

STADLER VÖLKELE
RECHTSANWÄLTE · ATTORNEYS AT LAW

Dr. Arthur Stadler (Partner) · Dr. Oliver Völkel, LL.M. (Partner) · Mag. Reinhard Schweng (Partner) · MMag. Oliver Stauber (em. Partner)
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Piska (Of Counsel) · Bryan Hollmann, LL.M. (Attorney at Law, admitted in NY) · Mag. Urim Bajrami (Rechtsanwalt)
Mag. Florian Prischl (Rechtsanwalt) · Mag.^a Leyla Farahmandnia (Rechtsanwältin) · Dr. Jeannette Gorzala, BSc (Rechtsanwältin)

PER EMAIL

Bundesministerium für Justiz

BMJ- I/4 (Urheber-, Kartell- und Grundbuchsrecht)
zH SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein
Museumsstraße 7, 1070 Wien
team.z@bmi.gv.at

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort

MDW – III/5 (Wettbewerbspolitik- und Recht)
zH SC Mag. Cynthia Zimmermann
Stubenring 1, 1010 Wien
wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Präsidium des Nationalrats

Parlament
Dr.-Karl-Renner-Ring 3
1017 Wien
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 18. Mai 2021
18-SVLAW-1 | AS | FP

**Stellungnahme zum Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021
(XXVII. GP 114/ME; BMJ 2021-0.267.022; BMDW 2021-0.207.307)**

Sehr geehrter Herr Sektionschef Doktor Kathrein,
Sehr geehrte Frau Sektionschefin Magistra Zimmermann,
Sehr geehrte Herren Präsidenten und Frau Präsident,

Wir beziehen uns auf den Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – "KaWeRÄG 2021" oder der "Entwurf"; XXVII. GP 114/ME; BMJ 2021-0.267.022; BMDW 2021-0.207.307). Zu diesem Entwurf erlauben wir uns, wie folgt Stellung zu nehmen.

Die Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH berät laufend Klienten in allen Aspekten des Wirtschaftsrechtes inklusive des Wettbewerbsrechtes. Wir vertreten unsere Klienten auch in wettbewerbsrechtlichen Verfahren aller Art vor Gerichten und Behörden. Auf dieser Grundlage möchten wir die Auswirkungen des Entwurfs auf die Anwendung des österreichischen Wettbewerbes für österreichische Unternehmen und solche europäischen und internationalen Unternehmen, die den Wirtschaftsstandort Österreich nutzen, aufzeigen.

Unsere Stellungnahme ist auf jene Bestimmungen des Entwurfs des KaWeRÄG 2021 beschränkt, zu denen wir konkrete Anmerkungen haben. Gewisse Bestimmungen des Entwurfs werden daher im Folgenden übersprungen. In gewissen Fällen unterbreiten wir konkrete Vorschläge für Änderungen der Bestimmungen des Entwurfs, so dass unsere Anmerkungen direkt umgesetzt werden können.

Für Rückfragen und insbesondere weitere Diskussionen mit dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, dem Bundesministerium für Justiz, den Abgeordneten zum Nationalrat, den Mitgliedern des Bundesrates und anderen Teilhabenden am Gesetzgebungsprozess stehen wir per E-Mail an florian.prischl@svlaw.at oder telefonisch unter +43 1 997 1025 gerne zur Verfügung.

1. Begutachtungsfrist

Der Entwurf des KaWeRÄG 2021 schlägt tiefgreifende Änderungen des österreichischen Wettbewerbsrechts vor und geht über eine rein technische Umsetzung der Richtlinie 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts ("ECN+-RL") weit hinaus.

Dennoch setzen die einbringenden Bundesministerien eine Begutachtungsfrist von lediglich etwa drei Wochen. Eine diese kurze Begutachtungsfrist kompensierende, dem Gesetzgebungsprozess vorausgehende breite Diskussion des Entwurfs oder von Vorentwürfen hat nicht stattgefunden. Es steht daher zu befürchten, dass für den Gesetzgebungsprozess und die anschließende Anwendung des KaWeRÄG 2021 eine umfassende gesellschaftliche Debatte, welche die verschiedenen Aspekte des KaWeRÄG 2021 abwägt, verloren geht, wertvolle Stellungnahmen ausbleiben und so ein unausgegorenes Gesetz in Kraft gesetzt wird.¹

Diese kurze Frist ist auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass Österreich zur Umsetzung der ECN+-RL nach deren Art 34 Abs 1 bis 04.02.2021 verpflichtet gewesen wäre. Diese Umsetzung würde selbst mit der aktuellen Begutachtungsfrist verspätet erfolgen, so dass eine geringfügig längere Begutachtungsfrist nicht ins Gewicht fallen würde.

Wir schlagen daher vor, die Begutachtungsfrist des Entwurfs um mindestens vier Wochen zu verlängern, in eventuelle einen (gegebenenfalls bereits überarbeiteten) Entwurf unter Setzung einer mindestens sechswöchigen Begutachtungsfrist² erneut einzubringen.

2. Artikel 1 KaWeRÄG 2021 (Änderungen des Kartellgesetzes ("KartG"))

2.1 Art 1 Z 7 KaWeRÄG 2021 (§ 2 Abs 1 KartG)

Wir begrüßen die Intention der Definition einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher auch durch Effizienzgewinne zugunsten einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft. Die Erklärung des Begriffes ökologischer Nachhaltigkeit in den erläuternden Bemerkungen ("EB") ist gelungen. Eine ausreichende Erklärung des Begriffes der klimaneutralen Wirtschaft fehlt jedoch. Wir empfehlen zumindest, in den EB klarzustellen, dass dieses Kriterium streng auszulegen ist. Greenwashing sollte nicht anerkannt werden, und Klimaneutralität sollte beispielsweise nicht nur durch beliebige Treibhausgas-Kompensation erfolgen können.

Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, ob eine (wenn auch potentiell gerechtfertigte) Wettbewerbsbeschränkung die Nachhaltigkeit und Ökologisierung der Wirtschaft überhaupt fördern kann. Diesem Ziel dienende Mittel müssten vor allem Kostenwahrheit schaffen, da gegenwärtig Unternehmen Kosten zu Lasten der Umwelt und damit der Gesellschaft externalisieren können. Dies wird jedoch volkswirtschaftlich betrachtet regelmäßig umso einfacher, je weniger Wettbewerb auf einem Markt herrscht. Unternehmen,

¹ In dieser Hinsicht treten wir der Stellungnahme des Österreichischen, XXVII. GP 12/SN-114/ME Vorbemerkung bei.

² Sechs Wochen stellen nach Ansicht des Bundeskanzleramtes (Verfassungsdienst) regelmäßig den Mindeststandard für das Gesetzgebungsverfahren dar (Rundschreiben des Verfassungsdienstes vom 02.06.2008 betreffend Festsetzung angemessener Begutachtungsfristen GZ BKA-600.614/0002-V/2/2008 mwN) und sollen nach § 9 Abs 3 WFA-GV den Regelfall darstellen. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Unterschreitung dieses Standards auf nur die Hälfte für den gegenständlichen Entwurf notwendig ist.

die wenig Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind, sind nämlich eher in der Lage, ihre (zB durch verpflichtenden Kauf von Emissionszertifikaten verursachten) Kosten zu externalisieren (an ihre Abnehmer oder die Gesellschaft im Ganzen). Zu prüfen und einem ausführlichen Diskussionsprozess zu unterziehen wäre daher die Frage, ob das Ziel einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft durch das Wettbewerbsrecht anders besser erreicht werden könnte.

2.2 Art 1 Z 11 KaWeRÄG 2021 (§ 4a KartG)

2.2.1 Tatbestandelemente der relativen Marktbeherrschung

Die Tatbestandselemente der relativen Marktbeherrschung auf das Bedürfnis anderer Unternehmer auch nach Begründung einer Geschäftsbeziehung auszudehnen, ist abzulehnen. (Relative) Marktbeherrschung setzt im Kern ein Abhängigkeitsverhältnis voraus, das vor Bestehen einer Geschäftsbeziehung noch gar nicht bestehen kann.

Jene Fälle, die einen Kontrahierungszwang notwendig machen können, werden jetzt bereits ausreichend durch die Bestimmungen zur Lieferverweigerung abgedeckt (nach unterschiedlichen Ansichten entweder durch die Generalklausel des § 5 Abs 1 erster Satz KartG/Art 102 erster Satz AEUV oder durch § 5 Abs 1 Z 2 KartG/Art 102 lit b AEUV als Behinderungsmissbrauch sowie durch die Essential Facilities-Doktrin).

In diesem Sinne setzt Art 1 Z 11 KaWeRÄG 2021 den Tatbestand der relativen Marktbeherrschung auch in ein Spannungsverhältnis zum Tatbestand der absoluten Marktbeherrschung und ist im schlimmsten Fall un schlüssig: Ein Unternehmen, das nicht absolut marktbeherrschend ist, und zu einem anderen Unternehmen bisher keine Geschäftsbeziehung unterhält, kann überhaupt keine Anhaltspunkte zur Vermutung haben, es könne möglicherweise relativ marktbeherrschend sein.

2.2.2 Notwendige redaktionelle Anpassungen

Die Trennung der Tatbestände der absoluten und relativen Marktbeherrschung in zwei Paragraphen (§ 4 und § 4a KartG) wird im Entwurf nicht ausreichend berücksichtigt. Konkret verweisen Art 1 Z 15, 20 KaWeRÄG 2021 nur auf § 4 KartG, nicht jedoch auf § 4a KartG. Dies wird in unserem Vorschlag für Neufassungen dieser beiden Artikel (Abschnitte 2.3.1 und 2.4 unten) berücksichtigt.

2.3 Art 1 Z 13, 15 KaWeRÄG 2021 (§ 10 Abs 1, § 12 Abs 1 Z 2 KartG)

2.3.1 Einführung des SIEC-Tests in die österreichische Zusammenschlusskontrolle

Die Einführung des Untersagungskriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (*Significant Impediment to effective Competition*, "SIEC") stellt eine tiefgreifende Änderung des österreichischen Zusammenschlusskontrollrechts dar, die einer umfassenden Diskussion unter Beteiligung der Gesellschaft, Lehre, Rechtsprechung und Praxis sowie der in Österreich tätigen Unternehmen bedürfte. Gerade angesichts dieses Änderungsvorschlags erweist sich die gesetzte Begutachtungsfrist von drei Wochen als zu kurz (siehe bereits Abschnitt 1 oben).

Wenn auch auf europäischer und internationaler Ebene (so zB nach der Verordnung 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("FKVO") oder nach § 36 Abs 1 deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ("GWB")) der SIEC-Test etabliert ist, so birgt dessen Einführung im Entwurf ein erhebliches Risiko für die Rechtssicherheit im österreichischen Zusammenschlusskontrollverfahren.

Während nämlich nach der FKVO oder dem GWB der SIEC-Test ein einheitliches Untersagungskriterium setzt und Marktbeherrschung als ein Unterfall eines SIEC betrachtet wird, beabsichtigt der Entwurf, das bisherige Untersagungskriterium der Marktbeherrschung neben dem SIEC-Test anzuwenden. Damit würde nun unterschieden, was nicht zu unterscheiden wäre. Diese künstliche Unterscheidung im KaWeRÄG 2021

wird erhebliche Abgrenzungsprobleme insbesondere in der Rechtsprechung, aber auch für Unternehmen in der Beratungspraxis erzeugen.³

Der in den EB geäußerten Sorge, durch Umstellung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle allein auf den SIEC-Test könnte die bisherige Judikatur zum Marktbeherrschungstest obsolet werden, könnte durch Streichung der Art 1 Z 13, 15 des Entwurfs begegnet werden, da keine dringende Notwendigkeit zur Einführung des SIEC-Tests ins österreichische Zusammenschlusskontrollrecht besteht. Alternativ könnte der Sorge durch Aufnahme der Marktbeherrschung als Unter- und Regelfall des SIEC (nach dem Vorbild der FKVO oder des GWB) einfach begegnet werden, wie im Folgenden vorgeschlagen:

- Art 1 Z 13 KaWeRÄG 2021:

"Die Einleitung der Z 1 in § 10 Abs. 1 lautet:

'1. genaue und erschöpfende Angaben zu den Umständen, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert werden kann, insbesondere eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden kann, vor allem'"

- Art 1 Z 15 KaWeRÄG 2021:

"§ 12 Abs. 1 Z 2 lautet:

'den Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb sonst erheblich behindert wird, insbesondere eine marktbeherrschende Stellung (§§ 4, 4a) entsteht oder verstärkt wird oder, wenn dies nicht der Fall ist,'"

Überdies ist zu beachten, dass der Entwurf nicht zuletzt durch Art 1 Z 8-11 KaWeRÄG 2021 (Neufassung der Tatbestände zur Marktbeherrschung) die auch für die Zusammenschlussbeurteilung relevante Rechtslage ohnehin deutlich ändert, weswegen die *"bisherige Rechtslage und damit auch Judikatur dazu"* ohnehin schwer *"aufrechterhalten"* werden kann.

Dass der Entwurf diese künstliche und problematische Unterscheidung als Ausdruck der *"autonomen Anwendbarkeit dieser Regelung"* sehen möchte (EB zum Entwurf, Zu § 12 Abs. 1 Z 2 (und § 10 Abs. 1 Z 1), S 10), ist ebenfalls keine ausreichende Rechtfertigung. Dass das österreichische Zusammenschlusskontrollrecht jedenfalls in seinem Anwendungsbereich in Österreich auch autonom von der FKVO oder ausländischen Vorschriften auszulegen ist, ist unumstritten. Die Rechtslage nur deshalb zu verkomplizieren, weil es möglich ist, widerspricht den ausdrücklichen Zielen des KaWeRÄG 2021, den *"ohnedies schon gut funktionierende[n] Kartellrechtsvollzug"* in Österreich weiter zu stärken und *"das Kartellrecht an neuere Entwicklungen im Wirtschaftsleben"* anzupassen.

Vor diesem Hintergrund treten wir (erneut) dafür ein, die Begutachtungsfrist des KaWeRÄG 2021 deutlich zu verlängern, einer möglichen Einführung des SIEC-Tests ins österreichische Zusammenschlusskontrollrecht eine breite Diskussion voranzustellen und jedenfalls von der beabsichtigten, künstlichen Trennung zwischen SIEC und Marktbeherrschung abzusehen.

2.3.2 § 9 KartG iVm Art 1 Z 11, 15 KaWeRÄG 2021 als Schwächung der österreichischen Zusammenschlusskontrolle

Die in den EB gegen den SIEC-Test vorgebrachten Argumente, dieser führe zu aufwändigeren Zusammenschlusskontrollverfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde ("**BWB**") und dem Bundeskartellanwalt ("**BKartAnw**") oder dem Kartellgericht ("**KG**")/Kartellobergericht ("**KOG**") und sei weniger konturiert als jener der Marktbeherrschung (worin ein wesentlicher Grund für die aufwändigeren Verfahren liegt), sind korrekt.

³ In dieser Hinsicht treten wir der Stellungnahme der Gruppe österreichischer Wettbewerbsökonom*innen, XXVII. GP 10/SN-114/ME Abschnitt 2.1 bei.

Umso mehr wäre eine Einführung des SIEC-Tests nach Art 1 Z 11, 15 KaWeRÄG 2021 durch flankierende Maßnahmen zu begleiten, um ausufernden Zusammenschlusskontrollverfahren vorzubeugen. Denn aktuell sind die österreichischen Zusammenschlusskontrollschwellen (§ 9 KartG) sehr niedrig angesetzt und kennen insbesondere keine so genannte zweite Inlandsumsatzschwelle. In der Praxis zeigt sich dies durch eine hohe Zahl an anmeldepflichtigen Zusammenschlüssen, bei denen zB ein großer, international (auch in Österreich) tätiger Erwerber ein nur rudimentär in Österreich tätiges Zielunternehmen erwirbt. Solche Zusammenschlüsse können den Wettbewerb im Anwendungsbereich des KartG regelmäßig gar nicht (negativ) beeinflussen und insbesondere kein SIEC (einschließlich einer marktbeherrschenden Stellung) begründen.

Es wäre daher spätestens mit Einführung eines SIEC-Tests in die österreichische Zusammenschlusskontrolle geboten, den § 9 KartG um eine zweite Inlandsumsatzschwelle zu ergänzen.⁴

Dieser Forderung steht nicht entgegen, dass eine Vorwegnahme der materiellen Beurteilung eines Zusammenschlusses auf der Ebene der Jurisdiktionsprüfung nicht geboten ist. Bei einer engen Auslegung dieses Grundsatzes wären jegliche Jurisdiktionsschwellen in der Fusionskontrolle hinfällig. Das Zusammenschlusskontrollrecht soll jedoch eine zumindest rudimentäre Treffsicherheit entfalten. An dieser Treffsicherheit würde es der Kombination der aktuell niedrigen österreichischen Aufgriffsschwellen mit dem SIEC-Test nach Art 1 Z 11, 15 KaWeRÄG 2021 mangeln.

2.4 Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021 (§ 28a KartG)

Mit dieser Bestimmung wird das österreichische System der Verfolgung von Wettbewerbsrechtsverstößen erheblich verändert. Dies würde einer umfassenden Diskussion unter Beteiligung der Gesellschaft, Lehre, Rechtsprechung und Praxis sowie der in Österreich tätigen Unternehmen bedürfen. Gerade angesichts dieses Änderungsvorschlags erweist sich die gesetzte Begutachtungsfrist von drei Wochen als zu kurz (siehe bereits Abschnitt 1 oben).

Zuvorderst ist anzumerken, dass sich durch den engen Fokus der Bestimmung auf mehrseitige digitale Märkte mögliche Widersprüche mit der geplanten Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (*Digital Markets Act "DMA"*)⁵ ergeben könnten. Wir schlagen daher vor, den Gesetzgebungsprozess des DMA abzuwarten, bevor Österreich eigenständige, enge sektorale Regulierungsmaßnahmen trifft.

Die Bestimmung des Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021 würde faktisch eine Abkehr von der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung als nicht für sich allein verpönt bedeuten, da ein solches Feststellungsverfahren mit erheblichem Aufwand und damit wirtschaftlichen Nachteilen für das/die betroffene/n Unternehmen verbunden wäre. Dies umso mehr, als die EB eine solche Feststellung als "*Warnsignal*" verstehen, was in direktem Widerspruch zur in den EB geäußerten und auch unumstrittenen Ansicht ist, dass eine marktbeherrschende Stellung für sich genommen nicht verpönt ist. Ein "*Warnsignal*" gegen nicht verpöntes Verhalten ist jedoch überflüssig, und Unternehmen benötigen auch kein gerichtliches "*Warnsignal*" vor verpöntem Verhalten.

⁴ In dieser Hinsicht begrüßen wir das Eintreten der BWB für eine solche zweite Inlandsumsatzschwelle in ihrer Stellungnahme XXVII. GP 13/SN-114/ME Rn 12 ausdrücklich und treten dieser Ansicht bei. Wir verweisen außerdem auf die Stellungnahme der Gruppe österreichischer Wettbewerbsökonom*innen, XXVII. GP 10/SN-114/ME, die in Abschnitt 2.4 einen konkreten Vorschlag unterbreitet, der näher geprüft werden sollte.

⁵ Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final; 2020/0374(COD); SEC(2020) 437 final, SWD(2020) 363 final, SWD(2020) 364 final.

Vor diesem Hintergrund treten wir (erneut) dafür ein, die Begutachtungsfrist des KaWeRÄG 2021 deutlich zu verlängern, der Einführung der Bestimmung des Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021 eine breite Diskussion voranzustellen und bis zum Abschluss einer solchen Diskussion, jedenfalls aber bis zum Abschluss des Gesetzgebungsprozesses des DMA von der Einführung dieser Bestimmung abzusehen.

Schließlich ist dennoch anzuerkennen, dass ein solches gerichtliches Feststellungsverfahren für in Österreich tätige Unternehmen auch positive Folgen haben kann, insbesondere wenn das Verfahren ergibt, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht vorliegt. Ein solcher Antrag könne besonders dann in Betracht, wenn eine frühere gerichtliche Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 28a KartG wegen Änderungen am Markt nicht mehr haltbar ist. Sofern also Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021 tatsächlich in Kraft treten soll, so wäre die rechtsstaatlich gebotene Waffengleichheit herzustellen, indem Art 1 Z 33 KaWeRÄG 2021 (§ 36 Abs 2a KartG) gestrichen wird.

Sofern nach Berücksichtigung der oben angeführten Argumente Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021 tatsächlich in Kraft treten soll, so schlagen wir vor, auch die Trennung der Tatbestände der absoluten und relativen Marktbeherrschung wie folgt berücksichtigen (siehe bereits Abschnitt 2.2.2 oben):

- Art 1 Z 20 KaWeRÄG 2021:

"Nach § 28 wird folgender § 28a samt Überschrift eingefügt:

'Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

§ 28a. Das Kartellgericht hat festzustellen, dass ein Unternehmer auf einem mehrseitigen digitalen Markt marktbeherrschend (§§ 4, 4a) ist, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht."

3. Artikel 2 KaWeRÄG 2021 (Änderungen des Wettbewerbsgesetzes ("WettbG"))

3.1 Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 (§ 1 Abs 4 WettbG)

3.1.1 Widerspruch zur ECN+-RL

Das in Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 vorgeschlagene Recht der Bundesministerin, *"jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung und Aufgabenerfüllung der Bundeswettbewerbsbehörde"* unterrichtet zu werden und die reziproke Verpflichtung der BWB, solchen Anfragen der Bundesministerin *"unverzüglich"* zu entsprechen, geht weit über für (auch unabhängige beziehungsweise weisungsfreie) Behörden auf der Grundlage verhältnismäßiger Rechenschaftspflichten⁶ erforderliche Berichtspflichten hinaus. Nach Erwägungsgrund 22 ECN+-RL gehören zu angemessenen Rechenschaftspflichten eine angemessene, die Unabhängigkeit der Behörde nicht beeinflussende Budgetkontrolle oder die Veröffentlichung regelmäßiger Tätigkeitsberichte, wie dies bereits aktuell § 2 Abs 4 erster Satz WettbG normiert.

Insbesondere stellt die Bestimmung des Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 keine *"Vorschrift allgemeiner Art"* dar, *"die sich nicht auf Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige oder bestimmte Durchsetzungsverfahren bezieht"*⁷, sondern ist eine spezifische, ausschließlich die BWB treffende Vorschrift, die sich auch auf Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige oder bestimmte Durchsetzungsverfahren bezieht.

Es steht daher zu befürchten, dass Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 den Bestimmungen der Art 4 Abs 1 und Art 4 Abs 2 lit b ECN+-RL entgegensteht, womit diese Bestimmung mangels richtlinienkonformer Umsetzung lediglich Rechtsunsicherheit statt verhältnismäßige Rechenschaftspflichten der BWB⁸ schaffen würde.

⁶ Art 4 Abs 1 ECN+-RL

⁷ Art 4 Abs 2 lit b ECN+-RL

⁸ In dieser Hinsicht treten wir den Stellungnahmen des Handelsverbandes (Verband österreichischer Handelsunternehmen), XXVII. GP 9/SN-114/ME und von Prof.Dr. Gerhard Clemenz, XXVII. GP 8/SN-114/ME Abschnitt "Berichtspflicht" bei.

3.1.2 Gefährdung von Grundrechten

In Erfüllung ihrer Aufgaben handhabt die BWB regelmäßig Unterlagen von Unternehmen, deren Inhalt für diese von vitaler wirtschaftlicher Relevanz sind. Dies gilt insbesondere für Unterlagen, welche die BWB im Zuge von Verfahren wegen möglicher Verstöße gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot erlangt hat, aber auch für Unterlagen aus Zusammenschlussverfahren oder Sektoruntersuchungen.

Es ist für die freie wirtschaftliche Betätigung von Unternehmen unerlässlich, dass solche Unterlagen und ihr Inhalt – hochvertrauliche Geschäftsgeheimnisse – so gut wie möglich geschützt werden. Die Bestimmung des Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 würde die Weitergabe dieser Unterlagen an Dritte außerhalb der BWB (nämlich die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort bzw deren Mitarbeiter/innen im Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort) führen. Wenn auch diese Dritte wie die Mitarbeiter/innen der BWB der Amtsverschwiegenheit verpflichtet sind, so ist festzuhalten, dass ganz unabhängig von Geheimhaltungspflichten das Risiko einer Weitergabe von geheimen Informationen an Unbefugte mit der Anzahl der Inhaber solcher Informationen naturgemäß immer steigt. Dies gilt umso mehr, je wertvoller (im wirtschaftlichen aber auch ideellen Sinn) die geheime Information ist. Der wirtschaftliche Wert der bei der BWB vorliegenden Informationen ist sehr groß, so dass ihre Weitergabe auch an Unbefugte erstens eher wahrscheinlich und zweitens besonders schädlich für die betroffenen Unternehmen wäre.

3.1.3 Gefährdung der effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Aus den im Kern gleichen Gründen wie in Abschnitt 3.1.2 oben würde die Bestimmung des Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 auch die effektive Durchsetzung des österreichischen und europäischen Wettbewerbsrechtes gefährden. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen macht einen erheblichen Teil des Vertrauens von Unternehmen in die BWB und den Staat im Allgemeinen aus. Dies gilt insbesondere in besonders sensiblen Verfahren wie Kronzeugenverfahren. Unternehmen, die damit rechnen müssen, dass ihre Geschäftsgeheimnisse (zB Kronzeugenanträge) – wenn auch nur potentiell – an Unbefugte weitergegeben werden, werden sich jedoch nur mit deutlich geringerer Wahrscheinlichkeit überhaupt an Wettbewerbsverfahren beteiligen, soweit sie nicht dazu gezwungen sind; das betrifft insbesondere Kronzeugenverfahren. Kronzeugen stellen jedoch ein essentielles Mittel für die Durchsetzung österreichischen Wettbewerbsrechts und den Schutz des Wettbewerbs dar.

Tritt Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 in Kraft, ist daher zu erwarten, dass deutlich weniger Kronzeugen an die österreichischen Wettbewerbsbehörden herantreten und mehr kartellrechtswidriges Verhalten unentdeckt bleibt, wodurch hoher volkswirtschaftlicher Schaden entsteht und unbeglichen bleibt.

3.1.4 Fazit

Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 entwirft eine weit überschießende Bestimmung, die weder nach Art 20 Abs 2 B-VG⁹ noch nach Art 4 ECN+-RL notwendig oder angemessen ist. Vielmehr würde die Bestimmung die öffentliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Österreich, die Grundrechte jener Unternehmen, die Unterlagen an die BWB übermitteln sowie den Wirtschaftsstandort Österreich erheblich schwächen. Art 2 Z 3 KaWeRÄG 2021 ist daher ersatzlos zu streichen.¹⁰

⁹ In dieser Hinsicht treten wir der Stellungnahme der zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, XXVII. GP 1/SN-114/ME bei.

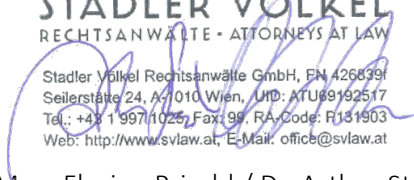
¹⁰ In dieser Hinsicht treten wir den Stellungnahmen der Gruppe österreichischer Wettbewerbsökonom*innen, XXVII. GP 10/SN-114/ME Abschnitt 2.6 bei.

4. Schluss

Wir hoffen, dass unsere Stellungnahme und Änderungsvorschläge im Gesetzgebungsprozess hilfreich sind. Für Rückfragen und insbesondere weitere Erörterungen stehen wir per E-Mail an florian.prischl@svlaw.at oder telefonisch unter +43 1 997 1025 gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen,

STADLER VÖLKE
RECHTSANWÄLTE • ATTORNEYS AT LAW


Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH, FN 426839f
Seilerstätte 24, A-1010 Wien, UID: ATU69192517
Tel.: +43 1 9971025, Fax: 99, RA-Code: R131903
Web: <http://www.svlaw.at>, E-Mail: office@svlaw.at

Mag. Florian Prischl / Dr. Arthur Stadler / Dr. Oliver Völkel, LL.M. / Mag. Reinhard Schweng

Beilagen: keine