



Bundesministerium für
Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at
team.z@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 21/85

**2021-0.267.022 (BMJ) und 2021-0.207.307 (BMDW)
 BG, mit dem das Kartellgesetz 2005 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – KaWeRÄG 2021)**

Referent: MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwältin in Wien
 Mag. Gerhard Fussenegger, LL.M., Rechtsanwalt in Wien / Brüssel

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

VORBEMERKUNG

Der Entwurf sieht umfangreiche Änderungen des KartG und WettbG vor. Die Frist von 3,5 Wochen für die Abgabe der Stellungnahme ist demgegenüber äußerst knapp bemessen. Dazu kommt, dass nicht wie in der Vergangenheit bei anstehenden Änderungen von den jeweils zuständigen Ministerien mehrere „Expertenrunden“ (etwa im Wege von Videokonferenzen) mit den Vertretern der wichtigsten mit dem Vollzug befassten Institutionen, Anwendern und Adressaten, insbesondere Vertretern des Obersten Gerichtshofs, des Kartellgerichts, der Bundeswettbewerbsbehörde, dem Bundeskartellanwalt, der Sozialpartner, der Studienvereinigung Kartellrecht, des ÖRAK ua einberufen wurden.



Der ÖRAK anerkennt ausdrücklich die Bemühungen der beiden Ministerien das Kartellrecht zu modernisieren und auch ökologische Aspekte einzubringen. Warum aber von dem oben dargelegten bewährten Weg, der ein Einbringen von Fach- und Praxiswissen aller betroffener Fachkreise und Interessensgruppen bereits bei Entstehung und Textierung von Novellen, abgegangen wird, ist gerade vor dem Hintergrund der Corona-Krise nicht nachvollziehbar, betrifft das Wettbewerbsrecht doch einen zentralen Nerv der österreichischen Wirtschaft.

Der ÖRAK hofft daher zumindest in Bezug auf die folgenden Anmerkungen, die aufgrund der knappen Frist nur zu ausgewählten Punkten erfolgen, gehört zu werden und in den Dialog eintreten zu können. Auf die Stellungnahmen anderer oben erwähnter Stakeholder wird verwiesen.

A. ÜBERBLICK / THEMEN

1. Die vorgeschlagene Novelle betrifft im Wesentlichen 3 große Blöcke:

- Die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten (im folgenden ECN+ RL) ins nationale Recht. Darunter unter anderem auch Änderungen im Bereich Kronzeugenregelung, Geldbußen, Regelungen der internationalen Amtshilfe sowie Hemmung und Unterbrechungsregeln für die Verjährung.
 - Die Einführung einer ganzen Reihe neuer Bestimmungen und Änderungen, va im KartG zur Anpassung „an das moderne Wirtschaftsleben“, insb in Bezug auf die zunehmende Digitalisierung (Bereich Marktbeherrschung); Änderungen bei der Fusionskontrolle, die eher politischer Natur zu sein scheinen, sowie die Einführung ökologischer Aspekte für eine nachhaltige Wirtschaft (Bereich Kartelle).
 - Ein dritter Block betrifft Fragen der Behördenorganisation (darunter die Einführung der medial heftig umstrittenen Berichtspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde, aber auch eine Neustrukturierung ihrer Aufgaben, sowie der Versuch der Aufwertung der Wettbewerbskommission).
2. Die vorliegende Stellungnahme sieht eine Untergliederung für die Änderungen im **Kartellgesetz** einerseits und im **Wettbewerbsgesetz** andererseits vor. Innerhalb der Gesetzesmaterien wurde die Begutachtung nach Themenblöcken vorgenommen.

B. ÄNDERUNGEN im KARTELLGESETZ

1. Kartellverbot / neue Ausnahmen und Umsetzung ECN+ RL

Zu § 2 (Ausnahmen für ökologisch nachhaltige Kooperationen)

3. Zu begrüßen ist, dass ökologische Themen in das bislang streng ökonomisch orientierte KartG aufgenommen werden. Nachhaltigkeit und Klimaneutralität eignen sich nach Ansicht des ÖRAK auch grundsätzlich für eine Effizienzprüfung,

wie sie § 2 vorsieht. Diskussionspunkte ergeben sich aber aus der konkreten Umsetzung in § 2:

4. So stellt sich, wie auch bei anderen nationalen Vorstößen, zunächst die Frage, inwiefern Sonderbestimmungen nach nationalem Recht auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts überhaupt zur Anwendung gelangen können. Das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit wird nämlich auch von der nationalen Rechtsprechung immer weiter ausgelegt (vgl zB, aktuell 16 Ok 4/20d, wonach in Bezug auf einen Liefervertrag zwischen einem oberösterreichischen Kfz-Händler und dem österreichischen Importeur Zwischenstaatlichkeit bejaht wurde).
5. Konsequenz dieser Zwischenstaatlichkeit ist die vorrangige Anwendung (auch) des EU-Rechts, das keine solche Ausnahme vorsieht und damit zum Ausschluss der abweichenden nationalen Ausnahme wie der des § 2 Ausnahmen (NEU) führt. Für Unternehmen besteht daher eine erhebliche Unsicherheit, ob die Ausnahme zur Anwendung kommt. Tendenziell wird dies nur für sehr kleine Unternehmen in Frage kommen, deren Wissensstand über komplexere Fragen des Kartellrechts aber nicht vorausgesetzt werden kann.
6. Zu hinterfragen ist aber auch ganz grundsätzlich, ob und wie eine ökologisch nachhaltige oder klimaneutrale „*Warenerzeugung bzw Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*“ „die“ Verbraucher als (homogene?) Gruppe tatsächlich angemessen beteiligen kann.
7. Der Hinweis in den Erläuterungen, dass der Beitrag zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft ein gewisses Maß an Intensität erreichen muss und die Vorteile die Nachteile deutlich überwiegen müssen, indiziert hier bereits die Notwendigkeit eines Abwägens der Auswirkungen einer solchen Kooperation auf Basis einer Einzelfallprüfung.
8. Fraglich ist aber, ob trotz einer solchen gebotenen Abwägung hier nicht auch ein potenzieller Konflikt mit Grundprinzipien des Kartellrechts besteht. Ein vereinfachtes Beispiel kann dies uU verdeutlichen. So stellt sich zB bei einer Absprache zweier Fluglinien (als einzige Anbieter auf einer Flugstrecke), wonach die Ticketpreise auf das Fünffache angehoben werden, um den Umstieg auf nachhaltigen Biotreibstoff zu finanzieren, die Frage, wie hier eine angemessene Beteiligung welcher Verbrauchergruppen aussehen kann. Eine Abwägung zwischen verschiedenen Verbrauchergruppen, jenen die davon profitieren, wenn mehr Biotreibstoff verwendet wird, jenen, die Flugleistungen in den betroffenen Mitgliedstaaten einkaufen, sowie allenfalls noch Verbrauchern künftiger Generationen, scheint schwierig, wenn nicht unmöglich. Dazu kommt, dass bei nationalen Ausnahmen innerhalb Europas auch unterschiedliche Ergebnisse einer solchen Abwägung zu erwarten sind.
9. Den hier offenen Fragen könnte möglicherweise besser begegnet werden, wenn der geplante Verweis auf Nachhaltigkeit und Klimaneutralität, der seitens des ÖRAK grundsätzlich ausdrücklich begrüßt wird, im Rahmen der aktuellen Novellierung noch hintangestellt wird, diese Initiative auf europäischer Ebene eingebbracht wird und dann allgemeine Entwicklungen abgewartet werden, sodass

zumindest eine konsistente Anwendung und auch ein größeres Reservoir an Vollzugs- und Entscheidungspraxis für potenziell betroffene Unternehmen besteht.

Zu § 27 (Verpflichtungszusagen)

10. Nach der Neuregelung kann das Kartellgericht Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmer und Unternehmervereinigungen nur mehr für bindend erklären, wenn a) Stellungnahmen der Marktteilnehmer berücksichtigt werden und b) zu erwarten ist, dass diese Zusagen künftige Zu widerhandlungen ausschließen.
11. Diese Änderung beruht auf Art 12 der RL 1/2019. Daher sei an dieser Stelle nur kurz angemerkt, dass es im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Verpflichtungszusagen zielführend sein kann, aber nicht sein muss, dass sich Marktteilnehmer dazu äußern. Die verpflichtende Einbeziehung erscheint daher überschießend,

2. Marktbeherrschung / Anpassungen im Hinblick auf die digitale Wirtschaft

Zu § 4, § 4a (Absolute und relative Marktbeherrschung)

12. Nach dem Entwurf ist zukünftig die absolute (§ 4 KartG) und die relative Marktbeherrschung (§ 4a KartG) jeweils in einem eigenständigen Paragraphen erfasst. In beiden Bestimmungen werden Änderungen vorgeschlagen.

Zu § 4 Abs 1 (Absolute Marktbeherrschung)

13. Die in § 4 Abs 1 Z 2 genannten Kriterien für die Marktbeherrschung sind auch weiterhin bloß demonstrativ. Die Bedeutung der Ergänzung ist daher insgesamt begrenzt. Aus der Entscheidungspraxis in Österreich zeigt sich, dass die Amtsparteien und Gerichte die ohnehin weit konzipierte gesetzliche Anwendungsmöglichkeit in der Vergangenheit auch immer genutzt haben. Dies korreliert mit der Ansicht – ua auch des ÖRAK – dass die bisherige Regelung aufgrund ihrer bestehenden Flexibilität schon bis dato ausreichend gewesen wäre, digitale Sachverhalte zu erfassen.
14. Zu bedenken ist auch, dass rein beispielhaft angeführte Kriterien (noch dazu nur für eine bestimmte Industrie) wie sie jetzt in § 4 Abs 1(NEU) aufgenommen werden sollen, sehr spezifisch und daher unter Umständen auch nur für ganz spezifische Fälle relevant sind. Umgekehrt könnten diese auch als erschöpfend ausgelegt werden, womit gerade den in der digitalen Wirtschaft sehr breit gefächerten Erscheinungsformen von Marktmacht nicht gedient ist.
15. Ein weiterer Aspekt, der gegen die Aufzählung spezifischer Punkte spricht, ist, dass sich der Bereich digitale Wirtschaft sehr rasch fort- und weiterentwickelt und dies die Notwendigkeit mit sich bringen würde, den Beispielkatalog, gerade auch in Bezug auf die wesentlichen Änderungen auf EU-Ebene zu diesem Bereich, laufend anzupassen.

16. Abgesehen davon könnten Fragen auftauchen, ob die Aufzählung der genannten Beispiele nun zumindest teilweise eine spezifische Marktdefinition ersetzt. In diesem Fall stellt sich die Frage nach dem Prüfungsstandard. Etwa in Bezug auf den Zugang zu wettbewerblich sensiblen Daten und der Bedeutung der Vermittlungsmacht. So kann sich die Frage stellen, in welchem Ausmaß eine Vermittlungsmacht auf welchem Markt (Markt für die Vermittlung? Markt für den Verkauf der Produkte/Dienstleistungen?) vorliegen muss und gemessen werden kann. Auch in Bezug auf das Kriterium des Zugangs zu Daten ist eine Marktdefinition häufig schwierig, da es zwar sein kann, dass Unternehmen über ein hohes Datenvolumen verfügen, dieses aber etwa nicht an Dritte verkaufen, weshalb sich die Frage des Bestehens eines Marktes an sich stellt.

17. Der ÖRAK steht der Bestimmung insgesamt somit skeptisch gegenüber.

Zu § 4a (Relative Marktbeherrschung)

18. Der ÖRAK begrüßt grundsätzlich eine Herauslösung der relativen Marktmacht aus dem Tatbestand des § 4 KartG, da zum einen klargestellt wird, dass die relative Marktmacht bei fusionskontrollrechtlichen Anmeldungen keine Rolle spielt und auch der Tatsache besser Rechnung getragen wird, dass eine ungleiche Verteilung der Marktmacht im Vertikalverhältnis unabhängig von der Existenz einer absoluten Marktmacht relevant sein kann.
19. Die Neuformulierung des § 4a KartG ist jedoch aus Sicht des ÖRAK nicht erforderlich, wirft zusätzliche Fragen auf und führt zu dogmatischen Problemstellungen, die unter Umständen auch gar nicht beabsichtigt waren.
20. Zunächst erscheint die Änderung des Wortlautes, die gemäß Erläuterungen im Hinblick auf die Erfassung auch von Dienstleistungen erfolgt ist, nicht notwendig und auch nicht zutreffend. So ist zunächst nach der Rechtsprechung klar, dass § 4 Abs 3 KartG auch Dienstleistungen abdeckt (vgl zB Reisebüros / Lufthansa, 16 Ok 1/18k, ÖBB, 16 Ok 1/12). Wenn eine Schärfung, dass auch Dienstleistungen von dieser Bestimmung umfasst sind, dennoch gewünscht ist, sollte dies aber jedenfalls durch eine andere Textierung als vorgeschlagen erfolgen – etwa indem anstelle von „*Abnehmern und Lieferanten*“ auf „*Anbieter und Nachfrager*“ abgestellt wird oder indem nach Lieferanten explizit „*von Waren und Dienstleistungen*“ eingefügt wird.
21. Die derzeit aus dem NVG entlehnte Textierung, wonach anstelle des Textteiles „*eine im Verhältnis zu seinen Abnehmern und Lieferanten*“ auf eine „*im Verhältnis zu anderen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr*“ überragende Marktstellung abgestellt werden soll, wirft nämlich eher weitere Fragen auf.
22. So ist die Bezugnahme von „*im geschäftlichen Verkehr*“ nicht klar. Mit der Bezugnahme auf „*Unternehmen*“ insgesamt wären dann grundsätzlich auch reine Wettbewerber erfasst, was zu einem Paradigmenwechsel bei der Anwendung der relativen Marktmacht führen würde (vgl zB 16 Ok 4/20d „*Geschäftsbeziehung im Vertikalverhältnis*“).

23. Zu dogmatischen Widersprüchen führt schließlich der Vorschlag, § 4a auch dahingehend zu erweitern, „dass eine überragende Marktstellung auch dann angenommen werden kann, wenn ein Unternehmer zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Begründung von Geschäftsbeziehungen (und nicht nur deren Aufrechterhaltung wie § 4 Abs 3 derzeit) mit dem mit bloß relativ Marktmacht ausgestatteten Unternehmer angewiesen ist.
24. Die Nicht-Begründung einer Geschäftsbeziehung iSe Missbrauchs gem § 5 stützt sich nämlich gerade nicht auf den Fall einer relativen Marktbeherrschung, sondern auf die absolute Marktbeherrschung iSd § 4. Sie kann sich nach Ansicht des ÖRAK auch nur auf Letzteres stützen, da bei Nicht-Bestehen einer Geschäftsbeziehung UND Nicht-Bestehen einer absoluten Marktmacht jeder objektive Maßstab fehlt, an dem das Drohen schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile gemessen wird. Aus welchem Grund sollte ein Unternehmen, dass etwa nur über 10 oder 20% Marktanteil verfügt, „Marktmacht“ gegenüber einem Unternehmen ausüben, das bisher noch nicht einmal in einer Geschäftsbeziehung mit ihm steht.
25. Dieser Beherrschungstatbestand stellt genau aus diesem Grund „auf eine außergewöhnliche Gewichtsverteilung bei Geschäftsbeziehungen im Vertikalverhältnis ab“ (Gugerbauer, KartG und WettbG³ § 4 Rz 65). Siehe etwa auch jüngst in 16 Ok 4/20d, Peugeot, wonach die Frage, ob eine relativ beherrschende Stellung vorliegt, gerade „nicht durch einen Vergleich mit Wettbewerbern, sondern durch die Analyse der Geschäftsbeziehung mit bestimmten Unternehmen der Marktgegenseite beantwortet“ wird.¹
26. Schließlich stellt sich die Frage, ob die Verankerung der (Neu-)Begründung einer Geschäftsbeziehung im Tatbestand der relativen Marktbeherrschung überhaupt Rechtsfolgen im Hinblick auf die Geltendmachung eines Missbrauchs zeitigen kann?
27. So ist das bloße Bestehen einer Marktbeherrschung kein Verbotstatbestand. Für die Geltendmachung eines Missbrauchs der Nicht-Aufnahme einer Geschäftsbeziehung bestehen aber äußerst strenge Voraussetzungen.
28. Nach der EU-Rechtsprechung muss hier das verweigerte Gut, sofern es bereits auf dem Markt ist, auf einem abgeleiteten Markt unerlässlich sein und die Geschäftsverweigerung geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt auszuschalten bzw – bei Lizenzverweigerung – die Entstehung eines neuen Produkts verhindern. Daneben gibt es noch die strengen Voraussetzungen der essential facility Doktrin, wenn das nachgefragte Gut bislang von einem marktbeherrschenden Unternehmen nur konzernintern genutzt wurde (vgl hierzu Immenga/Mestmäcker⁶, EU-Wettbewerbsrecht, Band 1, Art 102 AEUV, Rz 322 bzw zu Einzelfällen Rz 324).
29. Eine Gleichbehandlungspflicht des Marktbeherrschers besteht auch nur gegenüber solchen Vertragspartnern, die sich ihm gegenüber in der gleichen Lage befinden. Auch dem Marktbeherrschter ist eine Differenzierung erlaubt, wenn die

¹ Hervorhebungen durch die Verfasser dieser Stellungnahme.

Geschäftspartner nach objektiven Maßstäben in ihren relevanten Eigenschaften nicht übereinstimmen und die Differenzierung daher sachlich gerechtfertigt ist (16 Ok 3/20g).

30. Dies bedeutet, dass selbst wenn man davon ausgeht, dass auch eine bloß angestrebte Begründung einer Geschäftsbeziehung nach § 4a NEU zum Bestehen einer relativen Marktmacht führen kann (*quod non*), für eine Geltendmachung eines Missbrauchs nach § 5 KartG der soeben dargestellte Beweismaßstab zu erfüllen wäre.
31. Aus all den oben genannten Gründen, begrüßt der ÖRAK das Herauslösen des Tatbestandes aus der absoluten Marktbeherrschung, schlägt aber vor, den Wortlaut nicht zu verändern.

Zu § 28a (Feststellungsbefugnis bei mehrseitigen digitalen Märkten)

32. Mit § 28 soll eine erweiterte Feststellungsbefugnis für das Vorliegen von Marktmacht auf „mehrseitigen digitalen Märkten“ eingeführt werden, soweit hier ein „berechtigtes Interesse“ vorliegt.
33. Die Entscheidung obliegt dem Kartellgericht. Bei Vorliegen eines „berechtigten Interesses“ sind gem §36 Abs 2a (NEU) die Bundeswettbewerbsbehörde, der Bundeskartellanwalt und die Regulierungsbehörden antragsberechtigt.
34. Das Vorliegen eines berechtigten Interesses wird in der Regel vorliegen, die Erläuterungen verweisen hier dazu darauf, dass ein solches dann gegeben ist, wenn die Regulatoren bereits auf Grundlage ihres gesetzlich determinierten Auftrags Anlass für ein Tätigwerden sehen. Auch der OGH hat festgehalten, dass ein solches Interesse für eine Amtspartei auch in „allgemein generalpräventiven Überlegungen“ bestehen kann (vgl OGH als KOG 12.9.2007, 16 Ok 4/07 *Europay*).
35. Der Gedanke hinter der Bestimmung ist, dass ex-post Missbrauchsverfahren wenig effizient und schwerfällig wären. Daher soll den Amtsparteien und den Regulatoren die Möglichkeit gegeben werden, eine entsprechende Entscheidung des Kartellgerichts zu erwirken, auf die sich dann betroffene Unternehmen, die im geschäftlichen Verkehr mit dem Marktbeherrschenden stehen, berufen können.
36. Auch wenn der Gedanke nachvollziehbar ist, wonach die einmal festgestellte Marktbeherrschung zu einer erweiterten Compliance-Verpflichtung des betroffenen Unternehmens führt, stellen sich aufgrund der Systematik und vor allem auch des fehlenden Kostenersatzes des österreichischen Kartellrechts Fragen der Verhältnismäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Maßnahme.
37. So kann ein Feststellungsverfahren zunächst für betroffene Unternehmen zur Folge haben, dass sie mit einem enormen Kosten- und Zeitaufwand in Verfahren gezogen werden, ohne dass gegen das Unternehmen ein Verstoß vorliegt bzw oder wenigstens geltend gemacht wird. Nach der derzeitigen Rechtslage würde das betroffene Unternehmen die Kosten sogar dann zu tragen haben, wenn das Kartellgericht einen entsprechenden Feststellungsantrag abweist. In diesem Fall (dh, Abweisung des Antrags) müsste das Unternehmen bereits aus

Rechtschutzgründen zumindest einen entsprechenden Anspruch auf Kostenersatz haben, einen solchen sieht der Entwurf aber nicht vor.

38. Abgesehen vom Kostenaufwand ergeben sich aber auch Themen zur Beweisumkehr (vgl Erläuterungen) und zur Frage der zeitlichen Geltung der Feststellung:
39. So halten die Erläuterungen zunächst systematisch korrekt fest, dass die Feststellungsentscheidung nur zu den Marktverhältnissen im Zeitpunkt der Entscheidung gilt. Rein praktisch gesehen bedeutet dies aber, dass gerade vor dem Hintergrund, dass sich die Verhältnisse in Bezug auf digitale Sachverhalte sehr rasch ändern, Unternehmen, deren Marktmacht festgestellt wurde, bei der Geltendmachung eines Missbrauchs auf Basis eines dann schon älteren Urteils jedenfalls eine Neubeurteilung ins Feld führen werden.
40. Dogmatisch problematisch ist aber die dann ebenfalls in den Erläuterungen angeführte Auffassung, wonach es durch die Feststellung zu einer Beweislastumkehr kommen kann. Da eine solche Beweislastumkehr im Gesetz nicht angeordnet ist und wohl auch nicht angeordnet werden kann, da Marktbeherrschung und Missbrauch immer gleichzeitig vorliegen müssen, liegt die Beweispflicht der Marktbeherrschung immer (zumindest dann, wenn die Marktanteile gem § 4 Abs 2 / 2a nicht erfüllt sind), bei der Behörde bzw dem Antragsteller. (An dieser Stelle sei auch daran erinnert, dass bei Bußgeldverfahren schon aus verfassungsrechtlichen Gründen überhaupt keine Beweislastumkehr zum Tragen kommen kann.)
41. Es stellt sich daher insgesamt die Frage, welcher effektive Schutz mit der neuen Bestimmung für die betroffenen Unternehmen erreicht werden kann. Damit könnten sich auch von einer allfälligen Marktmacht betroffene Unternehmen in falscher Rechtssicherheit wiegen.
42. Schließlich ist nicht geregelt, wie eine einmal erlassene Feststellungsentscheidung aufgehoben werden kann, etwa wenn sich das betreffende Unternehmen auch dann noch mit der Entscheidung konfrontiert sieht, wenn sich die Marktbedingungen oder schließlich auch die Stellung des betroffenen Unternehmens geändert haben. Es muss daher auch ganz generell ein solches Antragsrecht dem betroffenen Unternehmen zustehen (§ 36 Abs 2b (NEU)?).

3. Zusammenschlusskontrolle – SIEC-Test und erweiterte Freistellung

Zu 10 Abs 1 (Einbringung Anmeldung)

43. Zu begrüßen ist die gesetzliche Festlegung, dass Zusammenschlussanmeldungen sowohl elektronisch als auch nicht elektronisch eingebracht werden können (während die Website der Bundeswettbewerbsbehörde nur auf die Möglichkeit der elektronischen Einreichung verweist: „Zusammenschlüsse können mittels ERV bei der Bundeswettbewerbsbehörde (Z008239) eingebracht werden.“), da der Zugang zum ERV dann nicht Voraussetzung einer erfolgreichen Einreichung ist. Erschwert wird dadurch allerdings die elektronisch gestützte Auswertung und Analyse seitens der Amtsparteien.

Zu § 12 Abs. 1 (Prüfungsmaßstab FuKo/Einführung des SIEC-Tests)

44. Der Entwurf sieht vor, den Maßstab für die Prüfung von Zusammenschlüssen derart zu ergänzen, dass ein Zusammenschluss (auch) zu untersagen ist, wenn zu erwarten ist, dass
 - a. durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung (§ 4) entsteht oder verstärkt wird **oder**
 - b. wirksamer Wettbewerb sonst erheblich behindert wird (= sog SIEC-TEST²)
45. Die Erläuterungen hierzu sind teilweise widersprüchlich. So wird einerseits auf den SIEC-Test des Unionsrechts und der meisten anderen Mitgliedstaaten verwiesen, der Entwurf soll aber „auch die autonome Anwendbarkeit dieser Regelung zum Ausdruck bringen“.
46. Der ÖRAK ist der Ansicht, dass der Entwurf einen – in der Praxis schwierig zu handhabenden – Kompromiss darstellt.
47. Soll der SIEC-Test eingeführt werden, sollte sich die Formulierung des Prüfungsmaßstabs des KartG nicht nur an dem Wording der FKVO orientieren, sondern diesem wortwörtlich folgen (vgl Art 2 FKVO: "Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, sind für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären.")
48. Nur in diesem Fall ist auch gewährleistet, dass die auch für die Fusionskontrolle in Österreich wesentliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in der Praxis (zumindest in Analogie) herangezogen werden kann. So ist zB im Hinblick auf Marktabgrenzungen die Entscheidungspraxis der Kommission bereits heute wesentliche Grundlage auch für Anmeldungen in Österreich, da es nur in der Kommission, nicht aber Österreich eine detaillierte und veröffentlichte Entscheidungspraxis zu den verschiedensten Wirtschaftsbereichen gibt. Aber auch im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab (SIEC / Marktbeherrschung) gibt es naturgemäß in der EU viel mehr Entscheidungen, die für die Praxis eine wesentliche Hilfe in der Vorbereitung einer Anmeldung, auch auf nationaler Ebene, sind.
49. Nach Ansicht des ÖRAK könnte aber gerade auch bei einer Anlehnung am Wortlaut der FKVO am Marktbeherrschungstest festgehalten werden, da Art 2 FKVO festhält, dass die Marktbeherrschung eine (ins)besondere Ausgestaltung des SIEC ist.
50. Liegt eine solche Marktbeherrschung vor, bedarf es somit auch nach der FKVO keines zusätzlichen Beweises mehr, dass der Zusammenschluss konkrete

² Significant Impediment to Effective Competition

Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt nach sich zieht. Die Marktbeherrschung ist damit ausreichender Beweis auch für die Beschränkung des Wettbewerbs. Nur in den verbleibenden Fällen, in denen eine Marktbeherrschung nicht begründet oder verstärkt wird, ist daher zu prüfen, ob es zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs kommt. Es ist gerade nicht so, dass, wenn die Voraussetzungen eines „Regelbeispiels“ vorliegen, dann noch zusätzlich zu prüfen ist, ob auch die Voraussetzungen des grundsätzlichen Prüfungsmaßstabs vorliegen. Im Gegenteil, liegt ein Regelbeispiel vor, sind die Voraussetzungen der grundsätzlichen Regelung nicht mehr zu prüfen, die Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung impliziert die wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs.

51. Durch den Verweis auf die Marktbeherrschung (bislang als ausschließlicher Prüfungsmaß, nun als Regelbeispiel), wäre somit auch gewährleistet, dass auch die bisherige Rechtslage und Judikatur, und zwar sowohl in Österreich, als auch auf EU-Ebene, aufrechterhalten werden könnte.
52. Der ÖRAK regt daher an, dass, wenn auf den SIEC-Test umzustellen ist, auch die Textierung des Art 2 FKVO übernommen werden sollte.

Zu § 12 Abs 2 Z 2 (internationale Wettbewerbsfähigkeit und volkswirtschaftliche Rechtfertigung)

53. Bisher sah § 12 Abs 2 Z 2 vor, dass ein Zusammenschluss der gemäß § 12 Abs 1 Z 2 KartG eigentlich zu untersagen wäre, dennoch durch das Kartellgericht genehmigt werden kann, wenn der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit notwendig **und** volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.
54. Die nunmehrige Formulierung sieht vor, dass eine Genehmigung auch dann möglich ist, wenn nur jeweils eines der vorher genannten Kriterien erfüllt ist, also wenn der Zusammenschluss aus Gründen der internationalen Wettbewerbsfähigkeit **oder** aus Gründen der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung erlaubt werden soll.
55. Hier stellen sich zunächst europarechtliche Fragen, da indirekt eine Diskriminierung anderer europäischer Unternehmen vorliegen kann. Abgesehen davon besteht noch folgende dogmatische Problematik:
56. Die Neuformulierung des § 12 Abs 2 Z 2 zur internationalen Wettbewerbsfähigkeit steht zwar nach wie vor unter der für alle 3 Ziffern geltenden Verpflichtung einer Abwägung von Vor- und Nachteilen, die in Z 2 bislang zusätzlich geforderte volkswirtschaftliche Rechtfertigung – die ja explizit auf den österreichischen Markt bezogen war – fällt aber weg. Dies hat zur Folge, dass wenn sich die Wettbewerbsfähigkeit international am Markt verbessert, zwar immer noch die in Z 3 erwähnte Abwägung von Vor- und Nachteilen vorzunehmen ist, diese Abwägung aber gerade nicht notwendigerweise jedenfalls auch die Wettbewerbsstruktur in Österreich einzubeziehen hat – sonst würde die Entkopplung ja auch keinen Sinn machen.

57. Offen wäre dann, wie die dann wohl rein auf wettbewerbliche Fragen bezogene Abwägung ausfallen soll, wenn sich etwa zwei große österreichische Unternehmen zusammenschließen, da sich deren Wettbewerbsfähigkeit dann jedenfalls international gesehen verbessern wird, während sich aber unter Umständen österreichische Abnehmer oder Lieferanten, Kunden oder Wettbewerber einem Minus ihrer eigenen Wettbewerbsfähigkeit sowohl am österreichischen als auch am internationalen Markt gegenübersehen. Das Korrektiv einer gesamt-volkswirtschaftlichen Betrachtung fehlt dann.
58. Umgekehrt scheint eine Wettbewerbsbetrachtung, die bloß auf den inner-österreichischen volkswirtschaftlichen Nutzen abstellt, auch nicht zweckmäßig und können gerade international tätige österreichische Unternehmen an einer internationalen Expansion, die etwa mit einem Stellenabbau in Österreich einhergeht, gehindert werden.
59. Insgesamt stellt sich daher auch die Frage, ob die angedachten Änderungen der richtige Weg sind. Ein diesbezüglicher Wettbewerb von Ausnahmegenehmigungen bei der Fusionskontrolle zwischen den europäischen Staaten würde im Zweifelsfall wohl nicht zugunsten österreichischer Unternehmen ausgehen (Stichwort internationale Wettbewerbsfähigkeit). Man sollte daher auch die politischen Grundannahmen nochmals überprüfen.

4. Geldbußen – Anpassung an ECN+ RL

Zu § 29 Abs 2 und Abs 3 (Geldbußentatbestände)

60. Die Änderungen in § 29 sollen der Umsetzung von Art 13 der ECN+ RL dienen. Allerdings ist die Anpassung in § 29 Abs 2 aus Sicht des ÖRAK nicht notwendig, Satz 1 und Satz 2 spiegeln hier langjährige Rechtspraxis auch in Österreich wieder.
61. Schwierigkeiten ergeben sich aus der Umsetzung des Unternehmerbegriffs aus dem EU-Recht in der Systematik des österreichischen Rechts. In Bezug auf § 29 Abs 3 erschließt sich nämlich nicht, was mit „betreiben“ in Satz 1 gemeint ist? Nicht damit gemeint sein soll wohl, dass zukünftig „die an der Zu widerhandlung beteiligten Unternehmen im Zeitpunkt der Zu widerhandlung“ nicht bebußt werden, sondern nur das dieses Unternehmen betreibende Unternehmen? Unklar ist auch was „ferner“ in § 29 Abs 3 Satz 2 bedeuten soll, gibt es dann in der Gesamtschau des § 29 Abs 3 drei Unternehmen, a) das an der Zu widerhandlung beteiligte Unternehmen, b) das dieses Unternehmen betreibende Unternehmen und c) Muttergesellschaften? Nicht beantwortet wird die Frage, ob damit auch etwa natürliche Personen oder Unternehmen gemeint sind, die lediglich über eine 25%-Beteiligung an einem Unternehmen beteiligt sind.

Zu § 31 Abs 3

62. Die Änderungen zu Unternehmensvereinigungen ergeben sich aus der Richtlinie. Dem österreichischen Gesetzgeber bleibt hier keine Wahl. Dennoch soll kritisch erwähnt werden, dass nachdem mit dieser Bestimmung Unternehmer, deren Vertreter den Entscheidungsgremien der Unternehmersvereinigung im Zeitpunkt der Zu widerhandlung angehört haben, prioritär bebußt werden, wenn die

Unternehmensvereinigung selbst nicht zahlen kann, sich dies nur negativ auf die zukünftige Organisationsstruktur von Unternehmensvereinigungen auswirken kann, die wertvolle und oft unbezahlte Arbeit zur Förderung der Wirtschaft in Österreich leisten.

C. ÄNDERUNGEN im WETTBEWERBSGESETZ

1. Behördenorganisation – Aufgabendefinition

Zu § 1 Abs 4 (Berichtspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde)

63. Die nunmehr neu vorgesehene Berichtspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde hat sowohl in den beteiligten Fachkreisen als insb auch in den Medien große Aufmerksamkeit erfahren. Dies wohl insb auch vor dem Hintergrund des Zeitpunkts der Umsetzung der Regelung.
64. So existiert die Wettbewerbsbehörde bereits seit 2002, ohne dass eine solche explizite Regelung im Wettbewerbsgesetz enthalten war. Eine Berichtspflicht erfolgte zB auch nicht mit Umsetzung des mit BGBl. I Nr 2/2008 eingeführten damaligen § 1 Abs 3 WettbG, in dem die Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit des Generaldirektors für Wettbewerb (die ursprünglich im Verfassungsrang angeordnet war), in eine einfache gesetzliche Bestimmung umgewandelt wurde. Dies, obwohl § 20 Abs 2 B-VG damals dahingehend geändert wurde, dass einerseits eine Generalermächtigung zur Weisungsfreistellung bestimmter Kategorien von Behörden durch einfaches Gesetz ermöglicht, andererseits aber auch vorgesehen wurde, dass dieses Gesetz ein der Aufgaben des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht vorzusehen habe.
65. Dass bei einer Novelle, die aufgrund der Notwendigkeit der Umsetzung der ECN+ Richtlinie, die explizit der Stärkung und Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden gewidmet ist, eine – zumindest dem Wortlaut nach sehr weite – Berichtspflicht eingeführt wird, sorgt verständlicherweise für überraschte und auch ablehnende Reaktionen. Dazu kommt, dass erst jüngst Berichtspflichten von ermittelnden Behörden medial große Aufmerksamkeit erfahren haben.
66. Unbestritten ist, dass Art 20 B-VG eine Aufsicht vorsieht. Auch wenn der Zeitpunkt der Umsetzung vor dem soeben geschilderten Hintergrund für Irritationen gesorgt hat, ist eine Umsetzung daher durchzuführen. Unbestritten erscheint aber auch, dass die nun eingeführte Berichtspflicht (wie im Folgenden auszuführen) sehr weit gefasst ist und daher insbesondere auch laufende Verfahren miteinschließt und etwa zudem zeitlich sehr eng („unverzüglich“) und formal unbeschränkt abgefasst ist, indem sie etwa nur einseitig (nur bei den Antworten, nicht bei der Anfrage) auf Schriftlichkeit abstellt.
67. Eine – noch dazu sehr enge Berichtspflicht – für laufende (und in gewissem Ausmaß auch für abgeschlossene) Verfahren erscheint aber nicht sachgerecht.
68. So ist etwa, anders als bei der Bestimmung betreffend E-Control, die in den Erläuterungen als Vorbildgeberin angeführt wird, die Bundeswettbewerbsbehörde nicht zu materiellen Entscheidungen befugt. Die inhaltliche Kontrolle der Anträge der Bundeswettbewerbsbehörde erfolgt durch das Kartellgericht und – in Bezug auf beantragte Hausdurchsuchungen – durch das Bundesverwaltungsgericht.

69. Vor allem aber kommen dem BMDW in der inhaltlichen Prüfung ja keinerlei Befugnisse zu, weshalb auch ein Bericht an das Ministerium nicht nur keine inhaltliche Kontrollfunktion haben kann, sondern uU ein falsches Signal an Unternehmen und deren Vertreter aussendet, dass eine inhaltliche Einflussnahme über das Ministerium möglich wäre.
70. Mit einer Klarstellung, dass sich die Berichtspflicht nicht auf laufende Verfahren bezieht, könnte das BMDW auch erst gar nicht in Verlegenheit kommen, unzulässige Versuche einer Einflussnahme über das Ministerium abwehren zu müssen. Die inhaltliche Kontrolle liegt dann nach wie vor bei den angerufenen Gerichten und sollte (etwa nach dem Vorbild von § 106 StPO) im Übrigen auch noch weiter ausgebaut werden.
71. Da auch Art 20 B-VG insb auch nur eine Aufsicht „über alle Gegenstände der Geschäftsführung“ nicht aber über Gegenstände der „Aufgabenerfüllung“, also über inhaltliche Vorgänge vorsieht, ist der ÖRAK daher der Ansicht, dass der neue § 1 Abs 4 im Lichte der Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde an die Mindestbestimmungen des Art 20 Abs 2 B-VG angeglichen werden muss und damit zB der Verweis auf „Aufgabenerfüllung“ und „unverzüglich“ zu streichen ist bzw ausdrücklich aufzunehmen wäre, dass sich die Berichtspflicht nicht auf laufende Ermittlungen bezieht.
72. Dafür spricht zudem, dass aus den Erläuterungen zum KaWeRÄG hervorgeht, dass man in Umsetzung der RL aus Unabhängigkeitsgründen offenbar keine Berichtspflicht bei Ermittlungen im Zusammenhang mit den europäischen Wettbewerbsregeln sieht. Warum soll hier bei Vollzug des österreichischen Kartellrechts (Kartelle, Marktmachtmisbrauch und Fusionskontrolle) ein anderer Maßstab gelten?
73. Ein weiterer Punkt, der auch sinnvollerweise direkt im Gesetz geregelt werden sollte, ist, dass Anfragen des Bundesministeriums wohl schriftlich zu erfolgen haben.
74. Abschließend merkt der ÖRAK an, dass eine Verbesserung von Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und zuständigem Ministerium zum Wohle des Vollzugs des Wettbewerbsrechts notwendig ist. Der ÖRAK hofft daher mit obigen Anmerkungen zur Lösung beitragen zu können. Wünschenswert wäre, wenn zur Umsetzung von Art 20 B-VG eine Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretern des Ministeriums und der Bundeswettbewerbsbehörde eingesetzt würde, um zu einer praktikablen Berichtspflicht und Zusammenarbeit zu kommen, die einen Neustart darstellt und entsprechend umgesetzt werden kann. Hier könnten uU verschiedene Vorbilder bei der Zusammenarbeit in anderen Mitgliedstaaten oder auch die Berichtspflichten der Richter herangezogen werden.
75. Zudem kann auch überlegt werden, die Bundeswettbewerbsbehörde anstelle des BMDW beim Justizministerium anzusiedeln.

Zu § 2 iVm § 10 (2) (Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde)

76. Abgesehen von der soeben diskutierten Berichtspflicht sieht der Entwurf in § 2 auch vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde zukünftig keine „Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik“ abgeben kann und Stellungnahmen

der Bundeswettbewerbsbehörde zu wettbewerbspolitischen Fragen gem 10 Abs 2 zukünftig NUR mehr auf Ersuchen des Bundesministeriums abgegeben werden können.

77. Der ÖRAK sieht dies nicht als sachgerecht an. Von der Politik unabhängige Äußerungen zur Wettbewerbspolitik – sind entgegen den Erläuterungen – eine „typische Aufgabe einer Wettbewerbsbehörde“.
78. In den Erläuterungen wird hier ausgeführt, dass diese Streichung „im Sinne der Stärkung (!) der Kernaufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde“ ist und die Abgabe von Stellungnahmen bzw Gutachten zu allgemeinen wettbewerbspolitischen Fragestellungen in § 10 Abs 2 WettbG verschoben werden.
79. In § 10 Abs 2 (NEU) findet sich aber dann keinesfalls eine Stärkung der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde, sondern wird hier ausgeführt, dass ausschließlich „die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort die Bundeswettbewerbsbehörde um die Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik ersuchen kann.“
80. Dies ist nicht nur eine nicht nachvollziehbare Einschränkung der Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde, sondern der Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde an sich. Die Bundeswettbewerbsbehörde muss und soll sich selbstverständlich auch in Zukunft unabhängig zu „allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen“ äußern können. Die Unternehmen und ihre Vertreter profitieren von der Transparenz solcher Stellungnahmen.
81. Die Bundeswettbewerbsbehörde tut dies etwa in ihren Standpunkten (bzw Leitlinien). Nur so werden wesentliche Fragen der Kartellrechtspraxis, wie zB Anmeldebedürftigkeit oder Inlandsauswirkungen von Zusammenschlüssen, Abgabe von Prüfungsverzichten, Marktbegrenzungen, Praxis bei Hausdurchsuchungen etc praxistauglich zusammengefasst. Sie sind für die Kartellrechtspraxis in Österreich unverzichtbar und entsprechen selbstverständlich auch dem Verständnis und der Praxis anderer Wettbewerbsbehörden (zB Kommission, Bundeskartellamt).
82. Sollte hier der Entwurf tatsächlich darauf abzielen, der Bundeswettbewerbsbehörde als Verwaltungsbehörde, die mit dem Kartellrechtsvollzug in Österreich (mit)befasst ist, die Möglichkeit zu entziehen, solche Standpunkte und Leitlinien unabhängig, dh auch ohne Ersuchen durch die Bundesministerin, zu veröffentlichen, würde dies die auch EU-rechtlich begründete Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde rechtswidrig einschränken und den betroffenen Unternehmen schaden.
83. So steht die substantielle Einschränkung der Rechte der Bundeswettbewerbsbehörde durch Streichen in § 2 bzw § 10 Abs 2 im direkten Widerspruch zur RL 1/2019, wonach gem Art 4 Abs 2a die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass (hier in Österreich) die Bundeswettbewerbsbehörde gem dieser Richtlinie „ihre Aufgaben und Befugnisse im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV unabhängig von politischer und anderer externer Einflussnahme wahrzunehmen“ hat. Können aber Stellungnahmen zu wettbewerblichen Fragen nur mehr auf Zuruf der Bundesministerin erfolgen, ist diese Unabhängigkeit nicht mehr gegeben.

84. Wenn es nur darum geht, dass die Bundeswettbewerbsbehörde nicht zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik Stellung nehmen soll, so reicht es aus, die Textierung auf „Fragen des Wettbewerbs“ einzuschränken.

2. Zusammenschlüsse – Übermittlung aller Zusammenschlussanmeldungen an das BMDW

Zu § 10 Abs 6 (Übermittlung von Anmeldungen an das BMDW)

85. Die Bundeswettbewerbsbehörde soll nach § 10 Abs 6 (NEU) dafür Sorge tragen, dass dem Bundeskartellanwalt und zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem Investitionskontrollgesetz – InvKG, BGBl. I Nr. 87/2020, der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort eine Zusammenschlussanmeldung (§ 9 KartG 2005) unverzüglich nach dem Einlangen mit ihren Beilagen weitergeleitet wird.

86. Dies ist angesichts dessen, dass Zusammenschlussanmeldungen nur zu einem sehr kleinen Teil Informationen enthalten, die auch das InvKG betreffen, vollkommen überschließend. Wenn man hier Synergien heben will, kann eine Übermittlung allenfalls anlassbezogen erfolgen.

87. Ansonsten tritt der Effekt ein, dass Unternehmen und ihre Vertreter notgedrungener Maßen präventiv zusätzliche Informationen auch zum InvKG in die Zusammenschlussanmeldung aufnehmen, um von vornherein eine Anfrage durch das BMDW und damit einen drohenden Zeitverlust zu vermeiden. Dies führt zu uferlosen Angaben bei der Anmeldung und ist angesichts der niedrigen Schwellen der österreichischen Fusionskontrolle völlig unverhältnismäßig.

3. Kronzeugenregelung – Anpassung an ECN+ RL

Zu § 11b Abs 1 Z 1 bis 4 WettbG

88. Die aufgrund der ECN+ RL notwendigen Anpassungen des Kronzeugenprogrammes sind nach Ansicht des ÖRAK gut gelungen und mit Augenmaß vorgenommen worden.

89. Aufzunehmen wäre aber noch Art 19 lit b (v) der ECN+ RL, der es ermöglicht, vom Verbot nach § 11b Abs 1 Z 2 letzter Satz (wonach weder die Tatsache noch der Inhalt des Kronzeugenantrags offengelegt werden darf, bis eine Information nach § 13 Abs 2 erfolgt) abzugehen und eine abweichende Regelung mit den Kronzeugen zu treffen. Dies kann die Handhabung in der Praxis deutlich erleichtern.

90. Zu übernehmen wäre auch die bisherige Textierung im Kronzeugenhandbuch, wonach die Behörde bei Vorliegen der Voraussetzungen den Kronzeugensatus zu gewähren „hat“ und nicht bloß „kann“.

Zu Art 2 Z 34 – § 11b Abs 3 und 4 WettbG

91. Da die Richtlinie eine Umsetzung einiger Bestimmungen vorsieht, die bis dato schon im österreichischen Kronzeugenhandbuch enthalten sind, kann dies nach Ansicht des ÖRAK durchaus im Wege einer Verordnungsermächtigung erfolgen.

Da sich der Inhalt des Kronzeugenhandbuchs aber sehr bewährt hat, sollte sich diese Verordnung streng daran orientieren und im Übrigen vor allem die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt eingebunden werden. Im Entwurf ist hier vermutlich als Redaktionsversehen die Wettbewerbskommission anstelle des Bundeskartellanwaltes angeführt.

92. Im Übrigen sollte durch die Verordnung gerade nicht die Herausgabe eines Kronzeugenhandbuchs abgeschnitten werden. Die beiden Handbücher (das der Bundeswettbewerbsbehörde und das des Bundesministeriums für Justiz) sind derzeit unverzichtbare Dokumente für die Praxis.

Regelung durch das KaWeRÄG 2021 zu § 209b StPO

93. Die Erläuterungen zum KaWeRÄG führen richtig aus, dass Art 23 der ECN+ RL, der das Zusammenwirken von Kronzeugenprogrammen und Sanktionen gegen natürliche Personen regelt, durch § 209b StPO grundsätzlich abgedeckt ist. Bei der anstehenden Verlängerung sollten aber noch einige Anpassungen vorgenommen werden, um seine praktische Anwendung zu erleichtern. Dies betrifft in erster Linie die derzeit parallel geführten Ermittlungen von Bundeswettbewerbsbehörde und Staatsanwaltschaft, die zu inhaltlichen Unsicherheiten (ist der gesamte Sachverhalt, der den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt durch den Kronzeugenantrag ausreichend abgedeckt) und zu einer äußerst langen und damit für die betroffenen natürlichen Personen sehr belastenden Verfahrensdauer führt, die geeignet ist, von einer Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms Abstand zu nehmen.
94. Was die ECN+ RL angeht wäre aber jedenfalls umzusetzen, dass in Art 23 der RL festgelegt ist, dass bei Mitarbeitern jenes Unternehmens, das als erstes einen Kronzeugenantrag gestellt hat und die Voraussetzungen für einen vollständigen Bußgelderlass erfüllt, jedenfalls eine Einstellung der strafrechtlichen Verfolgung zu erfolgen hat, dh ohne Ermessen der für die Einstellung zuständigen Behörden oder Gerichte (im Falle der österreichischen Regelung der Bundeskartellanwalt und indirekt über Abs 2 die zuständige Staatsanwaltschaft).

4. Verwendung von Beweismitteln

Umsetzung und Erweiterung von Art 31 Abs 1 ECN+ RL

95. Art 31 Abs 1 ECN+ RL ermöglicht es den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Informationen, die nationale Wettbewerbsbehörden im Zuge von Hausdurchsuchungen, Auskunftsverlangen oder einer Befragung erlangt haben, nicht als Beweismittel für die Verhängung von Sanktionen gegen natürliche Personen oder enge Angehörige dieser Personen verwenden dürfen.
96. Da der Entwurf zum KaWeRÄG 2021 hier bis dato keine Umsetzung vorsieht, erlaubt sich der ÖRAK auf die große praktische Bedeutung einer entsprechenden Bestimmung aufmerksam zu machen.
97. So hat nach § 78 StPO grundsätzlich jede Behörde oder öffentliche Dienststelle bei Verdacht einer Straftat diese zur Anzeige zu bringen. Dies bedeutet, dass die Bundeswettbewerbsbehörde etwa im Falle eines Verdachts nach §§ 168b oder 146 StGB, den sie zB im Zuge der Vernehmung eines Mitarbeiters eines

kooperierenden Unternehmens erhält, grundsätzlich zur Anzeige bringen muss (auch wenn in der strafrechtlichen Literatur hier teilweise die Auffassung vertreten wird, dass dabei ein gewisser Spielraum besteht).

98. Im Sinne der Richtlinie, die klar zum Ziel hat, parallele Strafverfahren zugunsten des Kartellrechtsvollzugs hintanzustellen, wäre zudem ein Schutz von jenen Informationen vorzusehen, die der Behörde aufgrund von Kronzeugenanträgen übermittelt werden und die natürliche Personen betreffen. Dies bezieht sich vor allem auf die Übermittlung Eidesstättiger Erklärungen, die immer häufiger ein Kernelement der Aufdeckung von Kartellen darstellen. Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die Bundeswettbewerbshörde Eidesstättige Erklärungen nicht zur Anzeige bringen darf oder es zumindest in ihrem Ermessen liegt, dies nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zu tun.

Wien, am 18. Mai 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Rupert Wolff
Präsident