

Die Novelle zum Kartell- und Wettbewerbsgesetz – die Compliance-Perspektive

Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 (KaWeRÄG 2012) bringt eine Reihe weitreichender rechtlicher Reformen mit sich. Der folgende Beitrag beschäftigt sich aus Compliance-Perspektive mit zentralen Neuerungen des Gesetzes bei den Themen Bagatellkartelle, Marktbeherrschung, Preismissbrauch und Kronzeugenregelung.

Von Johannes Barbist

1. Einleitung

Mit 1. März 2013 treten weite Teile des „Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012“ (KaWeRÄG 2012, BGBl I 13/2013) in Kraft. Hinter diesem Wortungsetüm verbergen sich Novellen zum Kartellgesetz 2005 (KartG 2005), zum Wettbewerbsgesetz (WettbG) und zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG). Die im Folgenden aus Compliance-Sicht näher dargestellten Reformpunkte sind:

- Anpassung der Ausnahme für Bagatellkartelle an die EU-rechtlichen Regelungen,
- Einführung des Konzepts der gemeinsamen Marktbeherrschung verbunden mit einer Vermutung einer gemeinsamen Marktbeherrschung,
- Änderungen beim Tatbestand des Preis- und Konditionenmissbrauchs,
- Neuerungen bei der Kronzeugenregelung.

Folgende wichtige Neuerungen im KartG 2005 und im WettbG werden durch Spezialbeiträge in diesem Heft abgedeckt:¹

- Ausweitung des Anwendungsbereichs für Feststellungsanträge,
- Anpassung der Geldbußenbemessung an die Bußgeldleitlinien der Kommission,
- Stärkung der Verteidigungsrechte im Geldbußenverfahren,
- Erleichterungen für Schadenersatzklagen,
- Ausweitung der Befugnisse der BWB im Rahmen von Hausdurchsuchungen.

Darüber hinaus wird im Fusionskontrollverfahren ein in der Praxis nützliches „stop-the-clock Verfahren“ eingeführt. Weitere kleinere Änderungen runden die Reform ab.

2. Neufassung der Ausnahme vom Kartellverbot für Bagatellkartelle

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmern sind in Österreich verboten, unabhängig davon, ob sie in einem Wettbewerbsverhältnis (sogenannte horizontale Kartelle) oder einem Lieferanten-Kundenverhältnis (sogenannte vertikale Kartelle) stehen. Dieses Kartellverbot gilt aber nur als Grundsatz. Ausnahmen bestehen insbesondere in Bezug auf Vereinbarungen, die gleichzeitig auch wettbewerbsfördernde Effekte (Effizienzen) bringen, und für Kartelle unterhalb der Spürbarkeitsschwelle.

Bagatellregelungen gibt es in vielen Bereichen der österreichischen Rechtsordnung. Erkennbarer Regelungszweck von Bagatellschwellen ist es, Verbote, Sanktionen und staatliche Ressourcen in die Vollziehung der Gesetze erst ab einer gewissen Relevanz (Spürbarkeit) vorzusehen. Im KartG 2005 galt bis dato eine großzügige Regelung, waren doch selbst die schwerwiegendsten Kartelle (zB Preisabsprachen zwischen Wettbewerbern oder Gebietsaufteilungen) zulässig, sofern die daran beteiligten Unternehmer „gemeinsam am österreichischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5 % und

an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25 % [hatten] (Bagatellkartelle)“.

Diese Regelung führte in der Praxis dazu, dass gerade kleine und mittlere Unternehmer (KMUs) für sich einen „kartellrechtsfreien Raum“ definierten und so munter Preisabsprachen bzw Gebiets- und Kundenaufteilungen mit Wettbewerbern vereinbarten oder die Wiederverkaufspreise ihrer Händler verordneten. Aber bereits unter dem alten Regime entsprach dieses Freiheitsgefühl in vielen Fällen nicht der Rechtslage, zumal ja auch ein gemeinsamer Anteil am örtlichen/regionalen Teilmarkt von knapp über 25 Prozent bereits schädlich war. Die Fahrschulen in Innsbruck können ein Lied davon singen, kamen sie doch wegen vermuteter Preisabsprachen ins Visier der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB); das Verfahren endete mit einem Vergleich und einer Geldbuße von insgesamt 70.000 Euro.

Die Novelle zum KartG 2005 fasst die Ausnahme für Bagatellkartelle neu und greift für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, „an denen Unternehmer beteiligt sind, die zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der

Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken“.

Damit schafft der österreichische Gesetzgeber einen gewissen Gleichlauf mit dem europäischen Kartellrecht. Die Frage der Anwendbarkeit des europäischen Kartellverbots (Art 101 AEUV) verliert also an Brisanz, sind doch die materiellen Vorschriften, Rechtsfolgen und Sanktionen jetzt weitgehend synchronisiert. Allerdings verbleiben unnötige Auslegungsfragen, die die Gerichte noch beschäftigen werden.

Aus Compliance-Sicht sei Unternehmern unabhängig von ihrer Größe angeraten, jedenfalls nicht sogenannte Kernbeschränkungen/Hardcore-Kartelle zu vereinbaren. Mit anderen Worten:

- Vereinbaren Sie mit ihren Wettbewerbern keine Einkaufs- oder Verkaufspreise.
- Machen Sie keine Gebiets- oder Kundenaufteilungen mit der Konkurrenz.
- Stimmen Sie sich nicht über künftige Produktions- oder Vertriebsmengen mit konkurrierenden Marktteilnehmern ab.
- Schränken Sie ihre unabhängigen Vertriebspartner nicht in Bezug auf die Wiederverkaufspreise ein. Unverbindliche (und damit sanktionslose) Preisempfehlungen und Höchstpreise sind aber weitgehend zulässig.

Abgesehen davon kommt es auf die Anteile am relevanten Markt an. Auch hier sind unternehmerisches Wunschdenken und kartellrechtliche Beurteilung nicht immer deckungsgleich. Kooperationen zwischen KMUs werden aber idR positiv gesehen; was insbesondere auch für Arbeitsgemeinschaften gilt, sofern nur die Gruppe gemeinsam den Marktauftritt (zB die Abwicklung eines großen Bauprojektes) überhaupt erst ermöglicht.

Die neue Bagatellregelung ist auf Kartelle anwendbar, die nach dem 28. Februar 2013 gebildet werden. Risikofreudige Unternehmer könnten daher geneigt sein, bereits früher gebildete Kartelle (und insbesondere Hardcore-Kartelle) nach dem alten Regime fortzuführen. Hier bestehen aber verschiedenste Unsicherheiten (Marktabgrenzung, Marktanteile, Anwendung des europäischen Kartellverbots), welche gegen diesen Zugang sprechen.

3. Neuerungen bei den Vorschriften zur Marktbeherrschung

Machen wir einen fliegenden Wechsel zu jenem Bereich des Kartellrechts, der marktmächtige Unternehmer einer besonderen Verhaltenskontrolle (Missbrauchsaufsicht) unterstellt. Diese Miss-

Für die Ermittlung des Marktanteils ist auf den relevanten Markt abzustellen, der auch über Österreich hinausgehen kann (zB EU-weiter Markt). Dies gilt ab 1. März 2013 auch für die bestehenden Marktbeherrschungsvermutungen, die trotz teilweise ähnlicher Stoßrichtung (oligopolistische Marktstruktur) beibehalten wurden (siehe Tab 2).

§ 4 Abs 2a KartG 2005	Marktstruktur	gemeinsamer Marktanteil
Z 1	drei oder weniger Unternehmer mit	mindestens 50%
Z 2 (alternativ)	fünf oder weniger Unternehmer mit	mindestens 2/3

Tab 1

brauchsaufsicht greift gegenüber marktbeherrschenden Unternehmern ein.

Die Novelle führt nunmehr den Begriff der „gemeinsamen Marktbeherrschung“ (im Juristendeutsch auch als kollektive Marktbeherrschung oder „collective dominance“ bezeichnet) ein. Zwei oder mehr Unternehmer sind dann „marktbeherrschend, wenn zwischen ihnen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 [nur unwesentlicher Wettbewerb oder eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung] erfüllen“. Damit soll dieser in der Praxis wichtiger werdenden Fallgruppe Rechnung getragen werden (die seit Jahren schwelende Diskussion um Mineralölpreise an den Tankstellen lässt grüßen).

Damit verknüpft wird auch gleich eine widerlegliche Vermutung der gemeinsamen Marktbeherrschung, wenn eine Gesamtheit von Unternehmern (auf Anbieter- oder Nachfragerseite) am relevanten Markt folgende Mindest-Marktanteile erreicht (siehe Tab 1).

Wird ein Vermutungstatbestand erfüllt, muss der jeweilige Unternehmer nachweisen, dass er allein bzw als Teil der Gruppe im Oligopol nicht marktbeherrschend ist. Noch ungeklärt ist die Reichweite dieser Beweislastverschiebung, ob also die Beweislast des jeweiligen Unternehmers nur in einem durch die BWB oder den Bundeskartellanwalt eingeleiteten Verfahren auf Abstellung (bzw Feststellung) eines Marktmachtmissbrauchs vor dem Kartellgericht zur Anwendung gelangt, oder etwa auch bei einer Antragstellung durch Wettbewerber oder Geschäftspartner (ggf auch vor dem Zivilgericht) anzuwenden ist.

Auch hier verbleibt eine große Spielwiese für tollkühne Argumentationslinien. Der Gesetzgeber nimmt das sehenden Auges in Kauf, bedürfte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Reichweite der Vermutungstatbestände für die Marktbeherrschung doch „noch weiterführender Prüfung“ (so die Gesetzesmaterialien). Einführen kann man das Ungetüm aber ja schon einmal ... Ob es eine geheime Allianz zwischen Gesetzgeber und Juristenbranche gibt?

§ 4 Abs 2 KartG 2005	Marktstruktur	Marktanteil des vermutet marktbeherrschenden Unternehmers
Z 1	ein Unternehmer	mindestens 30%
Z 2 (alternativ)	drei oder weniger Unternehmer	mehr als 5%
Z 3 (alternativ)	die maximal vier größten Unternehmer haben zusammen einen Marktanteil von mindestens 80%	mehr als 5% und Teil der Gruppe der maximal vier größten Unternehmer

Tab 2

Aus Compliance-Sicht bedeutet das:

- *Unternehmer sollten sich möglichst darüber klar werden, in welchem sachlich und räumlich relevanten Markt (kartellrechtliche Beurteilung maßgeblich) sie agieren. Nur auf dieser Basis können Marktanteile richtig ermittelt werden.*
- *Wenn Sie als Unternehmer allein schon in die Nähe eines Marktanteils von 30 Prozent kommen oder in einem oligopolistischen Marktumfeld agieren (das nach den Umständen des Falls auch durchaus lokal begrenzt sein kann, zB Großraum Innsbruck im Fahrschulkartellfall), ist besondere Vorsicht im Verhalten gegenüber Oligopolmitgliedern und Geschäftspartnern geboten.*

Die Neuregelungen sind auf Handlungen anzuwenden, die nach dem 28. Februar 2013 begangen wurden.

4. Neuerungen beim Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

Nach dem geänderten Tatbestand des Preis- und Konditionenmissbrauchs ist es missbräuchlich, wenn Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, „die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, wobei insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmern auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind“.

In der Praxis wird diese Neuregelung keine großen Veränderungen bringen. Preise und Konditionen auf Vergleichsmärkten wurden auch schon bisher berücksichtigt (alternativ könnte man sich auf die Gewinnspanne stützen). Preismissbrauchsfälle bleiben aber generell ein schwieriges Terrain für die Wettbewerbsbehörden.

Aus Compliance-Sicht problematisch sind insbesondere Unter-Kosten-Verkäufe oder sonstige evident „unfaire“ Geschäftskonditionen, die schwächeren Vertragspartnern aufgezwungen werden.

Die Neuregelung gilt für Handlungen, die nach dem 28. Februar 2013 begangen werden.

5. Die neuen Regeln für Kronzeugen

Seit 1. Jänner 2006 gibt es auch in Österreich Kronzeugenstatus für Unternehmer, welche rechtzeitig bei der BWB ihre Teilnahme an einem verbotenen Kartell melden, entsprechende Beweismittel vorlegen, mit der BWB wahrheitsgemäß, uneingeschränkt und zügig kooperieren und andere Unternehmer nicht zur Teilnahme am Kartell gezwungen haben. Sie können mit einem Absehen von bzw zumindest einer erheblichen Reduktion der Geldbuße rechnen.

Mithilfe des Kronzeugenprogramms konnten diverse Kartelle in den letzten Jahren aufgedeckt werden. Gleichwohl wurde die BWB nicht mit Anträgen überannt (nach meinem Kenntnisstand waren es ca 30 Anträge seit Einführung, die zudem teilweise idente Fälle betrafen). Dies hat verschiedenste rechtliche und außerrechtliche Gründe (drohende Schadenersatzansprüche von Vertragspartnern; Risiko, dass die Geschädigten den Zugang zum Kronzeugenantrag erhalten; drohender Reputationsschaden und weitere Nachteile für die Zukunft, etc).

Die Novelle erweitert den Anwendungsbereich für ein Absehen von einer Geldbuße, geht aber andererseits über das bisher geltende „Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 WettbG (Kronzeugenregelung)“ hinaus und zieht auf diese Weise die Schrauben für einen erfolgreichen Kronzeugenstatus weiter an: Die Mindestanforderungen für den ersten Kronzeugen variieren nunmehr je nach Informationslage der BWB:

- Hat die Behörde noch keine Kenntnis vom Kartell, muss der ersuchende Unternehmer als Erster Informationen und Beweismittel von einer Art und Qualität vorlegen, die es der BWB ermöglichen, unmittelbar auf dieser Grundlage den Verdacht eines verbotenen Kartells hinreichend zu begründen (Voraussetzung für einen erfolgreichen Antrag zur

Erlangung eines Hausdurchsuchungsbefehls).

- Hatte die BWB zwar bereits aus anderer Quelle Kenntnis vom Verdacht eines verbotenen Kartells, ohne allerdings bereits den Nachweis der Zuwiderhandlung führen zu können, kommt eine Geldbußenbefreiung nur noch in Frage, wenn der ersuchende Unternehmer zusätzliche Informationen und Beweismittel vorlegt, mit welchen die BWB unmittelbar (dh ohne weiteres Ermittlungsverfahren) einen begründeten Antrag auf Verhängung einer Geldbuße beim Kartellgericht einbringen kann.

Hinzu kommen die schon bisher bekannten Kriterien, wobei die Pflicht zur umfassenden Kooperation und Offenlegung von Beweismitteln direkt in das Gesetz aufgenommen wird.

Kann der ersuchende Unternehmer die oben näher beschriebene Informations- und Beweisanforderungsschwelle zwar nicht erfüllen, aber gleichwohl einen erheblichen Mehrwert für die BWB schaffen, kann ihm – soweit weitere Voraussetzungen erfüllt werden – eine Reduktion der Geldbuße zuerkannt werden. Nach der neuen Rechtslage bestimmt sich der Umfang der Reduktion nach dem Zeitpunkt der Abgabe der zusätzlichen Informationen und Beweismittel sowie nach dem Ausmaß des Mehrwerts gegenüber der bereits bekannten Information.

Aus Compliance-Sicht empfiehlt sich ein wiederkehrendes Kartellrechts-Compliance Audit gepaart mit den üblichen Compliance-Maßnahmen (Handbuch/Richtlinien, Schulungen, etc). Nur auf diese Weise können Zuwiderhandlungen vermieden oder zumindest mit größerer Wahrscheinlichkeit aufgedeckt werden. Im letzteren Fall werden Unternehmer überhaupt erst in die Lage versetzt, über einen Kronzeugenstatus nachzudenken, jedenfalls aber das verbotene Kartell zu beenden.

6. Ausblick

Das österreichische Kartellrecht entwickelt sich schrittweise weiter und nimmt dabei – wie das vorliegende KAWeRÄG 2012 zeigt – das europäische Recht (Bagatellkartell) und deutsche Recht (Marktbeherrschungsvermutung,

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.¹

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 einfachen² 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-