



GZ: BWB/L-653
Bearbeiter: Harsdorf, Matousek

Wien, am 2.11.2016

BMWFW-56.141/0002-C1/4/2016

Betreff:

Bundesgesetz, mit dem das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden (Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2016)

An: post.c14@bmwfw.gv.at

Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Die Bundeswettbewerbsbehörde dankt für die Übermittlung des og Gesetzesentwurfes sowie die Möglichkeit, sich zu diesem zu äußern und nimmt dazu Stellung wie folgt.

ad Art 1 Z 10 (§ 10 Abs 1):

§10 Abs 1 betrifft die Übermittlung von Informationen/Beweismitteln der BWB an andere Stellen, wie etwa die Strafverfolgungsbehörden. Der umgekehrte Fall, dass andere Behörden der BWB Daten übermitteln können, ist in dieser Bestimmung nicht geregelt.

Um klarzustellen, dass der BWB auch Beweismittel von anderen Behörden — wie etwa der Finanzpolizei — übermittelt werden können, sollte § 14 (3) WettbG um Verwaltungsbehörden ergänzt werden.

ad Art 1 Z 11 (§ 10 Abs 5 WettbG)

Einleitend darf bemerkt werden, dass die vorliegende Bestimmung des Entwurfes im WettbG unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Detail fehl am Platze ist und gegebenenfalls im § 9 KartG Aufnahme finden sollte.

Unter dieser Voraussetzung wird der Ansatz, auch Vorgänge der Zusammenschlusskontrolle unterwerfen zu wollen, bei denen das übernommene Unternehmen insbes wegen der (scheinbaren oder zumindest monetären) Unentgeltlichkeit der Dienstleistung für den Konsumenten nicht die zur Auslösung der Anmeldepflicht in Österreich notwendigen Umsätze erzielt, trotzdem aber eine bedeutende Stellung auf dem relevanten Markt aufweist, ausdrücklich begrüßt.



Mit der - offenbar am deutschen Entwurf zu einer entsprechenden Änderung des GWB orientierten - Anknüpfung an die Gegenleistung für den Zusammenschluss bewegt sich der Entwurf hier auf gesicherten Pfaden, wobei noch zu diskutieren wäre, den „Gegenwert“ im Gesetz selbst zu definieren.

Leider aber bleibt ein wesentlicher Aspekt des deutschen Entwurfes im vorliegenden österreichischen ohne nähere Begründung auf der Strecke:

Im Entwurf zum neuen § 35 Abs 1a Z 2 GWB wird die Erreichung eines Inlandsumsatzes von mehr als 25 Mio EU durch mindestens ein beteiligtes Unternehmen verlangt. Das ist sinnvoll, um ein Ausufern der Anmeldepflicht auf Vorgänge ohne hinreichende strukturelle Verankerung im Inland hintanzuhalten. Ein solches Kriterium fehlt im ggstdl. Entwurf zur Änderung des WettbG bedauerlicherweise.

Nach Einschätzung der BWB wird die Entwurfsbestimmung in der derzeitigen Form deshalb zu einer deutlichen Erhöhung der Zahl der anzumeldenden Vorgänge führen, ohne dass dem ein merklicher Nutzen gegenübersteht, weswegen nachdrücklich angeregt wird, nach deutschem Vorbild eine Inlandsumsatzschwelle einzuziehen (bzw zu belassen).

Im Ergebnis könnte ein neuer § 9 Abs (1a) Kart G lauten wie folgt:

(1a) Zusammenschlüsse bedürfen auch dann der Anmeldung bei der Bundeswettbewerbsbehörde, wenn die beteiligten Unternehmen zwar die in Abs (1) Z 1 und Z 2, nicht aber die in Abs (1) Z 3 genannten Umsatzerlöse erzielen, sofern

- a) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 350 Millionen Euro beträgt und
- b) davon aufgrund der Marktpräsenz mindestens 5 Mio. Euro auf das Inland entfallen.

Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass die angestrebten wettbewerbspolitischen Ziele erreicht würden, ohne die österreichische Zusammenschlusskontrolle auf zahllose Fälle ohne hinreichenden strukturellen Bezug zu Österreich auszudehnen.

ad Art 1 Z 12 (§ 10 a Abs 1)

Die Anmeldegebühren wurden mit Wirkung vom 1.1.2006 eingeführt und seitdem nicht angepasst. Vor diesem Hintergrund wird die im Entwurf vorgeschlagene fühlbare Erhöhung nachdrücklich begrüßt. Nicht nur steigt die Anzahl der zu prüfenden Zusammenschlüsse laufend (heuer werden zB ca 400 Anmeldungen erwartet), sondern auch die Komplexität der angemeldeten Vorgänge nimmt zu, sodass die vorgesehene Gebührenerhöhung nicht nur gerechtfertigt ist, sondern durchaus und legitimerweise hätte höher ausfallen können.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Gebühren in Österreich im Vergleich sehr niedrig sind:



Land	Gebühr
Australien	ca. 17.000 Euro
Bosnien und Herzegowina	ca. 1.000 € - max. ca. 15.000 €
Bulgarien	ca. 1.000 € - max. 30.000 €
Dänemark	ca. 6.700 € - max. 200.000 €
Deutschland	3.000 € - 15.000 € - max 100.000 €
Estland	1.917 €
Indien	ca. 20.000 €
Irland	8.000 €
Island	1.900 €
Kroatien	ca. 1335 € - max. 20.000 €
Niederlande	15.000 € - 30.000 €
Portugal	7.500 € - 25.000 €
Rumänien	ca. 1.071 € + 10.000 € - 25.000 €
Schweiz	ca. 4572 € - Phase 2 90-365 € pro Stunde
Serbien	25.000 €
Slowakei	5.000 €
Slowenien	2.000 €
Spanien	ca. 5.500 € - ca. 100.000 €
Südafrika	ca. 6200 € - max. ca. 21800 €
Tschechien	ca. 3700 €
Ungarn	13.000 € - max ca. 39.000 €
Vereinigten Staaten	ca. 40.000 € - max. 250.000 €
Vereinigtes Königreich	ca. 47.000 € - 187.000 €
Zypern	1.000 € - max. 6.000 €

Quelle: Merger Control Handbuch 2015



Was das Thema abschließend auch nicht aus den Augen verloren werden sollte ist, dass die Anmeldegebühren bei einem Erwerbsvorgang einer der am wenigsten ins Gewicht fallenden Kostenfaktoren ist.

ad Art 1 Z 16 und 17 (§ 11 a Abs 1 Z 2 und Abs 2 2. Satz)

Festzuhalten ist, dass der gesetzlichen Verankerung des Zugriffsprinzips eine höchstgerichtliche Rechtsprechung durch den VwGH zu Grunde liegt. Der VwGH hat in seiner Entscheidung vom 22.4.2015, Ra 2014/04/0046 festgehalten, dass die BWB auch elektronisch gespeicherte Unterlagen iSv § 12 Abs 4 vorletzter Satz iVm § 11a Abs 1 Z 2 WettbG („geschäftliche Unterlagen“) einsehen darf. Entscheidend ist es, dass diese Unterlagen in dem vom Hausdurchsuchungsbefehl erfassten Räumlichkeiten eingesehen werden können. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob derartige elektronische Unterlagen auf der Festplatte eines in den erfassten Räumlichkeiten befindlichen Endgerätes oder auf externen Speicherplätzen gespeichert sind. Die Gesetzesnovelle im Hinblick auf die ausdrückliche Verankerung des Zugriffsprinzips stellt somit lediglich eine gesetzliche Klarstellung eines bereits (höchstgerichtlich abgesicherten) zulässigen Verhaltens der BWB dar und wird sohin ausdrücklich begrüßt.

Dazu im Detail: Heute erfolgen über 80% der Kommunikation eines Unternehmens in digitaler Form.¹ Diese digitale Kommunikation wird in den allermeisten Fällen gar nicht mehr physisch abgelegt (iSv ausgedruckt). Das bedeutet, dass auch die für die BWB relevanten Beweismittel meistens nur noch ausschließlich digital vorliegen. Diese digitalen Beweismittel sind nicht mehr mit den früher vorliegenden physischen Beweismitteln, die ganz klassisch in einem Aktenschrank oder Ordner abgelegt waren, zu vergleichen. Die digitalen Daten (E-Mails, Dokumente etc) sind in den meisten Fällen nicht mehr nur auf einem einzelnen Computer oder Datenträger abgelegt, sondern auf verschiedene Speicherorte aufgeteilt: So liegen bestimmte Daten auf einem Server in den Räumlichkeiten des Unternehmens, andere Daten auf einem Server außerhalb des Unternehmens, häufig sind sogar verschiedene Dateitypen auf unterschiedliche Speicherorte aufgeteilt (E-Mails, Dokumente, Bilder etc). Hat das Unternehmen ein externes Unternehmen beauftragt, seine Daten in einer „Cloud“ zu sichern, weiß das Unternehmen regelmäßig nicht, wo und in welchem Land diese Daten gespeichert werden. Es gibt im Übrigen Aufsätze, in welchen die Meinung vertreten wird, dass Cloud-Lösungen Kartelle vereinfachen.²

Würde nicht auf die Möglichkeit Daten einzusehen abgestellt (Zugriffsprinzip), wäre die BWB bei Hausdurchsuchungen nicht mehr handlungsfähig und könnte auf einen Großteil der für eine Ermittlung relevanten Beweismittel nicht mehr zugreifen.

Wenn die BWB nur auf den Computer vor Ort und die direkt darauf gespeicherten Daten zugreifen dürfte, würde sich für die BWB sehr häufig die Situation ergeben, dass keine verwertbaren Daten am Computer zu finden wären, sondern nur leere Pfade, die auf externe Speicherorte verweisen (vergleichbar mit den verlassenen Räumlichkeiten, in denen einmal ein Aktenschrank gestanden ist).

¹ vgl zB *Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.*, BVDW Befragung – Nutzung und Trends in der E-Mail-Kommunikation deutscher Unternehmen, Jänner 2015.

² *Aitor Ortiz*, „Clouds behind the Clouds“, *World Competition* 36, no. 1 (2013) 61-84.



Der Anbieter der Cloud-Lösung stellt dem Unternehmen meist nur eine Software zur Verfügung; wo die Daten tatsächlich abgespeichert werden, ist für das Unternehmen selbst regelmäßig nicht ersichtlich. Müsste die BWB sich nun etwa um ein Amtshilfeersuchen bemühen (so dies beim betroffenen Land überhaupt möglich ist!), würde dies Tage bis Wochen in Anspruch nehmen. In all dieser Zeit wäre dem Unternehmen — das bereits weiß, dass eine Hausdurchsuchung stattfindet — Tür und Tor geöffnet, belastende Daten einfach zu löschen und verschwinden zu lassen bzw die Unternehmen lagern all ihre Daten bewusst in Cloud-Lösungen ab, die die Daten in Ländern speichern, die für die BWB durch keinerlei rechtliche Abkommen erreichbar sind.

Anzufügen ist, dass diese Vorgehensweise nicht nur für kartellrechtliche Ermittlungen von großer Bedeutung ist, sondern auch für strafrechtliche. Die Strafbehörden sehen sich denselben Problemen gegenübergestellt und laufen ebenfalls Gefahr, dass ihre Daten bei einer Verzögerung der Hausdurchsuchung durch Löschung unwiderruflich verloren gingen. Das oben zitierte Urteil des Verwaltungsgerichtshofs hat über den Kartellrechtsvollzug hinaus Bedeutung in Österreich.

Das Zugriffsprinzip, das die Ermittlungsarbeit der BWB im digitalen Zeitalter überhaupt erst ermöglicht, ist im Übrigen auch verhältnismäßig. Die BWB sieht die elektronischen Daten vor Ort ein und sichert sie auch vor Ort. Dies stellt keine geheime oder verdeckte Maßnahme dar, sondern der Unternehmensvertreter/der Mitarbeiter hat das Recht, bei dieser Handlung anwesend zu sein und sieht insofern, auf welche Daten die BWB zugreift. Es entspricht auch der Vorgehensweise der BWB, dem Unternehmen auf Wunsch eine gesonderte Kopie jener Daten anzufertigen, welche die BWB gesichert hat und nach Abschluss der Hausdurchsuchung in die Behörde verbringt. Weiters erfolgt in einem weiteren Schritt die Sichtung und Filterung auf die für die Zwecke der Hausdurchsuchung relevanten Daten.

Abschließend sei noch angeführt, dass durch die Verankerung des Zugriffsprinzips keine Rechte oder Pflichten für den betroffenen Server-provider im Ausland entstehen.

Das Zugriffsprinzip wird von der Europäischen Kommission vertreten und angewendet, sowie von den anderen europäischen Wettbewerbsbehörden.³

ad Art 1 Z 18 (§ 11b Abs 6):

Dem Vorbild anderer nationaler (WkSta, E-Control, FMA) und europäischer Behörden (deutsches Bundeskartellamt, Europäische Kommission) wird begrüßt, dass nunmehr auch bei der Bundeswettbewerbsbehörde die Möglichkeit der Einrichtung eines anonymen Hinweisgebersystems geschaffen wird. Der gesetzliche Wortlaut entspricht dem bereits existierenden Hinweisgeberysteme anderer Behörden, vgl idZ beispielhalber § 2a Abs 6 StAG „(6) Bei der WKStA besteht ein internetbasiertes Hinweisgebersystem, über welches Hinweise insbesondere wegen der in § 20a Abs. 1 StPO genannten Vergehen oder Verbrechen auch anonym gemeldet werden können. § 80 StPO bleibt unberührt.“

³ Vgl. dazu ECN RECOMMENDATION ON THE POWER TO COLLECT DIGITAL EVIDENCE, INCLUDING BY FORENSIC MEANS: “To have effective powers to gather digital evidence, it is important that the Authorities can in the exercise of their inspection powers gather digital information which is accessible to the undertaking or person whose premises are being inspected irrespective of where it is stored, including on servers or other storage media located outside the territory of the respective national competition authority or outside the European Union”; http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf



Hinweisgebersysteme unterliegen der allgemeinen Meldepflicht nach §§ 17 ff DSG 2000 an die Datenschutzbehörde. Hinweisgebersysteme sind weiters vorabkontrollpflichtig; d.h., dass sie erst nach Prüfung und Registrierung durch die Datenschutzbehörde in Betrieb genommen werden können. Eine ordnungsgemäße Meldung wird durch die Bundeswettbewerbsbehörde zeitgerecht erfolgen.

ad Art 1 Z 19 (§ 13 Abs 2 WettbG)

Die Bundeswettbewerbsbehörde hat keinen grundsätzlichen Einwand gegen die zukünftige Verpflichtung, dem Antragsgegner mitzuteilen, dass zum gegebenen Zeitpunkt unter Berücksichtigung der bekannten Sachlage kein Antrag auf Geldbuße beim Kartellgericht gestellt wird.

Aus Gründen der Verwaltungsökonomie aber - bei extensiver Auslegung kann die neue Bestimmung ja so verstanden werden, dass die Verpflichtung für alle Fälle gilt, die die Behörde je aufgegriffen hat - und im Einklang mit den EB („in Zukunft verpflichtet, ... „) regt die BWB nachdrücklich eine Übergangsbestimmung folgenden Wortlauts an:

„ § 13 Abs 2 in der Fassung dieses Bundesgesetzes gilt für alle Verfahren, die nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingeleitet (§ 13a Abs (2) letzter Satz) wurden.“

Dr. Peter Matousek
Geschäftsstellenleiter