

An das  
Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft  
Stubenring 1  
1011 Wien

Per email: post.c14@bmwfw.gv.at  
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, am 2. November 2016  
M. Ritschl

## IV Stellungnahme zum Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2016

Geschäftszahl (GZ): BMWFW-56.141/0002-C1/4/2016

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Industriellenvereinigung (IV) bedankt sich für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum vorliegenden Entwurf des Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2016 und darf wie folgt ausführen:

### A. Zu § 10 Abs 5:

Durch diese Erweiterung der Anmeldepflicht bei Zusammenschlüssen soll die Monopolbildung im sensiblen digitalen Wirtschaftsbereich vermieden werden. Als Grund für die fehlende Abbildung der digitalen Realität in der derzeitigen Fusionskontrolle wird der reine Bezug auf Umsatzschwellen genannt. Der Wert digitaler Unternehmen liege jedoch weniger im Umsatz als viel mehr in den Daten.

Diese Überlegung hat durchaus ihre Berechtigung, allerdings **bedarf es hier aus Sicht der IV einer europäischen Lösung**. Dass das Thema bereits auf EU-Ebene angekommen ist, zeigt die „*öffentliche Konsultation zu bestimmten verfahrensrechtlichen und juristischen Aspekten der EU-Fusionskontrolle*“, die noch bis zum 13. Jänner 2017 läuft. Hier wird unter anderem konkret auf die Frage nach der Ergänzung der bestehenden Anmeldeschwellen durch alternative Kriterien eingegangen. Erst nach einer europäischen Diskussion sollte überlegt werden, ob die Notwendigkeit einer zusätzlichen österreichischen Regelung besteht bzw. wie eine solche ausgestaltet sein sollte.

Unabhängig davon, dass die europäische Diskussion abgewartet werden sollte, sei hier noch bzgl. des gegenständlichen Entwurfs des § 10 Abs 5 folgendes anzumerken:

Eine solche Regelung wäre an der Stelle des § 10 Abs 5 WettG systematisch fremd und **müsste daher bei § 9 KartG („Anmeldebedürftige Zusammenschlüsse“) angesiedelt werden**. Die Ausnahmeregelung des § 9 Abs 2 KartG müsste natürlich auch entsprechend für diese Fälle gelten.

Des Weiteren sind einige Begriffe unklar. Der Ausdruck „*geldwerte Gegenleistung*“ in den Erläuterungen zu lit b) lässt große Interpretationsspielräume zu und erscheint daher zu weit. Die Erläuterungen sprechen bezüglich der Gegenleistung vom „*Kaufpreis*“ und der „*Übernahme von Verbindlichkeiten*“. Hier sollte im Gesetz klar zum Ausdruck kommen, dass neben dem konkreten Kaufpreis nur die Finanzverbindlichkeiten gemeint sind und es sollte davon abgegangen werden, in diesem Zusammenhang von einem „*Transaktionswert*“ oder „*allen geldwerten Leistungen im Zusammenhang mit einer Transaktion*“ zu sprechen. Gerade letzteres macht es fast unmöglich, die Beträge wirklich festzustellen, denn oft werden die Leitungsbeziehungen mit Konzernunternehmen erst im Zuge des Verkaufs spezifiziert und sind oft volumens- oder marktabhängig und somit nicht zuverlässig zu kalkulieren.

Ebenso wäre die Regelung in lit c) näher zu definieren. Durch die Referenz auf die „*Marktpräsenz*“ und durch die erforderliche Zuweisung der Gegenleistung auf das Inland ist fraglich, wie die Verteilung des Kaufpreises erfolgen soll (Kunden-Zahlen, Bewertungsgutachten, etc.).

#### **B. Zu § 10a Abs 1:**

Die Anpassung der Pauschalgebühr für Zusammenschlussanmeldungen in § 10a Abs 1 ist aufgrund der Tatsache, dass diese seit Gründung der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) nicht mehr erhöht wurde, nachvollziehbar. Allerdings erscheint eine Erhöhung um mehr als das Doppelte (3.500 € statt bisher 1.500 €) deutlich zu hoch. **Die Pauschalgebühr sollte daher unter Zuhilfenahme eines entsprechenden Index nach objektiven Maßstäben angepasst werden.**

#### **C. Zu 11a Abs 2 2. Satz:**

In den Erläuterungen zu § 11a Abs 2 2. Satz wird ausgeführt, dass zur Sicherstellung von IT-Daten auch der Einsatz forensischer Software zulässig ist. Hier ist eine transparente Vorgehensweise einerseits und eine Sicherstellung, dass die Daten des untersuchten Unternehmens weder beschädigt, gelöscht oder auf andere Weise verändert werden, von essentieller Bedeutung. Gerade im Bereich von Infrastrukturdienstleistungen sind weite Teile der Bevölkerung, der Wirtschaft, aber auch die öffentliche Verwaltung auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit dieser Systeme angewiesen.

**Es muss demnach sichergestellt sein, dass eine solche Software keinerlei Schäden verursacht und widrigenfalls entstandene Schäden durch den Bund zu ersetzen sind.** Die BWB sollte nachweisen, dass die eingesetzte Software keine schädigende Wirkung hat.

#### **D. Anwaltsprivileg**

Der Schutz der Korrespondenz mit dem Rechtsanwalt soll davor bewahren, gerade durch die Beauftragung eines Rechtsanwaltes ein Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen. Speziell in einem so komplexen Rechtsgebiet, in dem die Grenzen des rechtskonformen Verhaltens nicht immer eindeutig sind und das einen enorm hohen Strafraum vorsieht, ist es essentiell, eine vertrauensvolle Kontaktaufnahme mit einem Anwalt zu ermöglichen.



Während die Kommunikation zwischen Unternehmen und Rechtsanwälten vor der Einsichtnahme durch die Wettbewerbsbehörde aus diesem Grund auf EU-Ebene und in vielen Mitgliedsstaaten geschützt ist, wird ein solches „Anwaltsprivileg“ in Österreich nicht anerkannt. Dieser Unterschied zwischen europäischem und nationalem Verfahrensrecht ist nicht nachvollziehbar, löst in internationalen Fachdiskussionen regelmäßig Erstaunen aus und schadet dem österreichischen Wirtschaftsstandort.

Die Hinnahme dieser Diskrepanz – während in anderen Bereichen des Kartell- und Wettbewerbsrechts die Angleichung an die europäischen Standards stetig vorangetrieben wird – ist nicht gerechtfertigt. **Das Anwaltsprivileg sollte daher auch in Österreich verankert werden.**

#### **E. Rechtsschutz gegen überschießende Ermittlungshandlungen**

Der Rechtsschutz gegen überschießende Ermittlungshandlungen der BWB bei Hausdurchsuchungen ist aus Sicht der IV nicht ausreichend ausgestaltet:

Bei "exzessiven" Verstößen der BWB gegen den Hausdurchsuchungsbefehl sind Maßnahmenbeschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG zulässig. Rechtsverletzungen unter dieser Schwelle sind hingegen funktionell der Gerichtsbarkeit zuzurechnen. Im Gerichtsweg durch Rekurs gegen kartellgerichtliche Anordnungen von Hausdurchsuchungen kann allerdings nur die Rechtmäßigkeit der Anordnung, nicht aber das tatsächliche Vorgehen der BWB bei der Durchführung der Hausdurchsuchung gerügt werden. Bei solchen unterhalb der Exzessschwelle liegenden Rechtsverletzungen der BWB bei Hausdurchsuchungen ergibt sich daher eine Rechtsschutzlücke zu Lasten der betroffenen Unternehmen.

**Es wird daher eine angeregt, einen besonderen gerichtlichen Rechtsschutz gegen sämtliche (auch einfache) Rechtsverletzungen der BWB bei Ermittlungshandlungen im Rahmen von Hausdurchsuchungen einzuführen.** Als Vorbild könnte hierbei beispielsweise § 106 StPO dienen, der jeder Person, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt worden zu sein, ein Einspruchsrecht bei Gericht gewährt.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen  
INDUSTRIELLENVEREINIGUNG



Mag. Alfred Heiter  
Bereichsleitung Finanzpolitik & Recht