

Bundesministerium für
Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

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

ZI. 13/1 21/118

2021-0.427.034

**VO, mit der die Anwendung der Kronzeugenregelung nach dem
Wettbewerbsgesetz konkretisiert wird;
VO, mit der die Zustellung und Vollstreckung im Europäischen Wettbewerbsnetz
konkretisiert wird**

**Referentinnen: MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwältin in Wien
Dr. Isabella Hartung LL.M., Rechtsanwältin in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

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

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

VORBEMERKUNG

Das BMDW hat am 01.07.2021 die Entwürfe für zwei Verordnungen (jeweils samt
Erläuterungen, Vorblatt und WFA) übermittelt:

- eine Verordnung, mit der die Anwendung der Kronzeugenregelung nach dem
WettbG konkretisiert wird (im Folgenden "**VO Kronzeugenprogramm**"), sowie
- eine Verordnung, mit der die Zustellung und Vollstreckung im Europäischen
Wettbewerbsnetz konkretisiert wird ("**VO Amtshilfe**").

Die gegenständliche Stellungnahme beschränkt sich auf die VO
Kronzeugenprogramm. Die VO Amtshilfe betrifft Zustell- und Vollstreckungsersuchen
einer nationalen Wettbewerbsbehörde im Europäischen Wettbewerbsnetz nach § 14a
WettbG und somit Bestimmungen, welche primär den Verkehr von Behörden
untereinander betreffen und aus Sicht der Referentinnen weniger unmittelbare
Bedeutung für die anwaltliche Beratung haben. Auch aufgrund der knappen, in die



Urlaubssaison fallenden Stellungnahmefrist haben sich die Referentinnen daher auf die Begutachtung der VO Kronzeugenprogramme konzentriert.

Zu § 2 VO Kronzeugenprogramm („Ersuchen auf Kronzeugenstatus“)

1. § 2 normiert, welche Angaben ein Ersuchen auf Kronzeugenstatus zu beinhalten hat. Laut den Erläuterungen zu § 2 soll der Umfang der Unterlagen und Beweismittel sowohl bei Ersuchen auf Erlass, als auch bei Ersuchen um Ermäßigung der Geldbuße derselbe sein. Dieser Hinweis kann in die Irre führen, da für einen Geldbußenerlass nach § 11b Abs 1 WettbG andere Anforderungen an die vorgelegten Informationen und Beweismittel gestellt werden als für eine Geldbußenermäßigung nach § 11b Abs 2 WettbG. Wir empfehlen daher die Streichung dieses Satzes aus den Erläuterungen.

Zu § 3 VO Kronzeugenprogramm („Marker“)

2. § 3 enthält Bestimmungen betreffend den sog. "Marker". Dieser kann bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) vor einem Ersuchen um ein Vorgehen nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG (Ersuchen auf Kronzeugenstatus) eingereicht werden und dient der Sicherung des Rangs in der Eingangsreihenfolge. Die Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ("**ECN+ RL**") sieht in Art 21 Abs 1 vor, dass die Mitgliedstaaten ein solches Marker-System für Anträge auf Geldbußenerlass zwingend vorzusehen haben. Für Anträge auf Geldbußenermäßigung hingegen ist die Einführung eines Marker-Systems optional (Art 21 Abs 5 ECN+ RL). Der Entwurf der VO Kronzeugenprogramm sieht – anders als das bisherige Kronzeugenhandbuch der BWB – ein Marker-System auch für Anträge auf Geldbußenermäßigung vor (§ 3 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 VO Kronzeugenprogramm), dh Ersuchen um Setzen von Markern sollen sowohl bei Ersuchen nach § 11b Abs 1 und Abs 2 WettbG möglich sein (vgl Erläuterungen zu § 3).
3. Die Einführung eines solchen Markers auch für die Ränge nach dem ersten Kronzeugen kann aber zu einem echten "Gamechanger" für das bisher sehr erfolgreiche österreichische Kronzeugenprogramm werden – und zwar konkret für alle Unternehmen, die *nach* dem ersten Kronzeugen auf den Rängen 2, 3, 4, 5 etc kooperationswillig sind. De facto würde die Änderung dazu führen, dass neben dem ersten Kronzeugen nur mehr ein Unternehmen (die Nr. 2) eine realistische Chance auf die Lieferung von Mehrwert erhält, während für alle anderen (also Nr. 3, 4, 5 etc) die Chancen drastisch sinken. Je nach Ausgestaltung kann dies sogar dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen (die aber uU nur einige Minuten später einen Marker gesetzt haben) die Beweislage gegen sich selbst (einschließlich nachfolgender Schadenersatzklagen) ohne Nutzen nur noch verschärfen. Die Problematik kann anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:
4. Durch die Möglichkeit, dass auch das zweite kooperierende Unternehmen nach dem Kronzeugen – "die Nr. 2" – einen Marker setzen kann (zB am 1.8., 12.00 Uhr) und damit innerhalb einer bestimmten Frist (zb 30 Tage bis 31.8.) Unterlagen zusammenstellen kann, die dann aber zum Zeitpunkt der Marker-Setzung (also am 1.8., 12.00 Uhr) als eingebracht gelten, bleibt für Unternehmen, die ihren Marker am 1.8. nur 3 und 5 Minuten später (also am 1.8. um 12.03 und um 12.05 Uhr)

setzen, rein faktisch kaum mehr Raum, Mehrwert zu liefern. Dies deshalb, da der Mehrwert jener Unterlagen, die von Nr. 3 und 4 übergeben werden, selbst wenn sie schon am Tag nach der Marker-Setzung (also am 2.8.) der BWB übergeben werden, immer nachrangig am Mehrwert der Unterlagen von Nr. 2 (bzw für Nr. 4 auch an Nr. 3 etc) gemessen werden müssen, da diese Unterlagen immer als vorher eingebracht gelten (auch wenn sie erst am Ende der Marker-Frist – in unserem Beispiel dann erst am 31.8. – übergeben werden).

5. Da Nr. 2 für die Zusammenstellung der Unterlagen die genannte Frist (in unserem Beispiel 30 Tage) eingeräumt bekommt (es können im Übrigen auch schon zwei Tage ein enormer Vorsprung sein), und davon auszugehen ist, dass Nr. 2 diese Zeit auch nutzt, sinkt mit jedem Tag dieser Frist, die Chance für Nr. 3 bzw Nr. 4, dass die Unterlagen, die diese Unternehmen uU schon am 2.8. zusammengestellt oder aufgefunden haben, noch einen Mehrwert haben.
6. Das – aus Sicht der Behörde grundsätzlich gewünschte – Rennen zwischen den Unternehmen um eine möglichst weitgehende Geldbußenermäßigung würde damit de facto nicht mehr anhand des inhaltlichen Mehrwerts der gelieferten Beweismittel gegenüber den bereits bei der BWB tatsächlich vorhandenen Beweismitteln entschieden. Belohnt (und das immerhin mit 50% Bußgeldreduktion) würde im Ergebnis idR nur derjenige, der aus rein praktisch/technischen oder sogar Zufallsgründen früher einen Marker setzen kann, da alle Unternehmen mit später gesetztem Marker keine realistische Chance mehr auf die Lieferung von Mehrwert hätten.
7. Um den Rang Nr. 2 zu sichern, müsste das Unternehmen bzw sein Rechtsvertreter in jedem Fall (zB unmittelbar nach Einlangen eines Auskunftsverlangens) möglichst schnell einen Marker setzen, ohne Zeit zu haben, auch nur annähernd einen Überblick über die Situation zu gewinnen, ohne vorhandene Beweismittel zu sichten und ohne jegliche Möglichkeit, Vor- und Nachteile der Inanspruchnahme der Kronzeugenregel im konkreten Einzelfall abzuwägen.
8. Besonders relevant ist schließlich, dass es ab Rang 3 im Grunde keinen Sinn mehr macht zu kooperieren, da man ja davon ausgehen muss, dass Nr. 2 die Zeit gut nutzen und entsprechende Unterlagen vorlegen wird, sondern ist es dann im Gegenteil idR sinnvoll, Zeit und Energie in bestmögliche Verteidigungsstrategien zu stecken, zumal dies ja auch im Schadenersatzverfahren Vorteile bringt.
9. Nun kann es auch eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers sein, ein Kronzeugenprogramm zu schaffen, bei dem im Ergebnis nur mit zwei Kronzeugen (Nr. 1 und Nr. 2) das Auslangen gefunden wird und eben alle anderen dann ohne Chance auf Bußgeldminderung bestraft werden. Dies würde aber den Charakter des österreichischen Systems, das gerade auch durch die positiven Anreize und die sehr ausgewogene und mit Augenmaß erfolgte Handhabung des Kronzeugenprogramms durch die BWB, erfolgreich war, erheblich verändern. Diese Flexibilität würde dann weder für die Behörde noch für die Unternehmen weiter bestehen können.
10. Sofern dennoch das Marker-System auch für Ersuchen um Geldbußenermäßigung eingeführt werden sollte, ist uE fraglich, ob die vorstehend erläuterte Unbilligkeit in

der inhaltlichen Behandlung der Unternehmen bei zeitlich knapp beieinander liegenden Markern durch eine entsprechende Ausgestaltung der nach § 7 Abs 4 der VO Kronzeugenprogramm vorzusehenden Reduktionen in ihrem Handbuch abgemildert werden kann. Diese Reduktion nach zeitlichem Rang setzt nämlich voraus, dass sich das Unternehmen mit dem späteren Marker überhaupt dem Grunde nach für eine Geldbußenermäßigung qualifizieren kann. Die Erläuterungen zu § 3 halten zwar fest, dass es im Ermessen der BWB liegt, „diesem Ersuchen Rechnung zu tragen“. Es ist aber fraglich, ob ein solches Ermessen, welches offenbar Art 21 Abs 2 ECN+ RL umsetzen soll, der BWB ausreichend Spielraum gewähren würde, für das Ausmaß der Geldbußenermäßigung dann doch nicht primär den zeitlichen Rang des Markers als Kriterium heranzuziehen.

11. Der ÖRAK schlägt jedenfalls vor, die geplante Einführung eines über die jetzige Regelung hinausgehenden Marker-Systems nochmals grundlegend zu überdenken.

Zu § 6 VO Kronzeugenprogramm („Kooperationsverpflichtung“)

12. § 6 spezifiziert die in § 11b Abs 1 Z 2 WettbG enthaltene Kooperationsverpflichtung. Betreffend § 6 Z 1 regen wir die Klarstellung an, dass sich das „Zurverfügungstehen für die Bundeswettbewerbsbehörde“ auf die Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts bezieht (und nicht als separate, zusätzliche Verpflichtung des Unternehmens besteht). ZB könnte die Bestimmung umformuliert werden wie folgt: *„1. Zurverfügungstehen für die Bundeswettbewerbsbehörde zwecks Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes durch unter anderem unverzügliche, vollständige und wahrheitsgemäße Beantwortung von Anfragen der Bundeswettbewerbsbehörde“*.
13. Betreffend § 6 Z 2 regen wir eine begriffliche und somit auch inhaltliche Vereinheitlichung mit § 11b Abs 1 Z 2 WettbG an. Statt *„2. Vorlage aller im Besitz des ersuchenden Unternehmers oder der Unternehmervereinigung befindlichen oder anderweitig verfügbaren Informationen und Beweismittel über die mutmaßliche Zuwiderhandlung“* würden wir folgende Formulierung vorschlagen: *„2. Vorlage aller Informationen und Beweismittel für die mutmaßliche Zuwiderhandlung, die sich im Besitz des ersuchenden Unternehmers oder der Unternehmervereinigung befinden oder auf die sie Zugriff haben, ...“* Diesfalls könnte auch das Wort „Zugang“ in § 2 Abs 2 Z 6 ebenfalls durch „Zugriff“ ersetzt werden.
14. Von der in § 6 Z 4 normierten Geheimhaltungspflicht sollte die Offenlegung gegenüber anderen Wettbewerbsbehörden (einschließlich solcher von Drittländern, vgl Art 19 lit c Unterabs (ii) ECN+ RL) ausgenommen werden. Überdies sollte die vorgesehene Entbindung von der Geheimhaltungspflicht (§ 6 Z 4 letzter HS) seitens der BWB nicht nur generell erteilt werden können, sondern auch beschränkt auf spezifische Informationen oder auf spezifische Adressatenkreise. Dies könnte durch folgende Ergänzung des letzten HS von § 6 Z 4 erfolgen: *„..., bis und insoweit die Bundeswettbewerbsbehörde den ersuchenden Unternehmer oder die ersuchende Unternehmervereinigung von dieser Verpflichtung entbindet“*.

Zu § 7 VO Kronzeugenprogramm („Geldbußenermäßigung“)

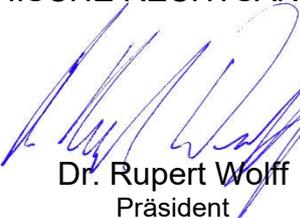
15. § 7 Abs 4 sieht vor, dass die BWB in einem Handbuch über die technische Abwicklung und die Reduktionen im Fall von Geldbußenermäßigungen informiert. Die dazugehörigen Erläuterungen führen dazu an, dass die BWB in diesem Handbuch uA ihre Kooperation mit dem Bundeskartellanwalt in Hinblick auf § 209b StPO darlegen kann. Aus Sicht möglicher Kronzeugen wäre es hilfreich, wenn im Handbuch auch die Kooperation der BWB mit der WKStA in Hinblick auf § 209b StPO erläutert würde.

Zu § 8 VO Kronzeugenprogramm („Mitteilung über Kronzeugenstatus“)

16. In den Erläuterungen zu § 8 wird darauf hingewiesen, dass ein Rechtsmittel gegen die Mitteilung der BWB über den Kronzeugenstatus nicht erhoben werden kann. Hier wäre allenfalls klarzustellen, dass das Unternehmen, dem möglicherweise zu Unrecht kein Kronzeugenstatus bzw keine Geldbußenermäßigung gewährt wurde, diesen Umstand im Geldbußenverfahren vor dem Kartellgericht relevieren kann.

Wien, am 21. Juli 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

