

Preis- und Konditionenmissbrauch) zum Vorbild. Die Befugnisse der BWB werden auch ausgebaut, ohne sie aber mit Sachentscheidungskompetenzen auszustatten.

Das Kartellrecht wird weiterhin eine

zentrale Säule der Compliance-Bemühungen sein müssen, und zwar nicht nur für weltweit agierende Konzerne und ihre österreichischen Tochtergesellschaften, sondern verstärkt auch für kleinere und mittlere Unternehmer.

- 1) Siehe die Beiträge von *Raoul Hoffer*, Erweiterte Ermittlungskompetenzen der BWB durch das KaWeRÄG 2012, und *Andreas Traugott*, Die Neuerungen im kartellrechtlichen Sanktionen-Regime, in diesem Heft.

#### Der Autor

**RA Dr. Johannes Barbist, M.A.** (Limerick) ist Rechtsanwalt und Partner der Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH (Wien – Innsbruck). Er ist auf Fragen des öffentlichen Wirtschafts- und Umweltrechts inklusive Legal Compliance spezialisiert und Mitherausgeber des Buchs „Compliance in der Unternehmenspraxis“ (LexisNexis 2009).



Foto Binder Grösswang

## Erweiterte Ermittlungskompetenzen der BWB durch das KaWeRÄG 2012

Einer der Schwerpunkte des Kartell- und Wettbewerbsrechtsänderungsgesetzes 2012 (KaWeRÄG 2012) ist die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse der BWB. Sie kann in Hinkunft Auskunftsverlangen im Rahmen von vollstreckbaren Verwaltungsbescheiden erlassen und wurde zusätzlich in ihren Befugnissen im Rahmen von Hausdurchsuchungen gestärkt.

#### Von Raoul Hoffer

##### 1. Bescheidkompetenz der BWB

In § 11a Abs 3 WettbG ist nun verankert, dass die BWB die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen gem § 11a Abs 1 WettbG auch mit Bescheid anordnen kann. Dadurch wird die bisherige Kompetenz des Kartellgerichts, Derartiges mit Beschluss aufzutragen, abgelöst. Von Bedeutung ist auch, dass einer Berufung gegen derartige Bescheide keine aufschiebende Wirkung zukommt, außer diese wird ausdrücklich durch die Rechtsmittelinstanz zuerkannt und zwar binnen zwei Wochen ab Einbringung des Rechtsmittels. Die Rechtsmittelinstanz ist der UVS Wien (§ 11a Abs 6 WettbG neu).

§ 11a Abs 1 WettbG hält folgende Befugnisse der BWB fest:

- Erteilung von Auskünften durch Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (Z 1).
- Geschäftliche Unterlagen (einschließlich EDV-Datenträger) einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen

zu lassen, sowie Abschriften und Auszüge der Unterlagen anzufertigen (Z 2).

- Im Rahmen von Hausdurchsuchungen, alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen, sowie von allen Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung Erläuterungen zu Sachverhalten oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Ermittlungen in Zusammenhang stehen. (Z 3).

Letzteres (Z 3) ist insofern neu, als bisher eine Fragemöglichkeit bloß bzgl des Aufbewahrungsorts von Unterlagen (oder Datenträgern) bestand. Fraglich ist allerdings, inwiefern die oben erwähnte neue Bescheidkompetenz der BWB tatsächlich im Rahmen von Hausdurchsuchungen zum Tragen kommt. In der Situation einer Hausdurchsuchung käme wohl (mangels vorgeschalteten Ermittlungsverfahrens) nur die Erlassung eines Mandatsbescheides iSd § 57 AVG in Betracht. Diesen hatte der Gesetzgeber bzgl § 11a Abs 3

WettbG jedoch offensichtlich nicht im Sinn, zumal das Rechtsmittel gegen einen Mandatsbescheid die Vorstellung (§ 57 Abs 2 AVG) ist und nicht die Berufung wie in § 11a Abs 3 und Abs 6 WettbG festgehalten.<sup>1</sup>

Die Nichterteilung einer Auskunft oder eine unrichtige, irreführende oder unvollständige Auskunft entgegen einem entsprechenden Bescheid der BWB stellt eine Verwaltungsübertretung dar und kann mit einer Geldstrafe von bis zu 75.000 Euro bestraft werden. Die bloß unrichtige oder irreführende Angabe aufgrund eines einfachen<sup>2</sup> Auskunftsverlangens gemäß § 11a Abs 2 WettbG kann hingegen mit einer Geldstrafe von bis zu 25.000 Euro geahndet werden. Demnach entsteht eine Hierarchie zwischen dem einfachen Auskunftsverlangen gemäß § 11a Abs 2 WettbG und dem Bescheid gemäß § 11a Abs 3 WettbG. Die BWB ist jedoch grundsätzlich nicht verpflichtet, zuerst ein einfaches Auskunftsverlangen zu erlassen und erst dann einen Bescheid, wenn das einfache Auskunftsverlangen nicht befolgt wird. Vielmehr kann sie so-



fort einen Bescheid erlassen, wenn sich dies aufgrund der Umstände als notwendig erweist. Nur in dem Fall, in dem eine Branchenuntersuchung durchgeführt wird,<sup>3</sup> ist zunächst ein einfaches Auskunftsverlangen an die im Rahmen der Branchenuntersuchung befragten Unternehmen zu richten und ein Bescheid gemäß § 11a Abs 3 WettbG erst zu erlassen, wenn das einfache Auskunftsverlangen nicht zu einer entsprechenden Antwort geführt hat (§ 11a Abs 8 WettbG).

**Zwischenergebnis:** Die BWB hat durch die neue Bescheidkompetenz an Schlagkraft gewonnen. Für die betroffenen Unternehmen wird genau darauf zu achten sein, ob sie es mit einem einfachen Auskunftsverlangen gemäß § 11a Abs 2 WettbG oder einem Bescheid gemäß § 11a Abs 3 WettbG zu tun haben. Je nachdem richten sich ihre Rechte und Pflichten. Insofern Zweifel daran besteht, dass die Bescheiderlassung zu Recht erfolgt ist, könnte mit einem Rechtsmittel versucht werden, aufschiebende Wirkung zu erlangen.

## 2. Neue Kompetenzen der BWB im Rahmen von Hausdurchsuchungen

Die über das oben bereits erwähnte Befragungsrecht der BWB hinausgehenden, wesentlichen Neuerungen bezüglich der Hausdurchsuchungen sind:

- Möglichkeit der Versiegelung von Räumlichkeiten;
- Beschlagnahmemöglichkeit von Beweismitteln;
- Eingeschränktes Widerspruchsrecht bezüglich Unterlagen.

### 1.1. Versiegelung von Räumlichkeiten

Sofern die BWB aus logistischen oder zeitlichen Gründen nicht innerhalb eines entsprechenden Zeitraums in alle Unterlagen Einsicht nehmen kann, die vor Ort aufzufinden sind, kann sie Unterlagen dadurch sichern, dass sie diese in Räumlichkeiten des betroffenen Unternehmens bringt und diese Räumlichkeiten versiegelt werden

(§ 12 Abs 4 WettbG). Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn sich die Hausdurchsuchung über mehrere Tage erstreckt. Die Versiegelung erfolgt auf solche Weise, dass ein Bruch des Siegels ohne weiteres erkennbar ist. Im Falle des Siegelbruchs gibt es keine eigene Strafnorm im WettbG, sondern hier gelten die auf den Siegelbruch anwendbaren Strafbestimmungen.<sup>4</sup>

### 1.2. Beschlagnahme von Beweismitteln

Zudem ist die BWB befugt, in dem Fall, in dem dies zur Sicherung des Ermittlungserfolges geboten ist, Beweismittel in Beschlag zu nehmen. Aufgrund der Stellung dieser Bestimmung in § 12 Abs 4 WettbG ist die Beschlagnahme von Beweismitteln (dh in der Regel Unterlagen oder Datenträger) wohl nur für den Zeitraum der Hausdurchsuchung zulässig. Insofern findet die Beschlagnahme ihre Parallele in der Versiegelung von Räumlichkeiten.

Zumal schon die Versiegelung von Räumlichkeiten, aber noch mehr die Beschlagnahme von Originalunterlagen ein relativ weitgehender Eingriff in die Geschäftstätigkeit des betreffenden Unternehmens ist, sollte wohl zunächst versucht werden, ohne eine Versiegelung oder eine Beschlagnahme die Einsichtnahme bzw das Kopieren der Unterlagen abzuschließen. Erst wenn dies nicht möglich ist, sollte mit einer Versiegelung vorgegangen werden, und nur wenn dies ebenfalls nicht möglich ist, mit der Beschlagnahme von Beweismitteln.

### 1.3. Beschränktes Widerspruchsrecht

Einen wesentlichen Unterschied zu der alten Gesetzeslage bringt der neu gefasste § 12 Abs 5 WettbG mit sich. Danach ist das Widerspruchsrecht des betroffenen Unternehmens gegen die Einsichtnahme in Unterlagen durch die BWB, das nach der alten Rechtslage umfassend war, nun stark eingeschränkt. Das betroffene Unternehmen darf Widerspruch nur mehr bzgl solcher Unterlagen erheben, bzgl derer es sich auf gesetzlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten (dh die typischen Berufsgeheimnisse, wie sie zB auf Wirtschaftstreuhänder und Rechtsanwälte zutreffen) oder ein Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 157 Abs 1 Z 2–5 StPO<sup>5</sup> berufen kann. Hinzu kommt noch, dass die Unterlagen, auf die diese Einschränkung zutrifft, durch das betroffene Unternehmen im Rahmen der Hausdurchsuchung jeweils einzeln zu bezeichnen sind, sodass ein pauschaler Verweis auf einen Ordner oder auf einen Datenträger nicht ausreicht. Es wird jeweils anzugeben sein, welche Unterlage konkret und aus welchem Grund der Beschränkung unterliegt.<sup>6</sup>

Die derart bezeichneten Unterlagen sind durch die BWB zu sichern (dh auch zu „versiegeln“) und dem Kartellgericht vorzulegen. Dieses hat zu prüfen, ob der

Widerspruch zu Recht erhoben wurde. Nur ausnahmsweise – sofern die einzelne Bezeichnung der Unterlagen die Hausdurchsuchung in unverhältnismäßiger Weise verzögern würde – ist es möglich, dass die Unterlagen vorläufig bei der BWB gesichert und getrennt vom Ermittlungsakt aufbewahrt werden (§ 12 Abs 6 WettbG).<sup>7</sup> Das betroffene Unternehmen hat dann die Möglichkeit, innerhalb einer Frist von mindestens zwei Wochen, die die BWB zu setzen hat, die Unterlagen einzusehen und sie einzeln in obigem Sinne zu bezeichnen.

**Zwischenergebnis:** Die BWB ist nunmehr bzgl der Durchführung von Hausdurchsuchungen mit denselben Befugnissen, wie sie die Europäische Kommission<sup>8</sup> hat, ausgestattet. Durch die neuen Bestimmungen besteht ein größeres Risiko für Unternehmen, dass Unterlagen vorerst der Einsichtnahme durch die BWB unterliegen und erst im Nachhinein geltend gemacht werden kann, dass die Einsichtnahme in diese nicht vom Hausdurchsuchungsbefehl abgedeckt war. Diesbezüglich besteht dann zwar nach der Judikatur zur alten Rechtslage ein Beweisverwertungsverbot, jedoch kann die Kenntnisnahme der BWB von diesen Unterlagen nicht mehr rückgängig gemacht werden.<sup>9</sup>

Zu empfehlen ist den Unternehmen daher jedenfalls, jene Unterlagen, die einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen (bzw solche, bei denen ein Aussageverweigerungsgrund gemäß § 157 Abs 1 Z 2–5 StPO vorliegt), in separaten Ordnern abzuspeichern bzw physisch gesondert abzulegen und klar zu bezeichnen. Obwohl die BWB hier anderer Meinung ist, sollte dies auch bezüglich sogenannter Anwaltskorrespondenz durchgeführt werden, dh jener Korrespondenz mit einem Rechtsanwalt, welche kartellbezogene Sachverhalte betrifft und die bei dem Unternehmen aufliegt. Obwohl die BWB das sogenannte Legal Privileg, dh den Schutz der Anwaltskorre-

spondenz (auch wenn sie sich beim Unternehmen befindet) nicht anerkennt, ist dies noch nicht ausjudiziert. Es bestehen zumindest gute Argumente dafür, dass das Legal Privileg in Österreich auch derzeit Anwendung finden müsste.<sup>10</sup>

### Conclusio

Die Position der BWB ist insgesamt durch das KaWeRÄG 2012 massiv gestärkt worden. Hausdurchsuchungen können aus Sicht der BWB nun wesentlich effektiver durchgeführt werden. Für die Unternehmen ergibt sich ein gewisses Rechtsschutzdefizit.

Umso wichtiger wird es sein, dass sich Unternehmen entsprechend auf die Eventualität einer Hausdurchsuchung vorbereiten, um die verbliebenen Rechte bestmöglich zu nutzen. Weiters sollten sie ihre Unterlagen und Datenträger in einer solchen Form ordnen, dass sie etwaige Ausnahmen von der Einsichtnahme durch die BWB bestmöglich geltend machen können.

- 1) Selbst, wenn man hier eine Bescheiderlassung grundsätzlich als zulässig betrachten würde, erwähnt § 11a Abs 3 WettbG zwar Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen, nicht aber „Erläuterungen von Vertretern oder Beschäftigten des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung“. Man könnte hier daher vertreten, dass der Gesetzgeber bzgl dieser jedenfalls keine Bescheidkompetenz vorgesehen hat.
- 2) Dh nicht bescheidmäßigen.
- 3) Gemäß § 2 Abs 1 Z 3 WettbG.
- 4) Vgl § 272 StGB.
- 5) Es handelt sich hier ebenfalls um berufsbedingte Aussageverweigerungsgründe bzw solche im Zusammenhang mit dem Wahrrecht.
- 6) Allerdings besteht die Bezeichnungspflicht wohl nur insoweit, als damit nicht wiederum eine Offenlegung der geschützten Inhalte stattfindet.
- 7) Dh die BWB darf in diese Unterlagen nachweislich nicht Einsicht nehmen.
- 8) Und teilweise darüber hinaus, was zumindest die Beschlagnahme von Unterlagen betrifft.
- 9) Vgl KOG 6.6.2012, 16 Ok 2/12 „Polystyrol-Dämmstoffe“ – zu überlegen ist daher, ob hier nicht nach der neuen Rechtslage weitergehende Sanktionen bei einem nicht ordnungsgemäßen Hausdurchsuchungsbefehl oder bei Überschreitungen desselben anzunehmen sind, zB eine Nichtigkeit der betreffenden Maßnahmen eintritt.
- 10) Siehe zB Neumayr/Stegbauer, Die Reichweite des Anwaltsprivilegs, ÖZK 2008, 10; Gruber, Das „Anwaltsprivileg“ im Wettbewerbsrecht, ÖZK 2010, 103.



Foto Binder Grösswang

#### Der Autor

Dr. Raoul Hoffer ist Partner der Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH.