

Bundesministerium für Wirtschaft,
Familie und Jugend
Stubenring 1
1011 Wien

Wiedner Hauptstrasse 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per e-mail:
post@c14.bmwfj.gv.a
team.z@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
BMWFJ-56.109/0002-C1/4/2011
BMJ -Z9.100/0001-I 4/2012

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
1266/12/TT/CG
Dr. Theodor Taurer

Durchwahl
4282

Datum
27.02.2012

Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Entwurf einer Novelle zum Wettbewerbsgesetz, Kartellgesetz 2005 und Nahversorgungsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Wirtschaftskammer Österreich nimmt zu den vorliegenden Entwürfen wie folgt Stellung:

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt ausdrücklich die Initiative der beiden zuständigen Ressorts, die Empfehlungen der Sozialpartner, welche im Rahmen der Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“¹ erarbeitet worden sind, in der vorliegenden Reform des Wettbewerbs- und Kartellrechtes umfassend zu berücksichtigen.

Auch wenn nicht jede der vorgeschlagenen Maßnahmen auf die ungeteilte Zustimmung jedes Unternehmens in Österreich stößt, sind alle Vorhaben, die einen transparenteren und effektiveren Wettbewerbsvollzug in Österreich unterstützen volkswirtschaftlich sinnvoll und notwendig. Flankierend zu den vorgesehenen Maßnahmen auf Ebene des materiellen Rechtes und des Verfahrensrechtes, hat die Bundesregierung der Wettbewerbspolitik und einer wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie in Zukunft größere Beachtung zu schenken. Durch eine Verbesserung der Wettbewerbsgesinnung erfolgt ein wichtiger Beitrag zur Stärkung der nationalen und internationalen Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft und zur Steigerung der Attraktivität des Standortes Österreich. Vorschläge dafür enthalten sowohl die ge-

¹ siehe www.sozialpartner.at

nannte Sozialpartnerstudie als auch die 19. Teilstudie (Böheim et al.) zum Wifo-Weißbuch „Wachstum und Beschäftigung“ aus 2006.

In der Folge wird zu einzelnen Punkten der vorliegenden Reformvorschläge Stellung genommen und diese juristisch und interessenspolitisch beurteilt; in der Anlage befinden sich von der Mehrheitsmeinung der WKÖ abweichende Stellungnahmen, welche die fachlichen Stellungnahmen einzelner Organisationsteile wiedergeben.

1) Zum Themenbereich „Wettbewerbsmonitoring“

Die Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen führt zum Thema Wettbewerbsmonitoring unter der Überschrift „Wettbewerbsmonitoring gesetzlich verankern“ folgendes aus:

„Im Rahmen der öffentliche Diskussion im Zusammenhang mit der Inflationsentwicklung in Österreich in den Jahren 2007/2008 wurde von verschiedenen Seiten wiederholt die Notwendigkeit eines systematischen und transparenten Wettbewerbsmonitorings eingefordert. Die Untersuchungen zu den Ursachen der Preissteigerungen, insbesondere bei Energie und Lebensmitteln, haben gezeigt, dass in Österreich die Datengrundlage über die einzelnen Sektoren entlang der Wertschöpfungskette stark verbesserungsbedürftig ist. Ein systematisches, kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring, das Kennzahlen zur Preisentwicklung in bestimmten Sektoren, zur Margen-, Kosten- und Marktkonzentrationsentwicklung erarbeitet und Ländervergleiche durchführt, liefert wichtige Informationen über die Wettbewerbsintensität einzelner Sektoren und Branchen. Der akute Bedarf nach einer proaktiven Wettbewerbspolitik wird durch jüngste Untersuchungen bestätigt. Hier wird vorgeschlagen, nach dänischem Vorbild eine vorausschauende, proaktive und investigative Wettbewerbspolitik auf der Grundlage eines transparenten quantitativen Wettbewerbsmonitorings zu implementieren.

Bislang hat keine der für den Wettbewerb verantwortlichen Institutionen ein klares Konzept zum Aufbau eines Wettbewerbsmonitorings erarbeitet. Die Sozialpartner sind sich einig, dass ein kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring gesetzlich eingerichtet werden muss. Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung ist als erster Schritt umgehend die Wettbewerbskommission mit der Ausarbeitung eines Konzeptes zu befassen.

Dabei sind externe Experten einzubinden, wofür die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen sind. Weiters ist abzuklären, inwieweit die Statistik Austria beauftragt werden kann, allgemein verfügbare Daten zur Verfügung zu stellen bzw. eine Konzentrationsstatistik zu implementieren, um eine Verbesserung der wettbewerbsökonomischen Datenbasis zu erreichen.“

Daraus folgt für die WKÖ, dass die wettbewerbspolitische Diskussion über vermeintliche Marktdefizite und Preisdifferenzen, sich weg von einem einzelfallbezogenen und schlagwortartig einseitigen Klientelverständnis hin zu einer Versachlichung auf Basis anerkannter Kennzahlen und politischer Vorgaben im Rahmen einer neuen proaktiven Wettbewerbspolitik entwickeln soll.

Obgleich die Anregung zu einer Implementierung eines Wettbewerbsmonitorings bereits seit Jahren existiert, gibt es bislang keinen konkreten Vorschlag dafür; eine Beauftragung der Wettbewerbskommission - wie von den Sozialpartnern angeregt - ist bisher nicht erfolgt. Dadurch ist wertvolle Zeit verloren gegangen, um einen offenen und transparenten Willensbil-

dungsprozess darüber, was Inhalt des Wettbewerbsmonitorings im Detail sein könnte, in die Wege zu leiten. Wir stehen nach wie vor am Anfang eines solchen Prozesses - innerhalb weniger Tage und Wochen ein intelligentes Konzept „aus dem Hut zu zaubern“, kann seriös von niemandem erwartet werden.

Ausgangspunkt für alle inhaltlichen Überlegungen sollten die Erfahrungen in Dänemark sein, wo ein System entwickelt wurde, welches - an die österreichischen Verhältnisse angepasst - helfen könnte, Sektoren mit Wettbewerbsdefiziten zu identifizieren, und adäquate Abhilfemaßnahmen zu schaffen. Darunter sind nicht nur behördliche Maßnahmen - etwa Untersuchungen und Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde - zu verstehen, sondern allenfalls auch politische Maßnahmen seitens der zuständigen Ministerien.

Einblicke in die Grundstruktur des dänischen Systems bieten dabei die Ausführungen der 19. Teilstudie des Wifo-Weißbuches „Wachstum und Beschäftigung“ sowie der Aufsatz „Nationale Lissabon-Programme: Ideen für die österreichische Wirtschaft“². Dort wird aufgezeigt, wie anhand qualitativer und quantitativer Faktoren Wirtschaftsbereiche mit geringer Wettbewerbsintensität, aber großer Relevanz für den Wirtschaftsstandort erhoben werden können. Basierend auf quantitativen Erhebungen nach Umsatz und Beschäftigungszahlen des gesamten Sektors wurden folgende Indikatoren herangezogen, um die Wettbewerbsintensität festzustellen.

Tabelle 2

Wettbewerbsindikatoren zur Identifizierung von Sektoren mit geringer Wettbewerbsintensität		
	Kriterium	Punkteanzahl für Gewichtung
Öffentliche Regulierung	Wettbewerb durch Regulierung eingeschränkt, Ja = 1, Nein = 0	3
Konzentration	Umsatzanteil der vier größten Unternehmen (Konzentrationsrate 4) >80%	2
Importe berücksichtigende Konzentration	Importe berücksichtigende Konzentrationsrate 4 >50%	1
Gründungsrate	Jährliche Gründungsrate unter 3% in der Sachgüterindustrie, unter 8% bei Dienstleistungen	2
Marktanteilmobilität	Weniger als 10% p. a.	2
Produktivitätsschwankungsbreite	Produktivitätsschwankungsbreite 25% über der durchschnittlichen Breite	2
Lohnniveau	Lohnniveau 15% über dem Niveau der dänischen Möbelindustrie	1
Rendite	Rendite 50% über dem Durchschnitt der dänischen Sektoren	2
Preisniveau	Preisindex drei Prozentpunkte über dem Durchschnitt von neun ausgewählten EU-Mitgliedstaaten	3
Einschätzung durch Wettbewerbsbehörde	Spezifische Einschätzung	x

Quelle: NRP Dänemark.

Dabei wurde dem Gesamtbild Vorrang gegenüber einer Betrachtung einzelner Faktoren gegeben. Mit der Durchführung dieses Monitorings wurde in Dänemark die Wettbewerbsbehörde beauftragt. Dort arbeiten im Wettbewerbsbereich unmittelbar 74 Mitarbeiter (2010).

² J. Janger, Geldpolitik & Wirtschaft, Q2/06, S.53 f

Die Idee der Einführung eines Wettbewerbsmonitorings darf nicht als solitäre Maßnahme gesehen werden, sondern ist - im Sinne der 19. Teilstudie zum Wifo-Weißbuch „Wachstum und Beschäftigung“ - Teil der Weiterentwicklung der Wettbewerbskultur in Österreich:

„Wettbewerbspolitik ist mehr als das bloße Abarbeiten von konkreten Kartellrechtsfällen; eine moderne Wettbewerbspolitik setzt eine mit anderen Politikbereichen (Industriepolitik, Energiepolitik, Umweltpolitik usw.) abgestimmte Gesamtstrategie ("Grand Design") voraus; eine solche wettbewerbspolitische Gesamtstrategie ist für Österreich mit Nachdruck einzufordern; von der Politik sind diesbezüglich klare operationalisierbare Ziele vorzugeben.

Als Vorbild könnte die proaktive und investigative Wettbewerbspolitik in Dänemark dienen, die nach klaren politischen Vorgaben alle Wirtschaftszweige einem quantitativen Wettbewerbsmonitoring unterzieht.

Um die österreichische Wettbewerbs- und Regulierungspolitik auf nachvollziehbare quantitative Grundlagen zu stellen, sollte die Teilnahme Österreichs an den "OECD Reviews of Regulatory Reform" sichergestellt werden; parallel dazu sind nationale Anstrengungen zur Verbesserung der wettbewerbsökonomischen Datenbasis erforderlich, wie z. B. die Etablierung einer nationalen Konzentrationsstatistik durch Statistik Austria.

Auf der Grundlage der wettbewerbsökonomischen Datenbasis sollten jährliche Berichte über die Wettbewerbssituation in der österreichischen Wirtschaft veröffentlicht werden. Um höchstmögliche Unabhängigkeit, Objektivität und Transparenz zu gewährleisten, wäre dieser jährliche Wettbewerbsbericht von einer wissenschaftlich orientierten Forschungs- und Beratungsinstitution zu verfassen, die im Rahmen einer internationalen Ausschreibung ausgewählt wird. Der Wettbewerbsbericht sollte zusammen mit den verpflichtenden Stellungnahmen der betroffenen Unternehmen sowie der Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden im österreichischen Parlament behandelt werden. Die Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden hätten einen konkreten Maßnahmenkatalog zur Behebung der im Bericht angesprochenen Wettbewerbsprobleme vorzulegen.“

Ein funktionierendes Wettbewerbsmonitoring:

- kostet jedenfalls in der Anfangsphase Geld (hier liegt die Priorität auf Aufträgen an Wirtschaftsforschungseinrichtungen in Zusammenarbeit mit der BWB und der Wettbewerbskommission, wobei die BWB langfristig das Monitoring übernehmen sollte);
- darf die Unternehmen nichts kosten und keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen, wenn brauchbare Daten auch von dritter Seite beigebracht werden können (va Statistik Austria). Eigene Auskunftsverfahren, welche die Unternehmen mit neuen Verwaltungskosten belasten, werden strikt abgelehnt und widersprechen allen Maßnahmen der Regierung, Verwaltungskosten zu reduzieren;
- sollte die Grundlage bilden, das obsolete und antiquierte Instrument der Preisregulierung im Rahmen des Preisgesetzes zu ersetzen;
- ist ein Hilfsinstrument, um eine proaktive Wettbewerbspolitik auf ministerieller Ebene zu verfolgen, und ein Ermittlungen vorgelagertes Analyseinstrument für den Wettbewerbsvollzug.

Rechtlich könnte das Wettbewerbsmonitoring im Rahmen der Kartell- und Wettbewerbsreform 2012 am einfachsten dadurch umgesetzt werden, dass entweder in der Aufgabenbeschreibung der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 2 (1) WettG) ein neuer Punkt 8 „Durchführung des Wettbewerbsmonitoring“ aufgenommen wird; oder das Wettbewerbsmonitoring könnte BWB und Wettbewerbskommission zur gemeinsamen Aufgabe gemacht werden, was entsprechende Anpassungen in § 2 (1) und § 16 (1) WettG nach sich ziehen würde. In den Erläuternden Bemerkungen zu diesen Bestimmungen sind die Zielvorstellungen und oben angestellten Überlegungen einzubringen, um der BWB bzw. der Wettbewerbskommission eine Zielrichtung für die Organisation des Wettbewerbsmonitorings zu geben. Ob im laufenden Gesetzwerdungsverfahren noch eine rechtskonforme Verordnungskompetenz für den BMWFJ geschaffen werden kann, um in einer späteren Rechtsverordnung die Details des Wettbewerbsmonitorings festzulegen, darf bezweifelt werden und wird aus Sicht der Wirtschaft abgelehnt.

Es bestünde allerdings auch die Möglichkeit dem BMWFJ das Wettbewerbsmonitoring unmittelbar per Gesetz zur Aufgabe zu machen, wobei BWB und Wettbewerbskommission jedenfalls in die Arbeiten einzubinden wären.

2) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 2005 geändert wird (Kartellgesetznovelle 2012)

Der Entwurfstext zur KartG Novelle greift eine zentrale Empfehlung der Sozialpartnerstudie nicht auf, deren Umsetzung für eine Verbesserung der Tatsachenkontrolle im kartellgerichtlichen Verfahren notwendig wäre. Die Studie des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen führt zum Thema „zweite Tatsacheninstanz“ Folgendes aus:

„Von einer Mehrzahl der Befragten wurde das Fehlen einer kontrollierenden Tatsacheninstanz bemängelt. Derzeit sieht sich das KOG ausschließlich zur Entscheidung von Rechtsfragen berufen. Es wurden zwei Vorschläge vorgebracht:

- *Die Einführung eines dreiinstanzlichen Verfahrens mit dem Handelsgericht (HG Wien eventuell eigener Kartellsenat) in erster Instanz;*
- *das KG als zweite Tatsacheninstanz*

Die Sozialpartner sind der Auffassung, dass die Einführung eines dreiinstanzlichen Verfahrens nur zu einer Verfahrensverlängerung führen würde. Gerade die Straffheit von nur zwei Instanzen, allerdings auf Gerichtshofebene, gewährleistet einen raschen Rechtsvollzug. Problematisch sehen es die Sozialpartner allerdings gerade für den Bereich des Geldbußenverfahrens an, dass keine zweite Tatsachenüberprüfung vorhanden ist.

Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass Tatsachenfeststellungen bereits in Geldbußenverfahren vorangehenden Abstellungs- bzw. Feststellungsverfahren getroffen werden können. Für die Fusionskontrolle wird diese Notwendigkeit von den Sozialpartnern nicht gesehen (hier kann ein „stop-the-clock-Verfahren“ Abhilfe schaffen). Die Möglichkeit das KOG nicht nur als Rechtsinstanz, sondern auch als Tatsacheninstanz zu bemühen, sollte einer Überprüfung unterzogen werden. In diesem Fall sollte die Tatsachenkontrolle aber stärker auf zivilprozessuale Grundsätze aufgebaut werden. Das Rekursgericht sollte nicht zu einer umfassenden Amtswegigkeit verpflichtet sondern die Entscheidung vielmehr auf das Parteivorbringen reduziert werden.“

Aus Sicht der Wirtschaft ist die Einführung einer echten Tatsachenkontrolle im Rahmen der Kartellgerichtsbarkeit unabdingbar.

Z 1 (§ 2 Abs. 2 Z 1): Durch die Überarbeitung und Modernisierung der Regelung über Bagatellkartelle kommen in den betroffenen Branchen neuerlich Sorgen um die juristische Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften auf. Diese Form der horizontalen Kooperation spielt - vor allem im Baubereich - eine große Rolle. Obgleich sich für die wettbewerbsrechtliche und ökonomische Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften ein umfangreiches und komplexes Regelwerk herausgebildet hat, treten in der Praxis - va im Rahmen von Vergabeverfahren - immer häufiger Probleme mit der verfahrensrechtlichen Behandlung von Bietergemeinschaften auf³. Wie auch bereits in früheren Stellungnahmen der WKÖ zu Novellen des Kartellgesetzes setzen wir uns erneut für eine Verbesserung der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften ein. Eine rechtliche Klarstellung käme sowohl den Unternehmen zugute die eine Arbeitsgemeinschaft bilden wollen, als auch den öffentlichen Auftraggebern, deren Vergabeverfahren nicht durch Rechtsstreitigkeiten um die Bewertung von Arbeitsgemeinschaften belastet würden. Abschließende Rechtssicherheit könnte hier nur durch eine neue § 3 Abs. 1 KartG Verordnung des BMJ im Einvernehmen mit dem BMWFJ hergestellt werden⁴. Eine solche VO würde nur solchen Arbeitsgemeinschaften einen „safe harbour“ bieten, welche die Kriterien von § 2 Abs. 1 KartG bzw Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen würden. Alternativ könnte auch auf die Beurteilung von Arbeitsgemeinschaften nach der GVO für Spezialisierungsvereinbarungen (VO Nr. 1218/2010) als Fall der „gemeinsamen Produktion“ Bezug genommen werden.

Öffentlich wurde am Entwurfstext von Anwaltsseite gerügt, dass es bei der neuen Bagatellregelung keine untere Spürbarkeitsgrenze gäbe⁵. Auch die österreichischen Vollzugsbehörden sollten sich nicht mit Fällen belasten, die keine spürbaren wirtschaftlichen Wirkungen in einem relevanten Markt hätten. Dies könnte dadurch bewirkt werden indem etwa folgender Satz dem Entwurfstext angefügt wird:

„...oder die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle). Kartelle, bei denen der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen - einschließlich aller verbundenen Unternehmen - fünf Mio. Euro nicht übersteigt, sind ebenfalls von der Anwendung des § 1 ausgenommen.“

Z 6 (§ 4 Abs. 2a): Nahezu allen entwickelten Wettbewerbsordnungen kennen neben der Einzelmarktbeherrschung das Rechtsphänomen der kollektiven Marktbeherrschung; dieses war bislang im österreichischen KartG nicht direkt umgesetzt. Bei der Umsetzung wird nunmehr im Entwurfstext vorgeschlagen, sich bei der Regelung am § 19 deutsches GWB zu orientieren. Hier bleibt aber festzuhalten, dass sich zwischen dem europäischen und dem deutschen Wettbewerbsrecht eine ehebliche rechtliche Diskrepanz ergibt. Vor allem die Oligopolvermutung gemäß § 19 Abs. 3 GWB trifft in der deutschen Literatur auf Verfassungsbedenken⁶ sowie auf den Vorwurf wettbewerbsökonomisch nicht mehr auf dem letzten Wissensstand zu sein. Der pauschale und undifferenzierte Verdacht auch auf Märkten mit mittlerer Konzentration (immerhin reicht in Z 1 ein durchschnittlicher Marktanteil eines Unternehmens von 16,7%, in Z 2 ein solcher von 13,2% aus) werden hier dem wirtschaftlichen Faktum, dass mehrere Unternehmen sich abgesprochen haben oder bedingungsnotwendig wie ein Einziges am Markt

³ Vergleiche dazu H. Wollmann, Arbeitsgemeinschaften und Kartellrecht - Eine Bestandaufnahme anlässlich der bevorstehenden Novelle zum KartG, bauaktuell, 01/2012, S. 8 ff.

⁴ T. Taurer, Arbeits- und Bietergemeinschaften, in Sachs (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe, Wien, 2007, S.15

⁵ Versammeltes Kartellrecht, der Standard, 03.02.2012, S. 18

⁶ Siehe zB Säcker/Gosse/Wolf in Münchner Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, 2008, Bd II, S. 96 f.

verhalten nicht gerecht. Es darf in Erinnerung gerufen werden, dass die Anforderungen des Europäischen Rechtes für die kollektive Marktbeherrschung durchaus streng sind⁷. Wünschenswert wäre daher - ähnlich der Neufassung des Kartellverbotes in § 1 KartG - eine Neufassung der Marktbeherrschungsdefinition in § 4 KartG analog zu Art. 102 AEUV.

Z 20 (§ 37): Die Bereinigung einer zu veröffentlichenden Entscheidung um Geschäftsgeheimnisse eines Beteiligten, deren Preisgabe entweder dem betroffenen Unternehmen Schaden zufügen oder dem Wettbewerbsprozess künftig nachteilig beeinflussen könnte, ist das Kernproblem von Entscheidungsveröffentlichungen schlechthin. Die Interessenabwägung ist im Einzelfall nicht einfach; es ist allerdings abzulehnen, bereits im Gesetz pauschal den „Rechtsanspruch“ auf Beachtung der Geschäftsgeheimnisse abzusprechen. Auch Art. 30 VO 1/2003 sieht eine solche Regelung nicht vor; allerdings werden in Art. 16 Abs. 3 und 4 VO 773/2004 Verfahrensregeln für den Schutz vertraulicher Informationen aufgestellt. Da es hier teilweise auch um Informationen gehen kann, die dem Schutz des künftigen Wettbewerbs dienen, wäre die Einführung eines solchen (formgebundenen) „Kenntlichmachungsverfahrens“ dem vorliegenden Entwurfstext vorzuziehen.

Z 21 (§ 37a): Im Bereich der geplanten Schadenersatzbestimmungen im KartG kommen Vorbehalte vor allem von Teilen der Industrie sowie der Sparte Banken und Versicherungen.

Allgemein kann aber festgehalten werden, dass § 37a Abs 1 erster Satz die bereits bestehende Rechtslage einfach - aus vielleicht präventiven Gründen - kompiliert. Der Ausschluss der „passing on defence“ im zweiten Satz ist allgemein umstritten, hier gibt es auch keine klare Positionierung innerhalb der Wirtschaftskammer-Organisation.

Schließlich ist die undifferenzierte Übernahme des § 33 Abs 3 Satz 3 dGWB in § 37 Abs 1 dritter Satz des Entwurfes mit zahlreichen Problemen verbunden, welche die Verfassungskonformität dieser Bestimmung in Zweifel ziehen lassen. So ist weder nach dem Gesetzestext noch nach den Erläuterungen ersichtlich, ob hier an dem von den Gesetzesverfassern in Deutschland verfolgtem Ansatz, der Gewinn errechne sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistung sowie abzüglich angefallener Betriebskosten, während Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen nicht abzugsfähig seien⁸, festgehalten wird. In gleicher Weise bleibt, wie auch in Deutschland, völlig offen, ob nur der Mehrertrag infolge des Kartellrechtsverstößes oder der gesamte Gewinn des für den Verstoß verantwortlichen Unternehmens berücksichtigt wird. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Wahlrecht zwischen dem Verletzergewinn (wie auch immer dieser berechnet sein mag) und dem Ersatz des dem Verletzten entstandenen Schadens bestehen soll oder ob lediglich dieser Schaden allenfalls um einen Betrag entsprechend dem anteiligen Gewinn des Verletzers erhöht werden kann. Schließlich bleibt unklar, wem das Wahlrecht zustehen soll, falls ein solches tatsächlich gegeben ist.⁹

In den Erläuternden Bemerkungen sollte auch klargestellt werden, dass die Bestimmung der Höhe des Schadens nach § 273 ZPO lediglich als ultima ratio dienen soll.

In Absatz 4 sollte klargestellt werden, dass „ewiges Ruhen“ als Form der Beendigung des eingeleiteten Verfahrens gilt.

⁷ Siehe dazu R. Bechtold et al. EG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, Art. 82, RZ 25; T. Eilmannsberger in Münchner Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Art. 82 EG, RN 90

⁸ Vgl T. Lübbing in Münchener Kommentar zum GWB, aaO § 33 Rz 111.

⁹ Vgl V. Emmerich in Immenga/Mestmäcker, aaO § 33 Rz 62 f.

Z 25 (§ 50): Die Schaffung eines „Auffangtatbestandes“ für „sonstige Verfahren“ steht zufolge seiner Unbestimmtheit in einem wohl nicht mehr haltbaren Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip - eine Problematik, die durch die Verbindung mit der höchsten Rahmengebühr nach KartG noch verstärkt wird. Der im Entwurf vorgesehene Auffangtatbestand sollte daher entfallen oder konkretisiert werden.

3) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Wettbewerbsgesetz geändert wird (Wettbewerbsgesetz-Novelle 2012)

Z 10 (§ 11a Abs.3): In der Sozialpartnerstudie wird zum Thema „Auskunftsverlangen - selbständige Bescheidkompetenz?“ Folgendes ausgeführt:

„Der Entwurf der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 sah auch eine Bestimmung vor, wonach die BWB mittels Bescheid Auskunftsersuchen auch eigenständig durchsetzen konnte. Der Gesetzgeber selbst hat diese Möglichkeit allerdings nicht beschlossen. Nach Ansicht der Sozialpartner bietet der derzeit mögliche verwaltungsrechtliche Rechtsschutz (BWB - VwGH) keine effizientere Durchsetzungsmöglichkeit behördlicher Auskunftsverlangen gegenüber dem bestehenden System der kartellgerichtlichen Durchsetzung.“

Durch den Musterfall der Branchenuntersuchung „Lebensmitteleinzelhandel“ hat das KOG mangels klarer rechtlicher Bestimmungen durch den Gesetzgeber Auslegungskriterien geschaffen, welche eine effiziente und rechtsstaatliche Durchsetzbarkeit ermöglichen. Seither ist es zu keinen weiteren Problemen in dieser Hinsicht gekommen. Insoweit das bestehende System optimiert werden kann, wird dies von den Sozialpartnern ausdrücklich befürwortet. Dies könnte in der Form geschehen, dass bei Auskunftsverlangen, die gerichtlich durchgesetzt werden müssen, ein „Eilverfahren“ eingeführt wird, und der Auftrag über Auskunftsverlangen binnen bestimmter Frist vom Kartellgericht erlassen werden muss. Die Möglichkeit einem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu versagen, wenn dies von der BWB beantragt wurde, gibt es bereits jetzt (§ 11a (3) WettbG). Diese Möglichkeit wurde von der BWB im oben genannten Musterfall nicht genutzt. Zusätzlich sollten die Rechtsmittelfristen verkürzt werden. Durch diese Vorgehensweise kann sichergestellt werden, dass Auskunftsverlangen in angemessenem Zeitraum durchgesetzt und als effizientes Ermittlungsinstrument genutzt werden können.“

Die WKÖ ist auch weiterhin der Meinung, dass mit dem bisherigen Verfahren im bestehenden System durchaus das Auslangen gefunden werden kann.

Die Bestimmung stellt sich in ihrer vorgeschlagenen Fassung darüber hinaus als verfassungsrechtlich bedenklich dar: So verstößt sie zunächst gegen Art 90 Abs 2 B-VG, da sie als einfachgesetzliche Regelung dem Bescheidadressaten einen Zwang zur Selbstbeichtigung aufbürdet (vgl VfGH 29.9.1988, VfSlg 11.289; 25.9.1990, VfSlg 12.545; 16.10.1997, VfSlg 14.987; 16.10.1997, VfSlg 14.988; 6.10.1999, VfSlg 15.600 ua). Weigert sich dieser Adressat, dem mit Bescheid erteilten Auftrag zur Auskunftserteilung nachzukommen, so sieht sich dieser nunmehr nicht nur mit der Verhängung einer Zwangsstrafe, sondern auch einer Verwaltungsstrafe (vgl § 11 a Abs 5 WettbG) konfrontiert, welche von der selben Behörde verhängt wird, welche auch den Erstbescheid erlassen hat. Es zeigt sich somit, dass die Neufassung des § 11a Abs 3 WettbG allein darauf abzielt, möglichst viel Druck auf den Bescheidadressaten mit dem erklärten Ziel auszuüben, dass dieser Informationen preisgibt, welche ihn selbst belasten könnten: Hierdurch verstößt diese Bestimmung offenkundig gegen Art 6 Abs 1 EMRK, da die so erzwungenen Auskünfte fortan in einem Strafverfahren iSd Art 6 EMRK - als welches das

Geldbußenverfahren zweifelsohne zu qualifizieren ist¹⁰ - verwendet werden können.¹¹ Es wäre auch zu wünschen, dass in den Erläuternden Bemerkungen Hinweise auf die Schranken des „nemo tenetur“ Grundsatzes im gegenständlichen Fall gegeben werden¹².

Z 11 (§ 11a Abs. 4 bis 8): Die Übernahme der bisherigen Zwangsgeldbestimmung aus dem KartG in das Wettbewerbsgesetz führt in letzter Konsequenz dazu, dass durch eine ermittelnde Anklagebehörde aus Eigenem hohe Zwangsstrafen angedroht und verhängt werden können. Ob dies mit Art. 6 MRK vereinbar ist, wird allenfalls vor dem VfGH zu klären sein.

Anknüpfend an die Ausführungen zu § 11 a Abs 3 WettbG ist festzuhalten, dass es im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK problematisch ist, würde dieselbe Behörde, welche zuvor potentiell selbstbeachtigende Informationen mit Bescheid zu erzwingen gesucht hat, nunmehr für den Fall, dass ihr diese Auskünfte nicht genügen, das Recht eingeräumt, über den Bescheid-adressaten eine Verwaltungsstrafe zu verhängen. Dies widerspräche in jedem Fall dessen Recht auf ein faires Verfahren. Darüber hinaus bleibt fraglich, welchen Anwendungsbereich § 11a Abs 5 WettbG haben bzw wie dieser überhaupt verstanden werden soll: Zunächst wird eine Verwaltungsstrafe für den Fall angedroht, dass jemand überhaupt "keine" Angaben macht - dies ist, wie oben zu Abs 3 bereits aufgezeigt, jedenfalls verfassungswidrig, da hier nicht einmal eine einzige Einschränkung zugunsten des Selbstbeachtigungsverbots vorgenommen wird.

Betreffend die Vornahme "unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Auskünfte" fragt sich zu Recht, wie diese Formulierung Art 7 Abs 1 B-VG genügen kann, wenn dem Normunterworfenen völlig unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine einmal erteilte Auskunft als unrichtig, unvollständig bzw insbesondere als irreführend qualifiziert wird. Es wird der Strafbehörde vielmehr ein Freiraum zur Übung von Willkür eröffnet, bei welchem sie auf keinerlei objektive Maßstäbe zurückgreifen muss. Die Einräumung eines solch freien Ermessens bringt darüber hinaus natürlich auch einen Verstoß gegen das Determinierungserfordernis des Art 18 Abs 1 B-VG mit sich, welches im Hinblick auf die mit der Verwaltungsstrafe einhergehende Grundrechtseingriffe als streng anzulegen ist.

Schließlich verlangt Art 7 EMRK, dass dem unbefangenen Rechtsunterworfenen der Normgehalt der Strafbestimmung aus dem Gesetzestext klar erkennbar ist. Dies ist jedenfalls betreffend die "Irreführung" zu verneinen welche vollkommen der subjektiven Sicht der Behörde ausgeliefert ist, jedoch gleichermaßen auch betreffend die "Richtigkeit" und die " Vollständigkeit" seiner Angaben, da der Bescheidadressat einem zumeist generellen Auskunftersuchen ja nur nach seinem Verständnis der Sachlage antworten kann, welches von Natur aus ein von der Behörde verschiedenes ist.

Es erscheint wenig sinnvoll in § 11a Abs. 6 des Entwurfes den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien als Rechtsmittelinstanz für die Rechtmäßigkeit der Auskunftsbescide der BWB vorzusehen, wenn diese Behörde sonst nicht in den Kartellrechtsvollzug eingebunden ist. Hier ist in Hinblick auf die laufende Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 und die hier vorgesehenen Änderungen zu Art. 94 und Art. 102 Abs. 2 B-VG ein Rechtszug an Kartellgericht und Kartellobergericht vorzusehen.

Z 13 (§ 12 Abs.4): Bezüglich der Vornahme einer (vom Kartellgericht angeordneten) Hausdurchsuchung wurde bisher in Abs.4 zum Teil auf Bestimmungen der Strafprozessordnung in der Fassung vor dem 01.01.2008 verwiesen. Nach dem Entwurf sollen statt dieses Verweises

¹⁰ Vgl F. Zeder in Schick/Hilf (Hrsg), Kartellstrafrecht (2007) 68.

¹¹ Vgl R. Reiter, Das Recht zu Schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen gemäß Art 6 EMRK, RZ Heft 5, 106 mwN.

¹² Im Sinne von C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2009, S. 390

die nunmehr in § 121 Abs.3 StPO enthaltenen Grundsätze im Wettbewerbsgesetz selbst verankert werden.

Dazu ist anzumerken, dass im Zuge einer Hausdurchsuchung auch die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse so weit wie möglich gewahrt und der Geschäftsbetrieb nicht über Gebühr beeinträchtigt werden soll(en). Wir empfehlen Abs.4 wie folgt zu formulieren:

„... Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sowie die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Weiters ist darauf zu achten, dass der Geschäftsbetrieb nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beeinträchtigt wird und diese Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zum Ziel der Durchsuchung steht. ...“

Z 14 (§ 12 Abs. 5): Diese Bestimmung schränkt das bisherige unbegrenzte Widerspruchsrecht (Unterlagen, deren Durchsuchung oder Einsichtnahme der Inhaber nicht gestatten will) ein. Nur wenn der Inhaber der Durchsuchung oder Einsichtnahme „bestimmter, einzeln bezeichneter Unterlagen unter Berufung auf eine ihn treffende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, oder mit dem Hinweis, dass die Durchsuchung oder Einsichtnahme nicht von dem Beschluss des Kartellgerichts umfasst sei“, widerspricht, sollen diese Unterlagen zu sichern und dem Kartellgericht vorzulegen sein, das zu entscheiden hat, ob und in welchem Umfang sie durchsucht, eingesehen und kopiert werden dürfen oder sie zurückzustellen sind. Das Widerspruchsrecht sollte nicht nur in Bezug auf „einzeln“ bezeichnete, sondern zwecks Wahrung eines ausreichenden Rechtsschutzes zumindest auch für bestimmte Kategorien von Unterlagen bestehen. Abs.5 sollte daher lauten:

„... Widerspricht der Inhaber von geschäftlichen Unterlagen der Durchsuchung oder Einsichtnahme bestimmter einzeln oder nach einem Gruppenmerkmal bezeichneter Unterlagen unter Berufung ...“

Z 17 (§14 Abs.2): Danach sind die im Rahmen einer Hausdurchsuchung der Bundeswettbewerbsbehörde Hilfe leistenden Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, die genannte Behörde durch die Sicherung elektronischer Beweismittel zu unterstützen. Nach den Erläuterungen soll hiermit klargestellt werden, dass auch die Sicherstellung von IT-Daten zulässig ist.

Bei derartigen Sicherungsmaßnahmen sollte auf den Geschäftsbetrieb so weit wie möglich Rücksicht genommen werden, sodass Abs. 2 lauten sollte:

„... Bei dieser Maßnahme ist darauf zu achten, dass der Geschäftsbetrieb nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beeinträchtigt wird und diese Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zum Ziel der Maßnahme steht.“

4) Zum Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird

Festzuhalten ist, dass für eine solche Bestimmung im NVG schon nach seiner Zielsetzung dogmatisch kein Raum ist. Die §§ 1 bis 3 NVG regeln „kaufmännisches Wohlverhalten“ von Unternehmen untereinander. Es geht darum, Wiederverkäufer nicht von der Belieferung mit bestimmten Waren auszuschließen. Diese Bestimmungen regeln somit in die Beziehungen von

Unternehmern untereinander; Fragen des Wohlverhaltens sind auf das Verhältnis zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern beschränkt.

Mit all dem hat die gegenständliche Novelle, die als preisrechtliche Regelung einzustufen ist und jede Form des Anbietens auf allen Wirtschaftsstufen erfasst, nichts zu tun.

Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen dieses System der Auseinandersetzung zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern unsachlich auf alle Stufen - also unter Einschluss der Verbraucher - im Rahmen des NVG erweitert werden soll; Schließlich verwundert die Platzierung der Bestimmung im NVG auch deshalb, weil dieses ja gerade nicht an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft. Die Bestimmung des § 2a ist daher für das NVG systemfremd.

Weiters ist festzuhalten, dass die Durchsetzung zwischen den Marktteilnehmern zivilrechtlich auf Basis des UWG oder durch das Kartellgericht im Wege Einstweiliger Verfügungen bzw. Untersagungsbeschlüsse erfolgt. Bereits derzeit stehen mit dem gegebenen Instrumentarium somit ausreichend Rechtsbehelfe zur Verfügung, um vermuteten Marktmissbrauch abzustellen. Es bleibt daher auch unklar, aus welchen Gründen das bewährte Rechtsschutzsystem (Klagen nach dem UWG, Untersagungen durch das Kartellgericht) verlassen werden sollte. Die Sanktionierung im Wege von Bußgeldern ist dem NVG fremd.

Die hier vorgeschlagene Regelung gehört in das Kartellgesetz systematisch in die Bestimmungen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung übertragen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die gegenständliche Regelung nicht als allgemeines Vorbild zur preisrechtlichen Kontrolle einzelner Branchen der Wirtschaft herangezogen werden sollte. Diese Sonderregeln bewirken in der Praxis einen wettbewerbslenkenden Effekt, der in funktionierenden Wettbewerbsmärkten mehr Schaden verursacht, als Nutzen stiftet.

Daher fordert die WKÖ, dass bei Einführung der vorgeschlagenen Regelung eine gewissenhafte ökonomische Analyse über die Wirkungsweise der Bestimmung angestellt wird, von dem Ergebnis ein allfälliges Auslaufen bzw. eine allfällige Verlängerung des Regelwerkes abhängig gemacht wird.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin

Anhang:

Minoritätsvoten; § 59 Abs. 3 WKG