensermittlung leisten können, zumal sie sich in Kartellverfahren nicht mit der (exakten) Schadenshöhe befassen. Es ist zwar durchaus denkbar, dass sich im Rahmen des Kartellverfahrens Anhaltspunkte für die Höhe des Schadens ergeben. In der Praxis wird es sich dabei aber um Dokumente handeln, die ohnehin der Offenlegung nach § 37k KartG unterliegen. Es sollte aber sichergestellt werden, dass die Unterstützungsleistung nicht letztlich zu einer Umgehung des Verbots der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen führt, indem die Behörde dem Gericht das aus diesen Dokumenten erlangte Wissen preisgibt.

Fraglich ist auch, ob die Beiziehung einer Behörde auch von einer der Parteien beantragt werden kann, oder ob die Entscheidung über die Antragsstellung an die Behörde allein im Ermessen des Gerichts liegt.

Eine Klarstellung zu all diesen Punkten ist jedenfalls erforderlich, um den Schutz der Parteienrechte zu gewährleisten.

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.

### Vorschläge für eine Anpassung von § 12 Abs 5 WettbG (betr Hausdurchsuchungen der BWB)

Die Studienvereinigung Kartellrecht bedauert, dass § 12 Abs 5 WettbG betreffen die Behandlung gewisser Unterlagen bei Hausdurchsuchungen der BWB nach dem aktuellen Entwurf unverändert bleiben soll. Wir dürfen unsere Anregungen dazu, die wir schon bisher immer wieder (auch im erwähnten Diskussionsprozess zur Kartellrechtsreform) vorgetragen haben, wie folgt darlegen:

#### 1. Widerspruchsrecht für vom "Anwaltsprivileg" geschützte Unterlagen

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. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht sollte daher die Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz im Sinne des "Anwaltsprivilegs" (*Legal Professional Privilege*) gerade im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen ausdrücklich gesetzlich gewährleistet sein.

Dies gilt umso mehr im Hinblick auf die mit 01.11.2016 in Kraft tretende Novellierung der Strafprozessordnung (StPO) durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016<sup>9</sup> (*StPRÄG 2016*),<sup>10</sup> 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*)<sup>11</sup> in nationales Recht um und erweitert das Umgehungsverbot 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*". Bislang argumentierte die BWB, dass § 157 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 Rechtsprechung des EGMR<sup>12</sup> nicht zu überzeugen und verliert nun – wie soeben dargelegt – mit Umsetzung der RL-Rechtsbeistand durch das StPRÄG 2016 jegliche Grundlage.

Es wird daher – analog zu der von der Studienvereinigung Kartellrecht im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 05.10.2016 zur Kartellgesetz-Novelle 2016 angeregten Ergänzung von § 37j Abs 7 KartG – vorgeschlagen, den Verweis des § 12 Abs 5 WettbG auf § 157 Abs 1 StPO ausdrücklich auf § 157 Abs 2 StPO auszudehnen.

Diese Klarstellung erscheint nicht zuletzt deshalb dringend geboten, weil auch die der Kartellgesetz-Novelle 2016 zu Grunde liegende Richtlinie zum Kartellschadenersatz explizit vorsieht, 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.<sup>13</sup> Diese Wertung ist aus den

<sup>9</sup>RV vom 15.03.2016, 1058 BlgNR 25.

<sup>10</sup>BGBI. I Nr. 26/2016.

<sup>11</sup>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.

<sup>12</sup>EGMR 02.04.2015, *Vinci Construction and GMT génie civil and services gegen Frankreich*, 63629/10 und 60567/10; vgl. auch *Feldner/Thalhammer*, Die Hausdurchsuchung im Kartellrecht (2016) Rz 153.

<sup>13</sup> Richtlinie 2014/104/EU, Art 5 Abs 6.

oben genannten Gründen auch im Zusammenhang mit Hausdurchsuchungen vollumfänglich zu berücksichtigen.

## 2. Widerspruchsrecht für nicht vom Hausdurchsuchungsbefehl umfasste Unterlagen

Die Studienvereinigung empfiehlt darüber hinaus, ein Widerspruchsrecht bei der Durchsichtung von (physischen und elektronischen) Unterlagen durch die BWB gemäß § 12 Abs 5 WettbG auch für den Fall der Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls durch die BWB vorzusehen. Dieses Widerspruchsrecht soll jene Unterlagen erfassen, die nach Ansicht des durchsuchten Unternehmens nicht vom Gegenstand des Hausdurchsuchungsbefehls umfasst sind.

Eine effiziente Handhabung eines gemäß unserem Vorschlag maßvoll erweiterten (und sachlich zur Wahrung der Verteidigungsrechte gebotenen) Widerspruchsrechts ist gesichert, nicht zuletzt durch die seit dem Inkrafttreten des KaWeRÄG 2012 (am 1.3.2013) bestehende Vorschrift, dass das betroffene Unternehmen das Widerspruchsrecht nach § 12 Abs 5 WettbG nur für „bestimmte, einzelne bezeichnete Unterlagen“ ausüben kann. – Es besteht also durch die von uns angeregte Erweiterung kein Risiko der fehlenden Praktikabilität des Widerspruchsrechts (wie bei der bis Anfang 2013 geltenden Regelung, welche schließlich zur Einschränkung des zuvor bestehenden umfassenden Widerspruchsrechts im KaWeRÄG 2012 führte<sup>14</sup>). Das Verfahren gemäß § 12 Abs 6 WettbG zur Bezeichnung der einzelnen Unterlagen im direkten Dialog zwischen dem betroffenen Unternehmen und der BWB im Gefolge der Hausdurchsuchung (noch vor Befassung des Kartellgerichts) wird dann nämlich auch auf dieses ergänzte Widerspruchsrecht anwendbar sein.

## 3. Formulierungsvorschlag für § 12 Abs 5 WettbG

§ 12 Abs 5 WettbG sollte daher – mit den beiden hier vorgeschlagenen Änderungen – wie folgt lauten:

*§ 12 (5) 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*

1. *unter Berufung auf eine ~~ihm~~ ihm betreffende 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 oder*
2. *weil die Unterlagen nach Ansicht des Betroffenen nicht vom Gegenstand des Hausdurchsuchungsbefehls umfasst sind,*

*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.*

<sup>14</sup> Vgl die damaligen ErlRV 1804 Blg XXIV. GP: „Ein derartiges unbegrenztes Widerspruchsrecht ist nicht praktikabel, ...“

#### 4. Rechtsschutz und Widerspruchsrecht bei Überschreitung des Gegenstands des Hausdurchsuchungsbefehls

Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen unterliegen als Eingriff in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte (zB Art 8 EMRK, Art 5 und 9 StGG) besonderen Anforderungen hinsichtlich der Verfügbarkeit effektiven Rechtsschutzes. Der derzeit bestehende Rechtsschutz bei der Durchführung kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen ist nach Auffassung der Studienvereinigung unzureichend.

Nach der Rechtsprechung des VfGH<sup>15</sup> und des VwGH<sup>16</sup> sind Maßnahmenbeschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG gegen Rechtsverletzungen der BWB im Rahmen von kartellrechtlichen Hausdurchsuchungen nur bei "exzessiven" Verstößen zulässig. Bei Rechtsverletzungen unter dieser Exzess-Schwelle besteht hingegen kein Rechtsschutz, weil ein solches Handeln der BWB funktionell der Gerichtsbarkeit zuzurechnen sei und im Gerichtsweg durch Rekurs gegen kartellgerichtliche Anordnungen von Hausdurchsuchungen nur die Rechtmäßigkeit der Anordnung, nicht aber das tatsächliche Vorgehen der BWB bei der Durchführung der Hausdurchsuchung gerügt werden könne.<sup>17</sup>

Bei unterhalb der Exzess-Schwelle liegenden Rechtsverletzungen der BWB bei Hausdurchsuchungen besteht somit eine eklatante Rechtsschutzlücke zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Solche "einfachen" Rechtsverletzungen sind nach derzeitiger Gesetzeslage nicht bekämpfbar. Diese Lücke ist in der Praxis von hoher Relevanz.<sup>18</sup> Der unzureichende Rechtsschutz gegen Ermittlungshandlungen der BWB ist nach jüngster Rechtsprechung des EGMR zu Fällen außerhalb Österreichs auch nicht mit Art 8 EMRK vereinbar.<sup>19</sup>

Die Studienvereinigung regt aus diesen Gründen die Einführung einer dem § 106 StPO nachgebildeten gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit gegen (auch einfache) Rechtsverletzungen der BWB bei Ermittlungshandlungen im Rahmen von Hausdurchsuchungen an. Die Nachbildung dieses Rechtsschutzes könnte im WettbG erfolgen und einen Einspruch an das Kartellgericht für Personen vorsehen, die durch die BWB während einer Hausdurchsuchung in ihren subjektiven Rechten verletzt werden.

#### **Artikel 2: Änderung des Bundesgesetzes zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen**

Wir haben zwar keinen Einwand gegen die im Entwurf vorgesehene Ergänzung in § 1 Abs 2 NahVersG. Gleichzeitig sind wir der Meinung, dass eine umfassendere Novelle des NahVersG mit Klarstellungen erforderlich wäre, um bestehende Parallelitäten und Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Anwendung dieses Gesetzes (etwa in der Abgrenzung zu Verbotstatbeständen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb / UWG) zu eliminieren. Zumindest seit der sehr weiten Definition des Anwendungsbereichs des NahVersG in der OGH-Entscheidung 16 Ok 3/08 ist die Notwendigkeit bzw Reichweite des NahVersG aus rechtspolitischer Sicht umstritten.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> VfGH 1.12.2012, B 619/12 ua.

<sup>16</sup> VwGH 12.9.2013, 2013/04/0049 ua.

<sup>17</sup> OGH 6.3.2014, 16 Ok 2/14.

<sup>18</sup> Beispielsweise sind nach der Rechtsprechung die inhaltlich uneingeschränkte Kopie von gesamten Netzwerkverzeichnissen und Postfächern (Outlook) des IT-Systems eines betroffenen Unternehmens, die verspätete Zustellung von Hausdurchsuchungsbefehlen, unterbliebene Zeugenbelehrungen oder eine überlange Dauer der Hausdurchsuchung keine Exzesse, sondern "einfache" Rechtsverletzungen und als solche nicht bekämpfbar.

<sup>19</sup> EGMR 2.4.2015, RS 63629/10 und 60567/10 – *Vinci Construction u.a./Frankreich*.

<sup>20</sup> Siehe dazu etwa *Palmstorfer*, Totgesagte leben länger: Bayerisches Sägerundholz und die österreichische Nahversorgung, wbl 2009, 16; *Reidlinger/Nageler*, Gleichbehandlungszwang für Alle? Weg mit dem Nahversorgungsgesetz!, ÖZK 2009, 47.



Das NahVersG hat sich in den fast 40 Jahren seines Bestehens von seinem historischen Gesetzeszweck immer weiter entfernt. Nach der jüngsten Rechtsprechung wird im NahVersG quasi ein „zusätzliches Missbrauchsverbot für alle Unternehmer“ (auch ohne marktbeherrschende Stellung) normiert – insb wenn man bedenkt, dass die Verbotstatbestände teilweise die gleichen sind wie jene im Kartellrecht (zB Diskriminierungsverbot, Verbot der Lieferverweigerung). Daher ist aus der Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht die Frage des Fortbestands bzw einer grundsätzlichen Novellierung des NahVersG bei nächster Gelegenheit durch den Gesetzgeber sorgfältig zu evaluieren.

\*\*\*\*\*

Wir hoffen, mit unseren Anmerkungen und Änderungsvorschlägen einen sinnvollen Beitrag zur weiteren Vorbereitung der Wettbewerbs- und Nahversorgungsgesetz-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](mailto:reidlinger@rs-ra.eu)

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de)