

2. Verfahrensfragen

2.1. Kronzeugen

Die Stellung des Kronzeugen gemäß § 11 Abs 3 WettbG ist nach wie vor nur durch eine Zusage der BWB abgedeckt und nicht, wie vom Beirat 2010²⁷ gefordert, rechtlich abgesichert.

Durch die formlose Zusicherung ist eine rechtliche Überprüfung der „Entscheidung“ der BWB, wem der Kronzeugenstatus einzuräumen ist – und vice versa wem nicht – nach wie vor nicht überprüfbar. Ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung kann dies nicht einer rechtlichen Kontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht zugeführt werden (Art 130 Abs 2 B-VG). Das Verhältnis zwischen dem Schutz des Kronzeugen einerseits und dem Zugang der Geschädigten zu Informationen über Schaden und Schädiger andererseits werden Gegenstand der Regelungen im Rahmen der künftigen EU-Richtlinie zum Private Enforcement sein.

Durch die mangelhafte Abgrenzung zwischen Settlement- und Kronzeugenverfahren kann es zu einer übermäßigen Reduktion der Geldbuße kommen. Bei der Zumessung der Geldbuße ist in der Praxis klar zu unterscheiden, welcher Nachlass einem Unternehmen aufgrund der Kronzeugenregelung und welcher Nachlass für eine Außerstreitstellung im Sinne eines Settlements gewährt wird. Aufgrund der parallelen Offenlegung von Informationen im Rahmen des Kronzeugenprogramms und der Außerstreitstellung dieser Fakten im Rahmen eines Settlements darf es zu keiner „Doppelbelohnung“ kommen.

Eine Koordinierung zwischen der strafrechtlichen und der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung ist weiterhin geboten. Es sollte klargestellt werden, dass Geldbußen nach dem Kartellgesetz entweder in voller Höhe oder infolge des Kronzeugenstatus abgemindert jene nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz verdrängen (Grundsatz *ne bis in idem*).

2.2. Verfahren vor der BWB

2.2.1. Vorverfahren

Die BWB argumentiert, dass sie als reines Ermittlungsorgan keine Akte setzen kann, die in die Rechtssphäre eines Dritten eingreifen können. Dies geschehe erst durch Antragstellung an das Kartellgericht und dort

27] Beiratsstudie Nr 84 (2010) S 48/49

gäbe es das Recht auf rechtliches Gehör und ähnliche Verfahrensgarantien. Dies ist aber aufgrund der Besonderheit des Kartellrechtes und des gerichtlich-verwaltungsrechtlichen Mischverfahrens nicht zutreffend, da die BWB sehr wohl materielle Festlegung trifft, etwa durch Einräumung des Kronzeugenstatus, die Ausstellung von Ladungsbescheiden, die Bescheide im Zusammenhang mit einem Auskunftsverlangen, den Abschluss von Settlements, die Annahme von Zusagen bei Fusionen in Phase I und die Stellung von Prüfanträgen etc. Von Seiten der BWB wird die Behörde auch als Tribunal im Sinne des Art 6 MRK bezeichnet²⁸. Da das Verwaltungshandeln auch im Aufgriffsverfahren überprüfbar sein muss, gilt es auch hier rechtsstaatliche Mechanismen einzubauen, ohne dass dabei die notwendigen und zweckmäßigen Ermittlungshandlungen der BWB gefährdet werden.

Im Zusammenhang mit den Überlegungen des EuGH in der Rechtssache *Donauchemie* wird zu diskutieren sein, inwieweit – zur Durchsetzung des materiellen EU-Rechtes – eine Akteneinsicht bei der BWB notwendig oder geboten ist. Die diesbezüglichen Wertungen sind auch auf die bei der BWB geführten Verfahrensakte durchaus zu übertragen²⁹. Demnach wird – zumindest in Verfahren nach Art 101 ff AEUV – in Akte der BWB Einsicht zu gewähren sein, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Dies ist mit Sicherung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens, an dem ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht zu begründen. Soweit Akteneinsicht gewährt wird, sind freilich solche Informationen von der Einsichtnahme auszunehmen, an denen ein überwiegendes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) der Beteiligten besteht³⁰.

Nach Ansicht des Beirates müssen auch im Verfahren bei der BWB die europarechtlichen und einzelstaatlichen Verfahrensgarantien eingehalten werden. Da das europäische Ermittlungssystem sehr erfolgreich ist, besteht kein Grund dafür, weshalb die Verfahrensgarantien im nationalen Recht geringer sein sollen.

Es ist zu erwägen, dass bei Zeugeneinvernahmen auf Wunsch des Zeugen Vertrauenspersonen – unter anderem auch Rechtsvertreter – hinzuge-

28] Thanner/Paulus; BWB-NEU: Gedanken zur Weiterentwicklung des Wettbewerbssystems, OZK 2009, 167; allerdings ist die Weisungsfreiheit und damit Unabhängigkeit der „Organe zur Sicherung des Wettbewerbs“ nur noch einfachgesetzlich abgesichert (Art 20 Abs 2 Ziff 4 B-VG).

29] Winner/AppI, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung; S 26 f; Studie im Auftrag der AK, 2013

30] Siehe dazu auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM/2013/0813 final

zogen werden können. Deren Aufgabe ist es nicht, die BWB in ihren Ermittlungshandlungen zu behindern, sondern vielmehr die Rechtssphäre der von der Behörde vernommenen Personen zu schützen. Dies darf kein Gegensatz sein.

Wie bereits in der Beiratsstudie Nr 84³¹ gefordert, ist das Anwaltsprivileg in den Ermittlungshandlungen der BWB zu respektieren – gemäß den europäischen Regeln.

In § 13 WettbG ist im Rahmen des rechtlichen Gehörs seitens der BWB den Antragsgegnern Gelegenheit zu geben, von den Ermittlungsergebnissen der BWB Kenntnis zu erlangen und in angemessener Frist dazu Stellung zu nehmen. Diese Bestimmung bezieht sich seit der Novelle 2005 allerdings – wenig zweckmäßig – nicht mehr auf Geldbußenanträge; zur Wahrung der Verfahrensgarantien sollte die Anwendung dieser Bestimmung auf Verfahren nach § 29 KartG wieder erstreckt werden.

Wenn in diesem Rahmen die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen besser gewahrt werden, spricht in Folge auch nichts dagegen, die Bekanntmachungsbestimmungen gemäß § 10b Abs 2 WettbG (Information über die Antragstellung beim Kartellgericht) in jedem Fall objektiv und einheitlich wahrzunehmen, was derzeit nur lückenhaft passiert. Daher wären auch jedenfalls Anträge auf Geldbußen in diese Bestimmung aufzunehmen.

Die BWB trifft als zentrale Behörde zum Schutz des Wettbewerbs im Rahmen ihres Kompetenzbereiches besondere Transparenzverantwortung – gerade im Zusammenhang mit der Competition Advocacy und in Hinblick auf die strafrechtsähnlichen Ermittlungsmethoden und Rechtsfolgen des Kartellrechtes. Eine transparente Informationspolitik der Behörde ist auch in Hinblick auf die generalpräventive Wirkung unerlässlich. Dabei ist eine objektive, den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügende Öffentlichkeitsarbeit geboten (objektive, umfassende Information zum richtigen Zeitpunkt). Der auch im internationalen Kontext häufig feststellbaren Tendenz zum Eigenmarketing von Wettbewerbsbehörden ist in diesem Zusammenhang mit Skepsis zu begegnen.

Insgesamt sollte für das effizient gestaltete Vorverfahren und eine künftige Reform der BWB der Grundsatz „Das Höchstmaß an Rechtsstaatlichkeit verbunden mit dem Höchstmaß an Transparenz“ gelten.

2.2.2. Standpunkte – Leitlinien

Leitlinien (Mitteilungen, etc) einer Wettbewerbsbehörde sollen den Normunterworfenen Anleitung zu bestimmten in der Praxis häufiger zu

31] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 53

Tage getretenen Fragestellungen geben³². Praxisrelevante Leitlinien dienen der Rechtssicherheit einerseits und der Verwaltungseffizienz andererseits. Die Veröffentlichung rechtlicher Standpunkte kann daher wesentlich zur Transparenz und zum besseren Verständnis komplexer kartellrechtlicher Problemstellungen beitragen und ist ein unverzichtbares Element der behördlichen Kommunikationsstrategie.

Die EU-Kommission, welche im Rahmen ihrer Kompetenzen auch Entscheidungsbehörde ist, hat eine vorbildliche und reichhaltige Leitlinienpraxis entwickelt hat. Vergleichbare Veröffentlichungen der BWB sind in ihrer rechtlichen Qualität als Meinung einer Amtspartei einzustufen. Weder die Leitlinien der Kommission noch die Standpunkte der BWB vermögen gerichtliche Instanzen in ihrer Erkenntnisfindung zu binden; allerdings binden sich dadurch die beiden Behörden in ihrer jeweiligen Zuständigkeit (zB in der Übung des Aufgriffmessens). Die meisten bis dato veröffentlichten Standpunkte der BWB befassen sich mit Detailfragen der Fusionskontrolle. In jüngster Zeit (seit Juli 2013) ringt die BWB um die Herausgabe eines Standpunktes zu vertikalen Preisbindungen. Um die Akzeptanz und Praxistauglichkeit solcher Kommunikationsinstrumente zu verbessern, empfiehlt es sich, einen breiten, offenen Diskurs mit der interessierten Öffentlichkeit und den betroffenen Stakeholdern zu führen, die gesicherte Rechtslage und gesicherte wettbewerbsökonomische Erkenntnisse zu berücksichtigen und diese dann zügig umzusetzen. Die Möglichkeit der BWB solche mittel- bis langfristig wirkenden Instrumente zielgerichtet in die Tat umzusetzen, hängt aber nicht zuletzt wesentlich von der Prioritätensetzung und der Frage der Ressourcenausstattung der Behörde ab.

Es ist auf faktischem Weg eine Verbesserung des Verfahrens zur Erlangung von Standpunkten/Leitlinien anzustreben. Es sollten ähnlich dem Verfahren vor der EU-Kommission schriftliche und mündliche Konsultationsrunden im Rahmen von breiten Anhörungen durchgeführt werden, bevor diese veröffentlicht werden. Diese Leitlinien sollen der Rechtssicherheit der Betroffenen dienen und müssen daher analog einem öffentlichen Begutachtungsverfahren erarbeitet werden. Dabei ist der Komplexität der jeweiligen Rechtsfrage Rechnung zu tragen.

2.3. Hausdurchsuchung

Mit dem KaWeRÄG 2012 wurden im § 12 Abs 5 WettbG Einschränkungen hinsichtlich des umfassenden Widerspruchsrechtes

32] So ähnlich definiert die BWB auch ihren Aufgabenbereich bei der Erlassung von Standpunkten, <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Standpunkte/Seiten/default.aspx>

gegen die Ergebnisse einer Hausdurchsuchung vorgenommen. In der Vergangenheit haben betroffene Unternehmen beinahe „inflationär“ vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht, mit der Wirkung, dass der zuständige Senatsvorsitzende des Kartellgerichtes als Einzelrichter mit der praktisch undurchführbaren Aufgabe konfrontiert worden war, dem Antrag auf Prüfung der Herausgabe von Unterlagen (immense Datenmengen) nachzukommen. Die Neuregelung gemäß § 12 Abs 5 und 6 WettbG, welche sich an strafrechtlichen Bestimmungen orientiert, hat diese Möglichkeit nun stark eingeschränkt. Widerspricht das betroffene Unternehmen im Rahmen der Hausdurchsuchung in die Einsicht von Unterlagen aus Gründen einer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht oder eines gesetzlichen Aussageverweigerungsrechtes so sind die Unterlagen nunmehr einzeln zu bezeichnen. Ist eine Bezeichnung einzelner Unterlagen im Zuge der Hausdurchsuchung nicht möglich, so sind auf Verlangen des Betroffenen Kategorien von Unterlagen zu sichern und bei der BWB getrennt vom Ermittlungsakt zu hinterlegen. Der Betroffene kann nun innerhalb einer von der BWB zu setzenden Frist, die mindestens zwei Wochen zu betragen hat, Unterlagen einzeln bezeichnen. Das Kartellgericht hat sodann die Unterlagen zu sichten und mit Beschluss des Senatsvorsitzenden zu entscheiden, ob und in welchem Umfang in die Unterlagen durch die BWB Einsicht genommen werden darf. Dieser Reformschritt wird kontroversiell diskutiert. Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht die massive Einschränkung des Widerspruchsrechtes gegenüber der alten Rechtslage als problematisch an, weil nunmehr de facto das Widerspruchsrecht nur auf wenige Fälle beschränkt sei und zudem kaum praktische Bedeutung haben werde. Darüber hinaus wird argumentiert, dass ein Widerspruchsrecht bei einer Überschreitung des Hausdurchsuchungsbefehls oder im Falle der rechtlichen Mangelhaftigkeit des Hausdurchsuchungsbefehls nicht möglich ist.

Das Kartellgericht selbst geht allerdings davon aus, dass durch die Neuregelung die Effizienz der Ermittlungen gesteigert wird. Die nunmehrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines Widerspruchsrechtes werden den Umfang der Versiegelungen stark reduzieren. Das Kartellgericht gesteht aber zu, dass das „Pendel“ nun wohl recht weit in die andere Richtung ausschlagen wird. Es wird daher nach einem Beobachtungszeitraum zu evaluieren sein, ob das nunmehr gesetzlich vorgesehene Beweisverwertungsverbot den betroffenen Unternehmen einen ausreichenden Schutz gegen überschießende Ermittlungshandlungen bietet.

Nach Ansicht des Beirates wird die Vollzugspraxis zunächst abzuwarten sein und auch allfällige Entscheidungen über Maßnahmenbeschwerden

des Bundesverwaltungsgerichtes werden zeigen, ob Verbesserungen notwendig sein werden.

Hinsichtlich der Frage der diesbezüglichen Kompetenz durch das Bundesverwaltungsgericht empfiehlt der Beirat die Rechtsmittel gegen Maßnahmenbeschwerden aus Effizienzgründen und im Sinne einer einheitlichen Entscheidungspraxis direkt beim Kartellgericht zu konzentrieren (siehe auch Punkt 1.3).

Im Zuge der Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der BWB wurde auch das Befragungsrecht während Hausdurchsuchungen an die EU-Regelungen angepasst. Nach dem KaWeRÄG 2012 können nun auch im Zuge der Hausdurchsuchungen Mitarbeiter befragt werden. Gespräche des Beirates mit Beamten der EU-Kommission haben ergeben, dass dieses Recht aus praktischen und ermittlungstaktischen Erwägungen von der Kommission nur sehr eingeschränkt in Anspruch genommen wird. In Österreich besteht nach wie vor das Risiko, dass Kartellabsprachen (auch) strafrechtliche Sanktionen für einzelne Mitarbeiter nach sich ziehen können. Da Mitarbeiter oftmals nicht ausreichend über die Konsequenzen der Beantwortung, der an sie gerichteten Fragen informiert werden, wäre es sinnvoll, einerseits die Mitarbeiter über ihre Rechte und Pflichten durch die Behörde aufzuklären, sowie ihnen die Möglichkeit zu geben, eine Vertrauensperson ihrer Wahl bei den Befragungen hinzuzuziehen. Darüber hinaus ist auch der Betriebsrat unverzüglich über eine Hausdurchsuchung von der Behörde im Wege der Geschäftsleitung zu informieren.

2.4. Verjährung

Das Regierungsprogramm für die 25. Gesetzgebungsperiode sieht vor, dass die Verjährungsregel des § 33 KartG an die europäischen Bestimmungen angepasst werden soll, sodass Verstöße nicht während laufender Ermittlungshandlungen verjähren können.

Im nationalen Recht gibt es derzeit keine Verjährungsunterbrechung für den Fall, dass Ermittlungshandlungen von den Amtsparteien eingeleitet werden. Artikel 25 Abs 3 der VO 1/2003 sieht demgegenüber vor, dass die Verjährung durch schriftliche Auskunftsverlangen, schriftliche Nachprüfungsaufträge, Einleitung eines Verfahrens und die Mitteilung der Beschwerdepunkte unterbrochen wird. Der Beirat spricht sich ebenfalls für eine diesbezügliche Neuregelung aus. Eine diesbezügliche Ermittlungshandlung muss dabei aber klar an das betroffene Unternehmen kommuniziert werden.

Im Sinne der Rechtssicherheit und der Effizienz der Rechtsverfolgung muss allerdings gewährleistet sein, dass die Behörde das Ermittlungsver-

fahren innerhalb angemessener Frist durchführt und zu einem Ergebnis kommt: also einen Abstellungs- bzw Geldbußenantrag stellt oder das Verfahren einstellt und dies dem betroffenen Unternehmen entsprechend kommuniziert.

2.5. Sachverständige

Die Sachverständigen treffen nach wie vor die wesentlichen Feststellungen sowohl auf faktischer wie auf gutachterlicher Ebene in den verschiedenen Kartellverfahren. Vor allem in der Fusionskontrolle, wo die Verfahren mit einem engen Zeitkorsett versehen sind, sind sachverständige Befundaufnahmen und Gutachten zur wettbewerbsökonomischen Beurteilung unerlässlich; freilich determinieren die wettbewerbsökonomischen Befunde häufig die rechtliche Beurteilung der betroffenen Sachverhalte. Vor allem von Seiten der Anwaltschaft und der BWB wird die zentrale und wenig überprüfbare Rolle der Sachverständigen im Kartellverfahren gerügt.

Bereits 2010³³ hat der Beirat vorgeschlagen, dass die BWB verstärkt den Befund objektiv und nachvollziehbar erheben soll, um zumindest diese Tatsachen außerstreit zu stellen. Dass der Sachverständige nicht nur Beweismittel sondern auch Teil des Gerichtes ist, kann als unstrittig bezeichnet werden; sohin kann es auch kein Problem sein, wenn er wesentliche Wertungen des richterlichen Urteiles determiniert. Auch in anderen Wirtschaftsrechtmaterien beantworten die Sachverständigengutachten die zentralen Rechtsfragen implizit mit. Wesentlich ist daher die Methodik der Bestellung des Sachverständigen, die präzise Fassung der Fragen an den Sachverständigen und die Einbindung der Parteien in diesen Prozess. Zur Entschärfung der Sachverständigenproblematik wäre auch die bereits in der Beiratsstudie Nr 84 erhobene Forderung nach Einführung einer zweiten richterlichen Tatsacheninstanz zweckmäßig³⁴.

In der Praxis gibt es die Forderung, das Sachverständigenverfahren aufgrund seiner verfahrensentscheidenden Bedeutung näher im Gesetz zu regeln „oder zumindest neue Grundregeln zu finden, welche wohl darauf ausgelegt sind, die Unabhängigkeit und Qualität der Sachverständigen zu gewährleisten“³⁵. Als besonders problematisch werden hier folgende Umstände erachtet: Der Auswahlmodus, der Umfang des Gerichtsauftrags, die Parteienbeteiligung am Sachverständigenverfahren, die

33] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 53

34] Beiratsstudie Nr 84 (2010), S 50

35] Böheim/ Reidlinger, Der kartellrechtliche Sachverständige, WBl 9/2013, S 483 ff

faktische Bindung des Gerichtes und die hohen Kosten. Die mangelnde Bekämpfbarkeit der Tatsachenfeststellungen ist weniger ein Problem der Sachverständigenbefundaufnahme, als vielmehr des gesamten kartellgerichtlichen Verfahrens.

Sowohl bei der Auswahl des Sachverständigen als auch bei der Formulierung des Auftrages an den Sachverständigen muss das Gericht frei bleiben, da die jeweiligen Erfordernisse des Falls vom Senat im Rahmen des Erkenntnisprozesses individuell beurteilt werden müssen. Auch die Bindung des Kartellgerichts an das Gutachten des Sachverständigen ist kein Spezifikum des kartellgerichtlichen Verfahrens, sondern ein prozessuales Grundsatzthema, das aber dadurch entschärft wird, als der Sachverständige ja auch Teil des Gerichtes im jeweiligen Verfahren wird. Daher sollten aber auch die Ermittlungsschritte zur Befundaufnahme durch den Sachverständigen rechtsstaatlichen Kriterien entsprechen (vor allem rechtliches Gehör; ähnlich die Stellung eines beauftragten Richters § 282 ZPO).

Die Sachverständigenliste (§ 73 KartG) ist eine Auflistung beideter Personen, welche aufgrund der Erfahrungen des Kartellgerichtes grundsätzlich befähigt sein sollten, ökonomische Gutachten (wettbewerbsökonomischer oder betriebswirtschaftlicher Art) zu erstatten; die Wirkung dieser Liste ist indikativ und hat in früheren Zeiten eine größere Rolle gespielt. Die Sachverständigenliste kann nicht abschließend sein, um keinen potentiellen Sachverständigen vom Sachverständigenmarkt fernzuhalten; sie kann aber auch niemals verhindern, dass in spezifischen Marktkonstellationen aufgrund etwa von Befangenheiten mit den „bekannten“ Sachverständigen nicht das Auslangen gefunden werden kann.

Um die Sachverständigenliste wieder zu „beleben“, könnte daher angedacht werden, Mindestkriterien für die Aufnahme in die Sachverständigenliste zu definieren (diese müssten fachliche, formal-qualitative, aber auch praktische Kriterien – wie etwa die zeitliche Bereitschaft und kostenmäßige Deckelung umfassen), und die Liste dann als offene Expertenliste zu führen, wobei sich jede Person melden kann, die sich zur Einhaltung der notwendigen Mindestkriterien bereit erklärt.

Die Kosten für Sachverständige sind in den letzten Jahren exorbitant angestiegen, sodass die Forderungen nach einer „Kostenbremse“ nachvollzogen werden können; dies betrifft allerdings auch andere Wirtschaftsrechtsmaterien vor allem dann, wenn komplexe Sachverhalte zu bewerten sind (zB Unternehmensbewertungen im Rahmen von Squeeze-out Verfahren). Allerdings erscheinen Ansätze, nach denen möglichen Sachverständigen

ex ante allgemeine Kostengrenzen vorgegeben werden, wenig effizient. Solche können sich negativ auf die Bereitschaft von Experten auswirken, für die Kartellgerichtsbarkeit tätig zu werden; auch eine Rahmenvereinbarung im Ausschreibungsweg erscheint nicht leicht zu einer sachgerechten Lösung zu führen. Jedenfalls im Bereich der Fusionskontrolle lässt der vorgegebene Zeitrahmen keinen Spielraum für ein eigenes Sachverständigenauswahlverfahren zu. Die Remuneration der Sachverständigen richtet sich nach dem Gebührenanspruchsgesetz in Verbindung mit den tatsächlichen Verdienstmöglichkeiten des jeweiligen Sachverständigen.

Im Sinne einer verbesserten Transparenz auch im Verfahrensabschnitt „Sachverständigengutachten“ sollte angedacht werden, die um die notwendigen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bereinigten Sachverständigengutachten nach Rechtskraft der Entscheidung der interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dies kann zur Qualitätskontrolle der Gutachten beitragen, da die Möglichkeit zu einer freiwilligen Peer-Review gegeben wird und die Sachverständigen damit rechnen müssen, sich dem fachlichen Diskurs der wissenschaftlichen Community zu stellen.

Zur Parteistellung der Amtsparteien ist festzuhalten, dass diese weniger als Partei im klassischen Sinne zu sehen sind, sondern ihrer besonderen Stellung als Bundesbehörden entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag zu betrachten sind. Daher sollte diskutiert werden, ob und inwieweit dem ermittelten Tatsachensubstrat der Amtsparteien erhöhten Wert beizumessen ist. Ihre Aufgaben sind die Erfüllung öffentlicher Interessen: daraus ergeben sich auch die höheren Erwartungen in Hinblick auf Transparenz und Kontrolle des Verwaltungshandelns. Es sollte geprüft werden, inwieweit der gesetzliche Auftrag der Amtsparteien näher und eindeutiger im Gesetzestext definiert werden kann. Dies könnte letzten Endes dazu führen, dass die Vorarbeiten der Amtsparteien vom Sachverständigen als Grundlage seiner Arbeit heranzuziehen sind und damit positive Auswirkungen auf Zeit- und Kostenaufwand von kartellgerichtlichen Verfahren haben werden.

Bei der Formulierung der Fragen an den Sachverständigen hängt es stark von der Vorgehensweise des Senatsvorsitzenden im Kartellgericht ab, inwieweit es eine Interessenabwägung gebietet, die Fragen an den Sachverständigen selbständig zu formulieren oder sie dem Parteiengehör zu unterwerfen. Der Wunsch vor allem der Anwaltschaft hier stärker eingebunden zu werden, ist verständlich, aber nicht sinnvoll regelbar, weil es von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist, welches Vorgehen zweckmäßig ist.

Als weitere Lösung des Sachverständigenproblems könnte die Institutionalisierung von Amtssachverständigen in Kartellangelegenheiten angedacht

werden. Bis 31.12.2002 war dem Kartellgericht ein sozialpartnerschaftliches Gutachtergremium zur Seite gestellt, der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten. Die Schaffung der Bundeswettbewerbsbehörde und die Entwicklung zum „More Economics Based Approach“ haben dann dessen Abschaffung bedingt; an die Stelle des Ausschusses sind die vom Gericht ernannten Sachverständigen getreten. Dies resultierte einerseits darin, dass die Gutachten – überwiegend – wissenschaftlich methodischer abgefasst sind – was allerdings noch nicht notgedrungen bedeutet, dass sie auch „richtiger“ sind; andererseits hat dieses gerichtsnahe Gremium ein Bruchteil der heutigen Sachverständigengebühren gekostet. Anstelle einer heute so nicht mehr zeitgemäßen Lösung könnte angedacht werden, entweder entsprechende Sachverständige direkt beim Kartellgericht anzustellen oder auf bestehenden institutionellen Sachverständigen etwa im Rahmen der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft oder der BWB bzw der Wettbewerbskommission zurückzugreifen. Alle diese Lösungsmodelle haben Vor- und Nachteile, die im Detail diskutiert werden müssten, wollte man ihnen nahetreten. Inwieweit die gesetzlich unabhängig gestellten Amtssachverständigen als Angestellte von Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit für die entscheidungsbefugten Instanzen hier als Vorbild dienen können, erscheint überprüfenswert, wobei hier die institutionelle Trennung von Entscheidung und Antragstellung im Fokus der Betrachtung stehen muss.

2.6. Settlement-Verfahren

Seit Sommer 2012 ist die BWB dazu übergegangen, in nahezu allen kartellrechtlichen Geldbußenverfahren diese einvernehmlich durch ein „Settlement“ abzuschließen. Einer der ersten Fälle war ein Boykottbeschluss österreichischer Brauereien, den Cash & Carry Bereich nicht mit Fassbier zu beliefern. Die BWB beantragte gegen 3 Brauereien eine herabgesetzte Geldbuße in Höhe von 1,11 Mio Euro³⁶. Das Kartellgericht verhängte die beantragte Geldbuße und fertigte die entsprechenden Beschlüsse in gekürzter Ausfertigung gemäß § 39 AußStrG aus.

Weitere Verfahren dieser Art folgten. Auch im Rahmen des weitergefassten Dämmstoffkartells wurden zunächst bis November 2012 gegen drei Baumärkte mit einem „Settlement“ Geldbußen in Höhe von insgesamt 435.000,- Euro verhängt³⁷. Wie schon im Fall der Brauereien erfolgte auch hier die Information zunächst in anonymer Form.

36] <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2012/Seiten/Kartellgerichtverhängt1,11MioEuroStrafeüberBierbranche.aspx>

37] <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Archiv2012/Seiten/BußgelderwegenvertikalerPreisabsprachenbeiDämmstoffprodukten.aspx>

Erster Fall im Lebensmitteleinzelhandelsbereich war der Geldbußenbeschluss gegen Berglandmilch in Höhe von 1,125 Mio Euro. Die Berichterstattung über diesen Fall erfolgte durch die zuständigen Behörden nur sehr zeitverzögert, und erst nach einem Pressebericht, der durch einen „Insider“ ins Rollen gebracht wurde³⁸. Erst danach erfolgten Pressemeldungen durch das Kartellgericht bzw die BWB³⁹.

Die anfängliche Kritik an dieser Vorgehensweise führte dazu, dass die belangten Unternehmen nun sowohl nachträglich als auch bei Folgeverfahren ausdrücklich genannt wurden.

Diese Fälle zeigen, dass von umfassenden Wettbewerbsverstößen „losgelöste“ Einzelentscheidungen viele Fragen weiterhin offen lassen. Informationen, zwischen welchen Unternehmen welche Absprachen getroffen wurden und welche konkreten Produkte diese betroffen haben, bleiben nach wie vor im Dunkeln.

Die Informationspolitik ist manchen Fällen unvollständig und inkonsistent: So wurden etwa im Geldbußenverfahren gegen die Firma Philips unterschiedliche Aussendungen veröffentlicht (unterschiedliche Produkt- und Firmenbezeichnungen)⁴⁰. Handelsunternehmen, welche an der wettbewerbsbeschränkenden Absprache beteiligt waren, wurden nicht genannt. Klare Anhaltspunkte für allfällige Schadenersatzprozesse fehlen auch hier, zumal es sich hier faktisch dadurch um abgeschlossene („gesetzte“) Verfahren handelt.

Die österreichische Praxis des Settlement-Verfahrens⁴¹ ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Der Entwurf eines Standpunktes zu vertikalen Preisbindungen der BWB vom Juli 2013 sieht vor, dass bei einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung bis zu 20% Strafnachlass gewährt werden können. Die Geldbußenreduktionen bei den oben angeführten Beispielen sind aber mangels ausreichender Information über die Bemessung der Geldbuße für die interessierte Öffentlichkeit nicht nachvollziehbar.

Im Rahmen eines Settlementverfahren ist es denkmöglich, sich über folgende Verfahrensbestandteile zwischen betroffenen Unternehmen und BWB zu einigen:

38] <http://kurier.at/wirtschaft/unternehmen/berglandmilch-wegen-absprachen-abgestraft/3.062.228>

39] <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-311Milch-undMolkereiprodukte.aspx>

40] <http://www.bwb.gv.at/KartelleUndMarkmachtmissbrauch/Entscheidungen/Seiten/BWBK-285Elektronikbranche.aspx>; <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/BWBBußgeldantraginHöhevon2,9MioEUR.aspx>

41] Zum Procedere der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren siehe auch Xeniadis/Kühnert OZK 2012/3, 83; Winner/Appel, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung; Studie im Auftrag der AK, 2013.

1. Über die Fakten
2. Über die rechtliche Beurteilung
3. Über die Grundlage für die Berechnung der daraus resultierenden Geldbußenhöhe

Während bei der EU-Kommission im Rahmen eines Settlementverfahrens eine Einigung lediglich über die Fakten stattfinden kann und in Deutschland zusätzlich auch eine Einigung über deren rechtliche Beurteilung möglich ist, werden in Österreich im Zuge eines Settlements mit der BWB Vereinbarungen über alle drei Bereiche getroffen.

Der Vorteil eines Settlementverfahrens wird damit gerechtfertigt, dass der Verfahrensaufwand für die BWB minimiert werden kann, was in Anbetracht der ohnehin knappen Ressourcen auch notwendig erscheint. Für die belangten Unternehmen könnte neben der geminderten Geldbuße, dem verminderten Verfahrensaufwand auch der Schutz vor weiterreichender Publizität, welche einem kartellgerichtlichen Verfahren innewohnt, Anreiz zum Abschluss einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung sein. Darüber hinaus können Settlements auch vor allfälligen Schadenersatzforderungen Schutz bieten (siehe Entwurf EU-Richtlinie Schadenersatz).

Die anfängliche Kritik an der Intransparenz der Settlemententscheidungen hat aber auch dazu beigetragen, dass die meisten Senate des Kartellgerichts in nunmehr ständiger Praxis keine verkürzten Beschlüsse mehr ausfertigen. Da dies aber keine durchgängige bzw gesicherte Praxis ist, empfiehlt der Beirat auf Gesetzesebene zu regeln, dass im Kartellverfahren keine verkürzten Beschlussausfertigungen mehr möglich sein sollen.

Nach Ansicht des Beirates ist eine rechtliche Regelung zu den sogenannten „Settlementverfahrens“ – wie auch im Regierungsprogramm vorgesehen – in Betracht zu ziehen. Dies beinhaltet einerseits Regelungen zur Wahrung der Transparenz bei einvernehmlichen Beendigungen, andererseits sollte generell abstrakt das Ausmaß der möglichen Geldbußenreduktion festgelegt werden⁴².

Auch die Unternehmen sehen – wie bereits ausgeführt – die Settlementverfahren zunehmend kritisch, was ebenfalls für eine klare rechtliche Regelung spricht. Diesbezüglich empfiehlt sich, dass die BWB bei Fällen, die einem Settlement zugänglich sein könnten, zunächst verfahrenseinleitend einen entsprechend ausführlichen Geldbußenantrag (§ 36 (1a) KartG) beim Kartellgericht einbringen. Dies hätte ähnliche Wirkung

42] Vergleiche dazu die Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission hinsichtlich der Durchführung von Vergleichsverfahren in Kartellfällen in der geltenden Fassung

wie die Mitteilung der Beschwerdepunkte bei einem Verfahren der EU-Kommission. Erst danach soll es möglich sein, dass Vergleichsgespräche zwischen BWB und betroffenen Unternehmen geführt werden können.

Diese Maßnahmen sollen dazu beitragen, dass „Settlements“ nicht inflationär angewendet werden. Der Regelfall sollten Kartellverfahren darstellen, bei denen der Sachverhalt zur Gänze aufgearbeitet wird, die Rechtsschutzinstrumente in vollem Umfang zur Verfügung stehen und Rechtsfragen seitens des Kartellgerichts gelöst werden.

2.7. Geldbußenverfahren

2.7.1. Geldbußenbemessung

Die Beiratsstudie Nr. 84 hat zu diesem Punkt angeregt, verfahrensrechtliche Regelungen insbesondere in Bezug auf Anstiftung, Beteiligung, Strafmilderungs- bzw Erschwerungsgründe vorzunehmen. Das KaWeRÄG 2012 hat diesbezüglich nun Konkretisierungen in § 30 KartG vorgenommen. Im Vergleich zu den umfassenden Regelungen im Strafgesetzbuch bzw im Verwaltungsstrafgesetz wird die novellierte Klarstellung der Bemessungskriterien von der Kartellgerichtsbarkeit bzw den Amtsparteien, insbesondere dem Bundeskartellanwalt als noch immer zu wenig ausdifferenziert angesehen. Die geringe gesetzliche Determinierung zur Ermittlung der Geldbuße und die damit verbundene schwierige Vorhersehbarkeit im Sinne einer wirkungsvollen Generalprävention bleiben auch nach der neuen Rechtslage bestehen.

In Österreich fehlen – anders als in Deutschland oder auf europäischer Ebene – konkrete, auf § 30 KartG gestützte Leitlinien zur Geldbußenbemessung, wodurch das Verfahren zur Bestimmung von Geldbußen für den Rechtsunterworfenen intransparent wird. In der Praxis spielt der Kriterienkatalog des § 30 KartG nur eine sehr untergeordnete Rolle und wird mitunter von den Leitlinien der EK zur Geldbußenbemessung „verdrängt“⁴³. Eigenständige Leitlinien der BWB für die Bemessung von Geldbußen nach § 30 KartG – analog zum Handbuch zur Kronzeugenregelung – könnten hier eine wichtige Orientierungsfunktion erfüllen. Eine rein faktische Anwendung der europäischen Leitlinien erscheint nicht ausreichend. So könnten hier nähere Ausführungen zu Themen wie der Umsatzermittlung (kartellbetreffener Umsatz als Grundbetrag) getätigt

43] Siehe dazu und zu den folgenden Ausführungen sinngemäß Winner/AppI, Wettbewerbsvollzug in Österreich im Vergleich zu ausgewählten Ländern – Die einvernehmliche Beendigung von Kartellverfahren durch „Settlement“ unter Berücksichtigung der Anforderungen an die Verfahrenstransparenz und Bußgeldbemessung, Wien, 2013

werden. Solche Leitlinien sollen es aber Unternehmen nicht ermöglichen, die allenfalls drohenden Geldbußen bereits in „Kartellaufschläge“ einzukalkulieren. Solche Leitlinien sollen überdies eine ex post Plausibilisierung und Nachvollziehbarkeit der Geldbußenbemessung ermöglichen.

Eine angemessene Geldbuße muss dergestalt festgesetzt werden, dass der Wettbewerbsverstoß nicht Folge eines rationalen Kalküls ist (erlangter Gewinn zuzüglich einer Marge). Im Falle der Settlements und der diesbezüglichen intransparenten Abschlüsse kann nicht nachvollzogen werden, ob diese Grundregel eingehalten wird. Nachvollziehbarkeit ist gerade im Settlementverfahren dringend geboten; Geldbußenbeträge dürfen nicht willkürlich oder im Wege einer freien „Verhandlung“ festgesetzt werden.

2.7.2. Antragsbindung des Kartellgerichts

§ 36 Abs 2 KartG hat zur Absicherung der Kronzeugenregelung gemäß § 11 Abs 3 WettbG klargestellt, dass das Kartellgericht keine höheren Geldbußen als beantragt verhängen darf. In der Praxis wird dieses Prinzip aber nicht nur bei Verfahren, die aufgrund von Informationen eines Kronzeugen eingebracht werden, sondern auch ganz allgemein im Rahmen des „Settlementverfahrens“ (siehe dazu Kapitel 2.6.) angewandt.

In Bezug auf diesen Aspekt ist die Antragsbindung des Kartellgerichts allerdings aus folgenden Gründen nicht zweckmäßig.

Durch das „Verhandeln“ von Geldbußen ist nicht gewährleistet, dass diese der Höhe nach angemessen sind; die Transparenz, welche Abschlüsse im Rahmen der einvernehmlichen Verfahrensbeendigung gewährt werden, ist – mangels Leitlinien – nicht ersichtlich. Der nunmehrigen Praxis fehlt auch die so wichtige öffentliche Kontrolle in Bezug auf das Behördenhandeln. Diese erscheint notwendig, da es sich beim Generaldirektor für Wettbewerb um ein monokratisches und unabhängiges Organ handelt – und dient auch der Legitimität seines Behördenhandelns.

Es wird daher vorgeschlagen, die Antragsbindung des Kartellgerichts nur mehr für die Fälle von Kronzeugenverfahren vorzusehen. Für alle anderen Verfahren, soll zwar die Möglichkeit bestehen, dass die Amtsparteien mitteilen können, welche Höhe der Geldbuße sie für angemessen halten und die „Berechnung“ bzw „Begründung“ auch vorzunehmen haben – dies sowohl abstrakt in Leitlinien (siehe Punkt 2.7.1.) als auch im Einzelfall. Allerdings soll für das Kartellgericht in diesen Fällen die Möglichkeit bestehen, auch höhere Geldbußen zu verhängen, wenn es dies für notwendig hält. Eine Verminderung der beantragten Geldbußenhöhe kann bereits de lege ferenda vorgenommen werden.

2.7.3. Mündliche Beschlussverkündung

Bei der Verhängung einer Geldbuße handelt es sich – auch nach höchstgerichtlicher Entscheidungspraxis – um eine Sanktion mit strafrechtsähnlichem Charakter. Sie verfolgt in erster Linie den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen (Prävention), wodurch die kartellrechtliche Geldbuße die typischen Merkmale einer Strafe, insbesondere pönalen Charakter, aufweist.

Die mehrheitliche Praxis der Kartellsenate besteht darin, dass die Verkündung der Geldbußenbeschlüsse – gemessen an den Verfahrensgarantien von Art 6 EMRK – in einer öffentlich mündlichen Verhandlung erfolgt. Die Bedeutung von kartellgerichtlichen Verfahren hat auch für die Öffentlichkeit an Bedeutung gewonnen. So konnte in letzter Zeit festgestellt werden, dass öffentliche mündliche Verhandlungen auch von interessierten außenstehenden Personen, insbesondere auch der Medien, besucht wurden.

Da die Beschlussverkündung in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung aber nicht durchgängige Praxis aller Kartellsenate ist und eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung fehlt, empfiehlt der Beirat unter den Gesichtspunkten der Verfahrensgarantien bzw aus Transparenzgesichtspunkten eine der Strafprozessordnung (§ 268 StPO) ähnliche Regelung auch in das Kartellgesetz einzuführen, sodass bei Entscheidungsreife vom Vorsitzenden des Kartellsenates in einer öffentlichen mündlichen Sitzung der Beschluss samt dessen wesentlichen Gründen unter Verlesung der angewendeten Gesetzesbestimmungen zu verkünden ist.

2.8. Transparente Informationen über Entscheidungen

Kernpunkt eines transparenten Kartellrechtvollzugsystems ist die Frage der Entscheidungsveröffentlichung im Sinne einer zeitnahen Information über wesentliche und objektive Eckpunkte einer Entscheidung, sobald diese getroffen worden ist, sowie eine Zugänglichmachung der gesamten Entscheidung nach Rechtskraft und nach Bereinigung von berechtigten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, wobei hier der Schutz des künftigen Wettbewerbs im Vordergrund steht. In den Entscheidungen des Kartellgerichtes sollten auch die Kriterien ausführlich dargestellt werden, nach denen sich die Geldbuße bemisst. Die Berechnungsmodalitäten der BWB (betroffener Umsatz, Zu- und Abschläge), die noch allenfalls in Leitlinien ausgearbeitet werden sollten, könnten diesbezüglich herangezogen werden. Die Entscheidungspraxis der EK legt die Berechnungen explizit dar. Diese sollten auch in die Entscheidungsveröffentlichung in der Ediktsdatei nach

der neuen Regelung des § 37 KartG aufgenommen werden (siehe Studienvereinigung Kartellrecht). Teilweise wird dies in letzter Zeit bereits von einzelnen Richtern in dieser Form praktiziert.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass die Veröffentlichung des wesentlichen Inhalts einer Entscheidung in der Ediktsdatei (§ 37 KartG) bedingt durch das Anonymisierungsverfahren – einschließlich allfälliger Rechtsmittel – lange Zeit in Anspruch nimmt (bis zu sechs Monate).

Wenn nun auch aus Gründen der Transparenz das Kartellgericht und das Kartellobergericht ihre Entscheidungen in der Ediktsdatei zu veröffentlichen haben, ist aber die BWB weiterhin angehalten, zeitnahe über die Ergebnisse von Verfahren zu berichten. Die Veröffentlichung in der Ediktsdatei bzw das Verfahren um diese können eine zeitnahe Information nicht leisten (siehe auch verbessertes Informationsverfahren bezüglich Ediktsdatei). Daher ist vom Gesetzgeber eine Informationspflicht der BWB wieder vorzusehen. Dabei sollten innerhalb kurzer Frist Informationen über die wesentlichen Entscheidungsmerkmale auf der Webseite der BWB bereitgestellt werden. Der Text für diese Information sollte vom Kartellgericht zur Verfügung gestellt werden, wobei den Parteienvertreter keine Mitsprache bei der Formulierung des Veröffentlichungstextes – entgegen der Veröffentlichung nach § 37 KartG – einzuräumen ist. Dabei sind als wesentliche Entscheidungsmerkmale (zB bei Geldbußenverfahren) anzugeben:

- Bezeichnung der Antragsgegner und jener Unternehmen, die an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt waren, wenn gegen sie eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt
- konkrete Art der Wettbewerbsbeschränkung
- betroffene Märkte und Produkte
- Zeitraum der Verletzung
- Höhe der Geldbuße
- Verfahrensstand (rechtskräftig oder nicht)

§ 37 KartG wäre darüber hinaus dahingehend zu ergänzen, dass auch Entscheidungen, die im Provisorialverfahren ergehen (Einstweilige Verfügungen) aufgenommen werden; ebenso Entscheidungen, mit denen Anträge auf Feststellung, Abstellung und Verhängung einer Geldbuße abgewiesen wurden.