

## Offene Gesellschaft/Kommanditgesellschaft – Gründung/Nachhaftung

Insolvenznovelle 2006  
Zahlungsplanverfahren weiter gestrafft

Wirtschaftsstrafrecht  
§ 10 VbVG verfassungskonform?

US-Gesellschaftsrecht  
Grundlagen und Eigentümlichkeiten

Bundeswettbewerbsbehörde  
Befugnisse bei Auskunftsverlangen

Arbeitsrechtliches zur  
Fahrleistungsabhängigen Maut

Von der neuen StPO zur  
Reform des Finanzstrafrechts

Datenschutzrechtliche Grenzen fürs  
„Verpfeifen“

# Auskunftspflichten gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde

„Questions are never indiscreet. Answers sometimes are.“ Ob insb der erste Satz dieses Bonmots Oscar Wildes auf die Zustimmung der Adressaten von Auskunftsverlangen der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) stoßen dürfte, ist mehr als zweifelhaft – fest steht freilich, dass die Antworten „indiskrete Fragen“ für die laufende Arbeit der Behörde unverzichtbar sind. Eine neue OGH-Entscheidung<sup>1)</sup> zum Umfang der Befugnisse der Behörde ist Anlass der folgenden Bestandsaufnahme.

ANITA LUKASCHEK / PETER MATOUSEK

## A. EINLEITUNG

Das Mitte 2002 in Kraft getretene WettbG<sup>2)</sup> richtete mit der BWB eine unabhängige, monokratisch organisierte Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde in Wettbewerbsangelegenheiten ein. Kernaufgaben der BWB sind die Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs und die Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen iSd KartG 2005<sup>3)</sup> oder der Europäischen Wettbewerbsregeln<sup>4)</sup> (§ 1 Abs 1 lit a). Um ein effizientes Vorgehen gegen kartellrechtswidrige Praktiken zu gewährleisten, wurde die BWB mit entsprechenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattet,<sup>5)</sup> wobei zwei Gruppen zu unterscheiden sind, nämlich einerseits diejenigen, die sich nach AVG richten (§ 11 Abs 2), andererseits solche, die eigens im WettbG normiert wurden (§§ 11 a, 12).

## B. AUSKUNFTSVERLANGEN

### 1. ALLGEMEINES

Gem § 11 a Abs 1 ist die BWB, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist, ua befugt, von Unternehmern und Unternehmervereinigungen innerhalb einer angemessenen Frist die Erteilung von Auskünften anzufordern (Z 1), geschäftliche Unterlagen einzusehen und zu prüfen oder durch geeignete Sachverständige einsehen und prüfen zu lassen (Z 2) sowie vor Ort alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen (Z 3). § 11 a Abs 2 umschreibt den im Unternehmen zur Auskunftserteilung bzw Urkundenvorlage<sup>6)</sup> verpflichteten Kreis physischer Personen, Abs 3 die Durchsetzung dieser Pflichten vor dem KG.

### 2. AUSKUNFTSBEGRIFF

Unter den Auskunfts begriff fallen lediglich Mitteilungen über Tatsachen, tatsächliche Verhältnisse oder Umstände, soweit diese dem Unternehmen bekannt sein können (zB Art und Umfang der Produktion, Kalkulations- und Kostengrundlagen, Marktstellung etc). Die Behörde ist nicht berechtigt, von den zur Auskunftserteilung Verpflichteten Meinungen, Werturteile, Vermutungen oder Schlussfolgerungen zu erfragen.<sup>7)</sup> In Analogie zum Gemeinschaftsrecht wird

zu gelten haben, dass – soweit keine gesicherten Zahlen vorliegen – Schätzungen der eigenen wirtschaftlichen Situation (zB des eigenen Marktanteils) verlangt werden können. Dies gilt aber nur insoweit, als diese Angaben vom Unternehmen üblicherweise auch für die eigenen geschäftlichen Zwecke eingesetzt werden und dem Unternehmen die zur Schätzung benötigten Ausgangsdaten bekannt sind.<sup>8)</sup>

Nicht klar ist, ob auch eine Verpflichtung zur Abgabe von Prognosen, insb zB über zukünftige Marktentwicklungen besteht. Das KG verneint eine Verpflichtung zu „Zukunftsprognosen“ offenbar grundsätzlich,<sup>9)</sup> während in der Lit zu Art 18 VO 1/2003 von einer eingeschränkten Verpflichtung zur Antwort ausgegangen wird.<sup>10)</sup>

Dr. Anita Lukaschek arbeitet als Juristin bei der BWB; Dr. Peter Matousek leitet die Geschäftsstelle.

- 1) Der OGH als KOG 11. 10. 2006, 16 Ok 7, 8/06 (in der Folge LEH-E, vgl FN 19) bestätigte die E des OLG Wien als KG 21. 3. 2006, 29 Kt 80/05 (in der Folge LEH-KG).
- 2) BG über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), Art I des BG BGBl I 2002/62; zuletzt geändert durch BG BGBl I 2006/106; Zitate beziehen sich, wenn nicht anders angegeben, auf dieses Gesetz.
- 3) BG BGBl I 2005/61.
- 4) Darunter sind die Art 81 bis 86 EG-V und „die zur Durchführung dieser Bestimmungen erlassenen Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zu verstehen“ (§ 4 Abs 1), insb also die VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl 2003 L 1 und die EG-Fusionskontrollverordnung.
- 5) ErläutRV 1005 BlgNR 21. GP 15.
- 6) Der vorliegende Beitrag behandelt ausschließlich die Auskunftserteilung; es ist davon auszugehen, dass für die Urkundenvorlage Vergleichbares gilt.
- 7) LEH-KG unter Berufung auf *Burrichter/Hauschild in Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht Band II (1997) Rz 18 zu Art 11 VO 17/62.
- 8) *Burrichter/Hauschild*, aaO, mwN. Offenkundig zumindest zT ablehnend *Miersch in Dalheimer/Fedderson/Miersch*, Kommentar zur VO 1/2003, Rz 9 zu Art 18, der (ohne nähere Begründung) Fragen nach Schätzungen (und Prognosen) zwar zulassen will, sie aber nicht als durchsetzbar ansieht.
- 9) LEH-KG.
- 10) *Miersch*, aaO.

### 3. KREIS DER VERPFLICHTETEN

#### a) Unternehmer und Unternehmervereinigungen

Gem § 11 a Abs 1 ist die BWB befugt, die Auskunftserteilung von Unternehmern und Unternehmervereinigungen zu verlangen. Der hier relevante kartellrechtliche Unternehmensbegriff umfasst jede selbständige, nicht rein private Tätigkeit, die auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist; auch eine Körperschaft öffentlichen Rechtes ist, soweit sie nicht als Hoheitsträger, sondern im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig wird, als Unternehmen zu betrachten.<sup>11)</sup>

Die Auskunftspflicht trifft dabei nicht nur solche Unternehmen, die als Beteiligte an einem Gesetzesverstoß in Frage kommen,<sup>12)</sup> sondern alle „Unternehmer und Unternehmervereinigungen, die über erforderliche Auskünfte [gemeint wohl: Informationen] im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben der BWB verfügen und von denen sachdienliche Informationen [gemeint wohl: Auskünfte] erwartet werden können, insbesondere also Wettbewerber, Abnehmer und Lieferanten“.<sup>13)</sup>

#### b) Auskunftspflichtige im Unternehmen

Das WettbG trifft detaillierte Regelungen, wer für das Unternehmen zur Auskunftserteilung verpflichtet ist: Die Inhaber der Unternehmen und deren Vertreter, bei juristischen Personen und teilrechtsfähigen Personengesellschaften die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen (§ 11 a Abs 2). Diese Bestimmung ist offenbar Art 11 Abs 4 VO (EWG) 17/62, der Vorgängerbestimmung zu Art 18 Abs 3 VO 1/2003 nachgebildet und dient dem Bedürfnis der Behörde, „bestimmte Personen innerhalb der auskunftspflichtigen Unternehmen ohne weiteres als zur Auskunftserteilung berechtigt ansehen zu können“ und (korrespondierend), dem des Unternehmens, den Personenkreis einzuschränken, dessen Handlungen es ohne weiteres gegen sich gelten lassen muss.<sup>14)</sup> § 11 Abs 2 verbietet aber keinesfalls die Auskunftserteilung durch andere als die genannten Personen mit Erfüllungswirkung für das Unternehmen, sofern diese durch die maßgeblichen Vertreter des Unternehmens „nachträglich oder im voraus ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt wird“.<sup>15)</sup>

### 4. UMFANG UND GRENZEN DER BEFUGNISSE

Das WettbG enthält nur eine einzige ausdrückliche Determinante für den Umfang der Befugnisse der BWB nach § 11 a: Sie stehen der Behörde zu, „soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gemäß diesem Bundesgesetz erforderlich ist“. Der Tatsache Rechnung tragend, dass die Befugnisse nach § 11 a weitgehend „in Anlehnung“<sup>16)</sup> an die einschlägigen Durchführungsbestimmungen<sup>17)</sup> zu Art 81 und 82 gestaltet worden sind,<sup>18)</sup> legt die Rsp die zitierte Bestimmung analog zum Gemeinschaftsrecht aus; über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Kriterien haben KG und KOG ebenfalls dem Gemeinschaftsrecht nachgebildet.

#### a) Erforderlichkeit

Die Befugnisse der BWB reichen so weit, wie dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben, wie zB der Amtspar-

teinstellung in Verfahren vor dem KG bzw KOG (§ 2 Abs 1 Z 1), der Durchführung der Europäischen Wettbewerbsregeln in Österreich (Z 2), der Leistung von Amtshilfe zB gegenüber KG und KOG (Z 4), oder zur allgemeinen Untersuchung eines Wirtschaftszweiges (Z 3)<sup>19)</sup> erforderlich ist. „Die Erforderlichkeit ist an Hand des verfolgten und gegenüber dem Adressaten angegebenen Zweck zu beurteilen. [...] Die Ermittlungen sind nicht auf Tatsachen beschränkt, die unmittelbar Tatbestandsvoraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes bilden, sondern umfassen auch Informationen über den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, innerhalb dessen der Verfahrensgegenstand der den Auftrag auslösenden Untersuchung beurteilt werden muss.“<sup>20)</sup>

#### b) Verhältnismäßigkeit

Nicht ausdrücklich in § 11 a angeführt, aber vom KOG<sup>21)</sup> als weiteres Zulässigkeitskriterium bei der Prüfung des Bestehens einer Auskunftspflichtung herangezogen, ist die Verhältnismäßigkeit der Auskunftspflichtung: Das KOG verweist hier auf § 90 Abs 1 TKG, in dem das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Hinblick auf die Informationspflichten nach diesem Gesetz explizit verankert ist, sowie auf die Anwendung dieses Grundsatzes im europäischen Kartellverfahren.<sup>22)</sup> Diese allgemeinen Analogieschlüsse sind rechtsdogmatisch zu hinterfragen, wenn auch im Ergebnis die Wahrung einer gewissen – am Maßstab der gesetzlich festgeschriebenen Erforderlichkeit zu beurteilenden – Verhältnismäßigkeit bei der Ausübung der Ermittlungsbefugnisse sachlich geboten scheint. Das KOG verweist in seiner Entscheidung auf die Lit zu den Ermittlungsbefugnissen der EK, wonach die Verpflichtung zur Auskunftserteilung keine Belastung darstellen dürfe, die zu den Erfordernissen der Untersuchung außer Verhältnis steht, und schließt daraus auf die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen dem Interesse der BWB, die ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben wahrnehmen zu können, und dem Interesse des Unternehmens, „nicht über

11) ZB OLG Wien als KG 13. 5. 2005, 25 Kt 211/05 mwN.

12) LEH-KG.

13) LEH-E unter Berufung auf die Lit zum Gemeinschaftsrecht.

14) Vgl in Bezug auf VO 17 *Burrichter/Hauschild*, aaO, Rz 6 zu Art 11 VO 17/62.

15) AaO, mwN. Strenger offenkundig *Miersch*, aaO, Rz 24. Er geht von einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Unternehmens aus (Begründung s dort).

16) Siehe FN 5, S 23.

17) Damals Art 14 VO 17/62, seit 1. 5. 2004 ersetzt durch Art 18 VO 1/2003.

18) Daneben beruft sich das Gericht auch auf die „gleiche Interessenlage im nationalen Bereich“ (LEH-E).

19) Die in FN 1 angesprochene OGH-E erging im Zusammenhang mit Auskünften, die die BWB im Rahmen der Branchenuntersuchung Lebensmittel Einzelhandel benötigte (vgl bwb.gv.at).

20) LEH-E.

21) KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05 ua.

22) Basierend auf dem im Gemeinschaftsrecht allgemein anerkannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl dazu *Öblinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>3</sup> (2006) 7; *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts (2004) § 4 Rz 10. Zur Relevanz dieses gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes bei der unmittelbaren Anwendung der Art 81, 82 EGV s FN 26.

Gebühr in Anspruch genommen zu werden“. Es sei uU durchaus verhältnismäßig, dem Unternehmen zuzumuten, ihm zugängliche Informationen zu bearbeiten und zusammenzustellen, wenn die Behörde diese Informationen aus anderen Quellen nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erlangen könnte.

### c) Keine Berufung auf Geschäftsgeheimnisse

Nach europäischem Kartellverfahrensrecht ist die Vertraulichkeit einer geforderten Auskunft grundsätzlich kein Grund, ihre Erteilung zu verweigern, soweit ausreichende Sicherheit vor Preisgabe und unbefugter Verwertung der Informationen gewährleistet ist. Mit Verweis auf seine in derselben Angelegenheit ergangenen E v 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05, schließt sich das KOG diesen Grundsätzen für den nationalen Bereich an. Das KOG sieht diesen Schutz im nationalen Bereich einerseits dadurch gegeben, dass die BWB bei ihrer Zusammenarbeit mit anderen Behörden verpflichtet ist, schutzwürdige Interessen iSd DSGVO zu beachten (§ 10 Abs 1), andererseits durch die Regelung des § 39 Abs 1 KartG 2005, wonach ein Verfahren, das auf Antrag einer Amtspartei (§ 40) eingeleitet worden ist, nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren verbunden werden kann. Für den Schutz der Vertraulichkeit sorgen neben den vom KOG angeführten Bestimmungen die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit (Art 20 Abs 3 B-VG) sowie das in § 11 Abs 1 KartG ausdrücklich normierte Verwertungsverbot.

Für die Annahme eines Auskunftsverweigerungsrechts im Hinblick auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthält auch das WettbG keine Rechtsgrundlage – ein solches würde die Effektivität der Ermittlungsbefugnis im Hinblick auf die Wahrnehmung der Aufgaben der BWB gänzlich in Frage stellen. Die Sensibilität der angeforderten Informationen kann im Rahmen einer allfälligen Verhältnismäßigkeitsprüfung Berücksichtigung finden.<sup>23)</sup>

### d) Selbstbelastungsverbot und Auskunftsverweigerungsrecht

Nach der jüngsten Rsp des KOG<sup>24)</sup> ist das Selbstbelastungsverbot – wie durch die stRsp des EuGH bzw EuG zur Ermittlungsbefugnis der EK näher umschrieben – im Hinblick auf das Grundrecht der Unternehmen, sich zu verteidigen, auch im österreichischen Kartellverfahrensrecht, das nach Auffassung des KOG selbst kein ausdrückliches Auskunftsverweigerungsrecht kenne, zu beachten. Dem ist im Ergebnis – was die Geltung eines Selbstbelastungsverbots für das österreichische Kartellverfahren im Hinblick auf das Grundrecht, sich zu verteidigen, betrifft – zuzustimmen. Ein bloßes Heranziehen der in der europäischen Rsp entwickelten Prinzipien wäre wohl zu vereinfacht, da grds auch in jenen Fällen, auf die – materiell – europäisches Kartellrecht (Art 81, 82 EG) anzuwenden ist, betreffend das (Ermittlungs-)verfahren nationales Recht maßgeblich ist.<sup>25)</sup> Die Rsp des EuGH bzw EuG hinsichtlich des Inhalts und Umfangs des Verbots der Selbstbelastung kann aber insofern zur Auslegung herangezogen werden, als der im europäischen Kartellrechtsverfahren gewährte Schutz der Verfahrens- und Verteidigungs-

rechte in Einklang mit den Erfordernissen des Art 6 EMRK<sup>26)</sup> steht.<sup>27)</sup> In stRsp gehen EuG und EuGH davon aus, dass ein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht nicht anerkannt werden könne, da ein solches darüber hinausgehe, was zur Erhaltung der Verteidigungsrechte der Unternehmen erforderlich sei und zu einer ungerechtfertigten Behinderung der EK bei der Erfüllung ihrer Aufgaben führen würde.<sup>28)</sup> Daher dürfe die EK von den Unternehmen alle erforderlichen Auskünfte über ihnen eventuell bekannte Tatsachen verlangen ebenso wie sich darauf beziehende in ihrem Besitz befindliche Schriftstücke, selbst wenn diese verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen.<sup>29)</sup>

Nicht zutreffend ist in ihrer Allgemeinheit die Aussage des KOG, dass das österreichische Kartellverfahrensrecht kein ausdrückliches Auskunftsverweigerungsrecht kenne: Im Zusammenhang mit den Ermittlungsbefugnissen der BWB sieht § 11 a Abs 2 WettbG im Hinblick auf die Auskunftspflicht explizit vor, dass Inhaber der Unternehmen und deren Vertreter, bei juristischen Personen und teilrechtsfähigen Personengesellschaften die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen, die sich dadurch der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt würden, davon ausgenommen sind. Das Selbstbelastungsverbot ist somit zugunsten natürlicher Personen im Hinblick auf die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ausdrücklich verankert.

## 5. DURCHSETZUNG

Gem § 11 a Abs 3 hat das KG durch den Senatsvorsitzenden auf Antrag der BWB die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen nach Abs 1 binnen angemessener Frist mit Beschluss aufzutragen. Gegen den Beschluss steht das Rechtsmittel des Re-

23) In diesem Sinne auch das KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05; für das europäische Kartellverfahren vgl *Miersch*, aaO, Art 18 Rz 8.

24) LEH-E.

25) *Wils*, Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law, World Competition 29 (2006) Heft 1, 3–24, weist darauf hin, dass jedoch bei der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts (Art 81, 82 EG) durch die Mitgliedstaaten das Effizienzgebot bzw Diskriminierungsverbot zu beachten sind, ebenso wie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.

26) Zu dessen Anwendungsvoraussetzungen wie insb zur Frage der Anwendbarkeit auf juristische Personen siehe *Giefing*, Der Schutz von Geschäftsräumlichkeiten und das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung, JBl 2005, 85 ff (95 ff); *Miersch*, aaO, vor Art 17 Rz 25.

27) EuG 29. 4. 2004, T-236/01 ua, Tokai, Rz 404 ff; EuGH 15. 10. 2002, C-238/99 P ua LVM, Rz 273 f im Hinblick auf neue Entwicklungen in der Rsp des EGMR; kritisch hingegen *Giefing*, aaO 95. Zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft zB *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>3</sup> (2006) 7 ff; vgl auch ErwGr 37 der VO 1/2003.

28) EuG 20. 2. 2001, T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG, Rz 66.

29) EuGH 18. 10. 1989, 374/87, Orkem, Rz 34; EuG 29. 4. 2004, T-236/01 ua, Tokai, Rz 403. Vgl auch ErwGr 23 der VO 1/2003. Der LEH-E liegt wohl gleichfalls das Verständnis zugrunde, das Auskünfte „tatsächlicher Art“ vom Selbstbelastungsverbot ausgenommen sind.

kurses offen.<sup>30)</sup> Auf Antrag der BWB hat das KG dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu versagen, so dies zur Sicherung des Erfolges der Ermittlungshandlung erforderlich ist.

Diesem Antrag geht im Regelfall bereits ein „einfaches“ Auskunftsverlangen der BWB voraus.<sup>31)</sup> Auch hinsichtlich dieses Auskunftsverlangens besteht wohl eine Verpflichtung zur Beantwortung, die im KartG vorgesehen Sanktionen bzw Zwangsmittel knüpfen jedoch an das Vorliegen eines kartellgerichtlichen Auftrags nach § 11 a Abs 3 an.

Dem Antragsgegner ist vor Erlass des kartellgerichtlichen Auftrags rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>32)</sup> Die Tatsache, dass der Antragsgegner bereits Adressat eines inhaltsgleichen Auskunftersuchens der BWB war und in diesem Zusammenhang Möglichkeit zur Äußerung hatte, ist nach Ansicht des KOG unerheblich, da es sich beim Verfahren vor dem KG um ein von den bisherigen Aktivitäten der BWB unabhängiges Verfahren handelt, bei dem die Rechte der Antragsgegnerin nach § 15 AußStrG zu wahren sind. Dies ist grundsätzlich zutreffend, allerdings ist zugleich auch der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung (§ 13 Abs 1 AußStrG) im Hinblick auf die Wahrung der effektiven Durchsetzbarkeit der Ermittlungsbefugnisse zu beachten,<sup>33)</sup> die durch eine lange Verfahrensdauer massiv gefährdet ist.<sup>34)</sup>

Die Nichtbefolgung eines rechtskräftigen kartellgerichtlichen Auftrags nach § 11 a Abs 3 KartG kann gem § 29 Z 2 lit c) zur Verhängung einer Geldbuße bis zu einem Höchstbetrag von 1% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes führen; dieselbe Sanktion ziehen unrichtige, irreführende oder unvollständige Angaben in einer Auskunft nach sich. Als Zwangsmittel zur Durchsetzung eines rechtskräftigen Auftrags auf Auskunftserteilung steht seit Inkrafttreten des KartG 2005 die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 35 Abs 1 lit c KartG zur Verfügung.<sup>35)</sup> Dieses beträgt bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes für jeden Tag des Verzugs von dem in der E des KG auf Festsetzung des Zwangsgeldes bestimmten Zeitpunkt an. Ist der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung der Auskunftsver-

pflichtung nachgekommen, so kann das KG die endgültige Höhe des Zwangsgeldes auf einen Betrag festsetzen, der unter dem Betrag liegt, der sich aus der ursprünglichen E ergeben würde.

30) Im Gegensatz zu § 12 Abs 3 sieht § 11 a Abs 3 nicht explizit vor, welches Verfahrensrecht anwendbar ist. Das KOG wendete in der Vergangenheit ohne nähere Begründung wohl die vierwöchige Rekursfrist des (§ 49 Abs 2 KartG 2005 entsprechenden) § 53 Abs 2 KartG 2002 an und nicht – analog zu § 12 Abs 3, der eine vergleichbare kartellgerichtliche Anordnung zur Durchsetzung von Ermittlungsbefugnissen der BWB zum Inhalt hat – das Außerstreitverfahren, welches in § 46 Abs 1 AußStrG eine vierzehntägige Frist vorsieht.

31) Es ist kein Erfordernis für eine Antragstellung nach § 11 a Abs 3, dass bereits ein entsprechendes Auskunftsverlangen der BWB unbeantwortet geblieben ist. Vielmehr kann die BWB – zB wenn Gründe zur Annahme bestehen, dass einem Auskunftsverlangen nicht Folge geleistet wird bzw aus Gründen der Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens – unmittelbar einen Antrag nach § 11 a Abs 3 auf Erlass eines kartellgerichtlichen Auftrags stellen (vgl *Roniger/Spallinger*; Die Ermittlungsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2002, 407; *Stockenhuber*; Das neue Kartellrecht 2002, ÖZW 2002, 74).

32) KOG 30. 5. 2005, 16 Ok 10/05 ua.

33) *Stockenhuber*, aaO.

34) Vgl FN 18.

35) § 35 KartG ist Art 24 VO 1/03 nachgebildet (ErläutRV 928 BlgNR 22. GP 9). In einer erst kürzlich ergangenen ersten E nach § 35 Abs 1 lit c KartG, KG 14. 12. 2006, 29 Kt 106, 107/06, hält das KG auch unter Verweis auf die Lit zu Art 24 VO 1/06 fest, dass Zwangsgelder – im Unterschied zu Geldbußen – kein Sanktionsmittel wegen Zuwiderhandlungen sind, sondern vielmehr ein (Beuge-)Mittel zur Durchsetzung von Verpflichtungen; vgl auch *De Bronett*, Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht (2005) Art 24 Rz 1.

#### SCHLUSSSTRICH

*Das Recht der BWB, von Unternehmen die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Urkunden zu verlangen, hat sich – trotz des beträchtlichen Verfahrensaufwands, der mit der gerichtlichen Durchsetzung der Auskunftspflicht einhergeht – als eines der wichtigsten Ermittlungsinstrumente der Behörde herausgestellt; die Grenzen dieses Rechts steckt die Rsp des Kartell- bzw Kartellobergerichts weitgehend analog zum einschlägigen Gemeinschaftsrecht ab.*