

Bundesministerium für Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort
Abteilung 111/5 (Wettbewerbspolitik und -
recht)

wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

Geschäftszahl: GZ BWB/L-909

Dr. Theodor Thanner
Generaldirektor

theodor.thanner@bwb.gv.at
+43 1 245 08-815 302
Fax +43 1 587 42 00
Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Wien, 21. Oktober 2021

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird; Umsetzung der RL (EU) 2019/633

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bedankt sich für die Möglichkeit, zum vorliegenden Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen und begrüßt ausdrücklich dessen grundsätzliche Ausrichtung, wenngleich einzelne Regelungen noch gewissen rechtlichen und/oder praktischen Bedenken begegnen und der Klärung bedürfen.

Jedenfalls sind jedoch Änderungen erforderlich, welche die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der BWB auch im Zusammenhang mit den durch die gegenständliche Novelle neu hinzukommenden Aufgaben gesetzlich sicherstellen.

Im Hinblick auf die knapp bemessene Begutachtungsfrist von drei Wochen darf das Rundschreiben des Verfassungsdienstes vom 2.6.2008 (BKA-600.614/0002-V/2/2008) in Erinnerung gerufen werden, wonach eine grundsätzlich sechswöchige Begutachtungsfrist festgesetzt werden soll.

Die Bundeswettbewerbsbehörde ersucht um Berücksichtigung der Anmerkungen und Vorschläge und steht für weitere Erläuterungen und Gespräche zur Verfügung.

Mit/besten Grüßen

Dr. Theodor Thanner
Generaldirektor für Wettbewerb

Zur wirkungsorientierten Folgenabschätzung

Hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt und andere öffentliche Haushalte wird ausgeführt, dass die BWB im Bereich der relativen Marktmacht bereits tätig sei, wobei der *„Fairnesskatalog für Unternehmen - Standpunkt für unternehmerisches Wohilverhalten“*, beispielhaft angeführt wird. Ob bzw in welchem Umfang zusätzlicher Aufwand für die BWB entsteht, könne zum derzeitigen Zeitpunkt nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Die Bereitstellung einer Planstelle im Einvernehmen mit dem BMKOES werde nach einer Evaluierungsphase und bei Bedarf in Aussicht gestellt.

In diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass sich die diesbezüglichen Aktivitäten der BWB bisher insbesondere auf die Prävention (Competition Advocacy) erstreckt haben. Im Rahmen der Umsetzung der RL (EU) 2019/633 (UTP-RL) soll die BWB jedoch Durchsetzungsbehörde bei der Verfolgung bestimmter rechtswidriger Praktiken werden. Mit dieser neuen Aufgabe ist auch ein zusätzlicher Aufwand (Führen von Ermittlungen, Antragstellung und Verfahrensführung beim Kartellgericht ua) verbunden, der nicht ohne weiteres mit den bestehenden Advocacy-Aktivitäten gleichgesetzt werden kann. Wenngleich die BWB aufgrund des Naheverhältnisses unlauterer Handelspraktiken zu Formen des Marktmachtmissbrauchs im bestehenden österreichischen Behördengefüge wohl sicherlich am besten zur Vollziehung dieser Materie geeignet ist, ist es doch unerlässlich, ihr die entsprechenden Ressourcen tatsächlich zur Verfügung — und nicht bloß in Aussicht — zu stellen, um dieser Aufgabe in effizienter Weise nachkommen zu können. Daher wäre eine tatsächliche Umsetzung der in der WFA Aussicht gestellten personellen Aufstockung notwendig.

Dies ist überdies schon aus unionsrechtlichen Gründen geboten: Die RL 2019/1 verpflichtet in ihrem Artikel 5 die Mitgliedstaaten, für eine ausreichende Ressourcenausstattung ihrer nationalen Wettbewerbsbehörden (also der Bundeswettbewerbsbehörde im Kernbereich ihrer kartellrechtlichen Vollzugszuständigkeit) zu sorgen. Erwägungsgrund 24 dieser RL stellt dazu unmissverständlich klar, dass „(für den Fall, dass die Aufgaben und Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht ausgeweitet werden, [die] Mitgliedstaaten sicherstellen [sollten], dass die nationalen Wettbewerbsbehörden auch unter diesen veränderten Umständen über hinreichende Ressourcen zur wirksamen Wahrnehmung dieser Aufgaben verfügen.“

Verhältnis zwischen Nahversorgungsgesetz und Wettbewerbsgesetz

Der Entwurf sieht vor, den gesamten Themenkomplex der unlauteren Handelspraktiken (UTP) im Nahversorgungsgesetz zu verankern. Während dies insbesondere hinsichtlich der materiellen Bestimmungen und des Verfahrens vor dem Kartellgericht sicher sinnvoll ist, wäre aus Sicht der BWB einer Regelung ihres Verfahrens als Durchsetzungsbehörde im Wettbewerbsgesetz der

Vorzug zu geben gewesen, um so eine Zersplitterung und die damit einhergehende Unübersichtlichkeit der Verfahrensbestimmungen zu vermeiden. In diesem Zusammenhang bestehen im vorliegenden Entwurf leider Unklarheiten. Auch wenn die Umsetzung grs im Nahversorgungsgesetz belassen wird, so wäre doch zumindest ein Verweis in **§ 2 Abs 2 Z 1 WettbG** zu ergänzen.

Da sich § 11 Abs 1 WettbG auf die Wahrnehmung der (in § 2 WettbG definierten) Aufgaben nach diesem Bundesgesetz bezieht, erscheint es fraglich, ob die in den Abs 2, 4 und 5 enthaltenen Bestimmungen betreffend die Heranziehung von Sachverständigen, Zeugen und Beteiligte (einschließlich der Hinweise auf die einschlägigen Bestimmungen des AVG) sowie das Unterbleiben der Auskunftserteilung und das Widerspruchsrecht nach DSGVO bei der Vollziehung des 2. Abschnitts des Nahversorgungsgesetzes anwendbar sind. Die BWB regt daher an, § 2 Abs 2 Z 1 WettbG auf alle der BWB nach dem Nahversorgungsgesetz zukommenden Befugnisse, und nicht b oB dessen § 7, zu erweitern. Damit wäre überdies klargestellt, dass sich ihre Unabhängigkeit (§ 1 Abs 3) selbstverständlich auch auf deren Wahrnehmung erstreckt, da nicht anzunehmen ist, dass eine Beschränkung der Unabhängigkeit auf die Antragsbefugnis nach § 7 Nahversorgungsgesetz gewollt ist, wie sie aus dem aktuellen Gesetzeswortlaut verstanden werden könnte.

Was das parallele Bestehen von Verfahrensvorschriften in Wettbewerbsgesetz und Nahversorgungsgesetz betrifft, wären letztere als die bei der Verfolgung unlauterer Handelspraktiken anzuwendenden spezielleren Bestimmungen zu sehen. Darauf könnte auch gesondert in den Erläuternden Bemerkungen hingewiesen werden. **§ 2 Abs 2 Z 1 WettbG sollte daher lauten:**

Wahrnehmung der der Bundeswettbewerbsbehörde nach dem Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl. Nr.392/1977 übertragenen Befugnisse.

Z 3 (§ 3)

Durch die Ergänzung in § 3 soll das im Zusammenhang mit den §§ 1 und 2 bestehende Vergeltungsverbot (Beendigung der Lieferung bzw Abnahme) auf Verfahren nach dem 2. Abschnitt (§§ 5a bis 5h) ausgedehnt werden. Zugleich wurde in Anhang I Z 8 praktisch wortgleich die entsprechende Bestimmung der UTP-RL (Art 3 Abs 1 lit h) aufgenommen. Die Erläuterungen zu § 3 führen dazu aus, dies diene der Systematik und Klarstellung. Tatsächlich bleibt das Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander aber unklar.

Die aus der RL übernommene Bestimmung ist insofern weiter formuliert, als sie sich nicht nur auf die Beendigung der Abnahme bei Einleitung eines Verfahrens, sondern ganz allgemein auf Vergeltungsmaßnahmen kommerzieller Art bezieht, wenn der Käufer seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht und darüber hinaus bereits deren Androhung verbietet. Das

Einbringen einer Beschwerde bei bzw die Zusammenarbeit mit der Durchsetzungsbehörde werden lediglich demonstrativ genannt (arg „auch indem...“). Damit ist etwa auch ganz klar die Befassung der Erstanlaufstelle von dieser Bestimmung erfasst. Als Rechtsfolgen eines Verstoßes sind die Beantragung einer Geldbuße durch die BWB sowie die Möglichkeit der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach § 7 Abs 2a vorgesehen.

Der vorgeschlagene § 3 deckt hingegen nur das tatsächliche Vorliegen eines Verfahrens nach §§ 5a bis 5h ab, wobei unklar ist, was damit tatsächlich gemeint ist, betreffen doch nicht alle Vorschriften des 2. Absatzes auch tatsächlich die Führung eines Verfahrens. Sollte eine Regelung in § 3 beibehalten werden, wäre jedenfalls eine Spezifizierung erforderlich. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheidet sich § 3 von den Bestimmungen des 2. Abschnitts. Zum einen handelt es sich nicht um einen Geldbußentatbestand, zum anderen ergibt sich der Unterlassungsanspruch aus § 7 Abs 2, welcher sich von Abs 2a in der Zahl der Aktivlegitimierten unterscheidet (Bundeskartellanwalt, Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte).

Da die Ergänzung des § 3 keinen zusätzlichen Nutzen bringt, sondern vielmehr Fragen hinsichtlich ihres Verhältnisses zur Bestimmung des Anhangs I Z 8 aufwirft, sollte darauf verzichtet werden. Sollte eine Erweiterung des Kreises der Aktivlegitimierten gewünscht sein, kann dies einfach durch eine Ergänzung in § 7 Abs 2a erfolgen.

Z 4 (§ 5f)

Die Bestimmung nimmt Bezug auf die Möglichkeit der Befassung einer Streitschlichtungsstelle durch die Erstanlaufstelle und sieht vor, dass nur eine von einer Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtete Schlichtungsstelle in Betracht kommt. Darüberhinausgehende Hinweise, etwa hinsichtlich der Rechtsgrundlage für die Einrichtung bzw Tätigkeit von Schlichtungsstellen und des Ablaufs eines Schlichtungsverfahrens fehlen jedoch. Es wird daher angeregt, diese Informationen in die Erläuterungen aufzunehmen.

Z 4 (§ 5g)

Auf das Verhältnis zwischen Nahversorgungsgesetz und Wettbewerbsgesetz und die sich daraus ergebende Problematik im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren der BWB wurde bereits eingangs hingewiesen. Die Klarstellung der Anwendbarkeit von § 11 WettbG durch eine Neufassung von § 2 Abs 2 Z 1 WettbG ist sowohl hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Vorschriften als auch der Möglichkeit, Sachverständige, Zeugen oder Beteiligte heranzuziehen, von wesentlicher Bedeutung für eine effiziente Ermittlungstätigkeit der BWB. Zudem stellt die Möglichkeit, Zeugen oder Beteiligte zu vernehmen, eine etwa im Vergleich zu Hausdurchsuchungen vergleichsweise gelinde Ermittlungsmaßnahme dar.

Im Sinne der besseren Übersichtlichkeit bzw Verständlichkeit des Gesetzes sollte der Begriff „Ermittlungsbehörde“ durchgängig durch „Bundeswettbewerbsbehörde“ ersetzt werden; der klärende Hinweis in § 7 Abs 2b könnte dann entfallen. Alternativ könnte bereits zu Beginn des 2. Abschnitts eine entsprechende Definition in den Begriffsbestimmungen vorgenommen werden, wobei angeregt wird, diesfalls den von der UTP-RL verwendeten Begriff „Durchsetzungsbehörde“ zu verwenden.

Absatz 1

Der Verweis auf § 7 Abs 2 im ersten Satz von Abs 1 ist unklar und sollte entfallen, da die Antragsberechtigungen sowohl hinsichtlich des ersten als auch des zweiten Abschnitts in § 7 ohnehin klar geregelt werden.

Die Bezugnahme auf Lieferanten mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der EU steht im Widerspruch zum Wortlaut des ersten Satzes in § 5a Abs 3, welcher die Bestimmungen zum Anwendungsbereich des Art 1 Abs 2 der UTP-RL umsetzt. Der Satz sollte daher lauten: *„Ein nicht in Österreich niedergelassener Lieferant, kann Beschwerde bei der Ermittlungsbehörde (besser: BWB) einbringen, ...“* (Nicht zufriedenstellend ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass zwar Lieferanten aus Drittstaaten den Schutz der des 2. Abschnitts genießen, ein Vorgehen gegen Käufer in Drittstaaten in der Praxis zumeist nicht möglich sein wird.)

Um insbesondere klarzustellen, dass nur Beschwerden von Lieferanten mit Sitz außerhalb Österreichs gemeint sind und die Terminologie der RL zu berücksichtigen, sollte der dritte Satz lauten:

*„Betrifft seine Beschwerde einen Käufer in einem anderen Mitgliedstaat, so hat die Ermittlungsbehörde diese an die **Durchsetzungsbehörde gemäß Artikel 4 Absatz 1 oder die Kontaktstelle gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2019/633** jenes Mitgliedstaates weiterzuleiten, in welchem der Käufer niedergelassen ist.“* (Zur Einrichtung einer Kontaktstelle siehe unten.)

Absatz 2

Für den Verweis im ersten Satz gelten die Anmerkungen zu Abs 1 in gleicher Weise.

Absatz 3

Abs 3 übernimmt im Wesentlichen wortgleich die Vorgabe der UTP-RL, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Durchsetzungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Identität des Beschwerdeführers auf dessen Antrag zu schützen. Eine auch nur demonstrative Aufzählung möglicher Maßnahmen fehlt jedoch ebenso wie

entsprechende Hinweise in den Erläuterungen, sodass die angemessene Vorgangsweise dem Ermessen der Behörde anheimgestellt ist. Zwar ist die BWB auch bislang schon regelmäßig mit anonymen Beschwerden, die durchaus Ausgangspunkt für die Einleitung von Ermittlungen sein können bzw. dem Wunsch von Beschwerdeführern nach Geheimhaltung ihrer Identität konfrontiert („Angstfaktor“), doch bedeutet dies im Ergebnis häufig auch die Unmöglichkeit einer erfolgreichen Rechtsdurchsetzung vor Gericht.

In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 6 Abs 2 der RL hinzuweisen, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse der Durchsetzungsbehörden angemessenen Garantien der Rechte der Verteidigung gemäß den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unterliegt, auch wenn der Beschwerdeführer gemäß Artikel 5 Absatz 3 die vertrauliche Behandlung der Informationen beantragt. Der Unionsgesetzgeber hat die kaum zu lösende Aufgabe, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des Beschwerdeführers nach Schutz seiner Identität und den Verteidigungsrechten des Beschwerdegegners (Käufers) zu gewährleisten somit an die Mitgliedstaaten weitergereicht. Aus Sicht der künftigen Durchsetzungsbehörde muss darauf hingewiesen werden, dass eine dauerhafte Geheimhaltung der Identität des Beschwerdeführers auch in Zukunft in einigen Fällen zu einer Einstellung des Verfahrens und einer entsprechenden Mitteilung an den Beschwerdeführer im Sinne von Abs 4 führen muss. Eine Klarstellung in Abs 4 (siehe sogleich) oder zumindest in den Erläuternden Bemerkungen wäre wünschenswert.

Im Sinne der Wahrung der Verteidigungsrechte eines Käufers, gegen den sich Ermittlungen der BWB richten, wird angeregt, dem § 13 Abs 2 (rechtliches Gehör) und Abs 3 (Mitteilung, dass keine Antragstellung beim Kartellgericht beabsichtigt ist) nachgebildete Bestimmungen in den § 5g aufzunehmen.

Absatz 4

Art 5 Abs 5 der UTP-RL sieht vor, dass eine Durchsetzungsbehörde, die der Auffassung ist, dass keine ausreichenden Gründe vorliegen, um einer Beschwerde nachzugehen, diese dem Beschwerdeführer innerhalb angemessener Frist mitteilt. Wie sich aus Erwägungsgrund 28 ergibt, können auch verwaltungstechnische Prioritäten zu dieser Feststellung führen. ([...] Falls die Durchsetzungsbehörde der Ansicht ist, dass sie nicht in der Lage sein wird, einer Beschwerde Priorität einzuräumen, sollte sie dies dem Beschwerdeführer unter Angabe der Gründe mitteilen.) Dieser Umstand ist für Durchsetzungsbehörden von wesentlicher Bedeutung, da er ihnen die notwendige Flexibilität bei der Allokation ihrer regelmäßig beschränkten Ressourcen und somit die Setzung von Schwerpunkten ermöglicht. Da also nicht nur der Mangel eines begründeten Verdachts dazu führen kann, dass Durchsetzungsbehörden einer Beschwerde nicht nachgehen,

sollte der zweite Satz des Abs 4 in Anlehnung an den Text der RL (Art 5 Abs 5) **folgendermaßen angepasst werden:**

Gelangt sie zur Auffassung, dass keine ausreichenden Gründe vorliegen, um einer Beschwerde nachzugehen, teilt sie dem Beschwerdeführer die Gründe dafür innerhalb angemessener Frist nach Eingang der Beschwerde mit.

Um in Fällen, in denen eine Verfolgung durch die BWB nicht tunlich erscheint bzw eine Antragstellung an das Kartellgericht aus Gründen der Geheimhaltung der Identität des Beschwerdeführers oder sonstiger Informationen nicht aussichtsreich wäre, allenfalls eine Lösung abseits eines behördlichen Verfahrens herbeiführen zu können, sollte der letzte Satz durch die beiden folgenden Sätze ersetzt werden:

Die Bundeswettbewerbsbehörde kann solche Beschwerden, sofern sie nicht offensichtlich unbegründet sind, an die Erstanlaufstelle verweisen. In gleicher Weise kann sie vorgehen, wenn sie beabsichtigt, von einem Antrag an das Kartellgericht gemäß § 6 Abs 4 abzusehen.

Absatz 6

Die Bestimmungen über die Leistung von Amtshilfe durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 14 Abs 1 und 2 WettbG) bei Hausdurchsuchungen sollten sinngemäß übernommen werden, um deren Durchsetzung auch im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts des Nahversorgungsgesetzes zu gewährleisten.

Absatz 7

Der Begriff „Rechtsmittelbehörde“ sollte durch den Begriff „Bundesverwaltungsgericht“ ersetzt werden.

Z 4 (§ 5h)

Absatz 1

§ 5h Abs 1 sieht die Einrichtung einer zentralen Kontaktstelle im BMDW für den Informationsaustausch im Rahmen der Europäischen Union vor. Wie dem zweiten Satz zu entnehmen ist, soll diese die Europäische Kommission unterstützen und mit den Behörden der Mitgliedstaaten zusammenwirken. Dies soll offensichtlich auch die Teilnahme an Sitzungen des Informationsaustauschs der nationalen Durchsetzungsbehörden (Art 8 Abs 2 UTP-RL) betreffen, mit welcher die Kontaktstelle die Durchsetzungsbehörde betrauen kann.

Die UTP-RL überlässt die Anzahl der benannten Durchsetzungsbehörden den Mitgliedstaaten. Wird jedoch mehr als eine Durchsetzungsbehörde benannt, so ist eine zentrale Kontaktstelle sowohl für die Zusammenarbeit zwischen den (nationalen) Durchsetzungsbehörden als auch für die Zusammenarbeit mit der Kommission zu benennen.

Der vorliegende Entwurf sieht lediglich eine Durchsetzungsbehörde iSd Art 4 Abs 1 der UTP-RL vor, nämlich die BWB, woran auch deren Bezeichnung als „Ermittlungsbehörde“ nichts ändert. Unzutreffend sind in diesem Zusammenhang die Erläuternden Bemerkungen, die nach dem Hinweis, dass sich in Österreich das System des Vollzugs mit Unterlassungsanträgen bei Gericht bewährt habe, ausführen, dass die UTP-RL auch die Möglichkeit eines amtswegigen Vorgehens vorsehe, weshalb eine Ermittlungsbehörde mit Antragsbefugnis vorzusehen sei, sodass inklusive des Gerichts, welches die Entscheidungen treffe, mehrere Behörden tätig seien. Die Ausgestaltung des Verfahrens nach dem Modell des Kartellverfahrens ist durchaus vereinbar mit der Richtlinie und die BWB unterstützt die Angleichung an das Kartellverfahren, das Gericht wird dadurch aber nicht zur „Durchsetzungsbehörde“ iS der Richtlinie.

Wie sich aus Art 6 Abs 1 der RL ergibt, ist nämlich jede Durchsetzungsbehörde eines Mitgliedstaates mit den unter lit a - f genannten Befugnissen auszustatten. (Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jede ihrer Durchsetzungsbehörden über die Ressourcen und das Fachwissen verfügt, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich sind, und übertragen ihr folgende Befugnisse [...]) Somit scheidet ein Gericht als Durchsetzungsbehörde im Sinne der Richtlinie aus. Die jetzige Diktion des Entwurfs, an die Stelle einer Durchsetzungsbehörde (oder auch mehrerer solcher Behörden) eine „Ermittlungsbehörde“ und ein Gericht zu setzen und diese beide als Behörden zu bezeichnen, scheint aber nicht vereinbar mit den Formulierungen der Richtlinie.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Durchsetzungsbehörde Entscheidungen über Sanktionen oder einstweilige Verfügungen selbst trifft oder diese bei einem Gericht beantragt. Das ergibt sich eindeutig aus lit e:

- die Befugnis, im Einklang mit den nationalen Vorschriften und Verfahren gegen den Urheber des Verstoßes Maßnahmen zur Verhängung von Geldbußen und anderen ebenso wirksamen Sanktionen, einschließlich einstweiliger Verfügungen, zu verhängen **oder diesbezügliche Verfahren zu veranlassen**

sowie aus Erwägungsgrund 34:

- Abschreckende Maßnahmen, wie die Befugnis zur Verhängung von Geldbußen und anderen ebenso wirksamen Sanktionen oder zur **Einleitung von Verfahren z. B. gerichtlichen Verfahren zur Verhängung solcher Geldbußen und ebenso wirksamer Sanktionen**, und zur Veröffentlichung von Untersuchungsergebnissen, einschließlich der Veröffentlichung von Angaben zu Käufern, die Verstöße begangen haben, können eine

Änderung von Verhaltensmustern sowie vorgerichtliche Lösungen zwischen den Parteien begünstigen und sollten daher Teil der Befugnisse der Durchsetzungsbehörden sein. Geldbußen können besonders wirksam und abschreckend sein. Jedoch sollte die Durchsetzungsbehörde bei jeder Ermittlung entscheiden können, welche ihrer Befugnisse sie ausüben wird und **ob sie eine Geldbuße oder eine andere ebenso wirksame Sanktion verhängen bzw. ein Verfahren zu deren Verhängung einleiten wird.**

Zu den oben genannten Ausführungen der EB betreffend die Einbringung von Unterlassungsklagen sei noch angemerkt, dass Gegenstand der RL nicht die private Rechtsdurchsetzung auf dem Zivilrechtsweg, sondern eine wirksame Durchsetzung durch Behörden ist (vgl ErwGr 28).

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch der Erstanlaufstelle (§ 5d) und den Schlichtungsstellen (§ 5f) andere Aufgaben zukommen, als jene einer Durchsetzungsbehörde.

Wie sich schließlich aus Art 8 Abs 2 ergibt, sollen einander die Durchsetzungsbehörden selbst zur Beratung über die Anwendung der UTP-RL im Sinne eines unmittelbaren Erfahrungsaustauschs aus der Vollzugspraxis treffen. In Zusammenschau mit Art 4 Abs 2 kann somit geschlossen werden, dass es die Absicht des Unionsgesetzgebers war, dass die Durchsetzungsbehörden sich unmittelbar austauschen können sollen.

Der effizienten Zusammenarbeit der BWB mit den Durchsetzungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten wird durch das Dazwischentreten einer weiteren Verwaltungsebene, die selbst nicht im Vollzug aktiv ist, nicht gedient.

Was die im letzten Satz genannte Betrauung mit der Teilnahme an Sitzungen des europäischen Informationsaustauschs oder anderer (nicht näher definierter Aufgaben) durch das BMDW betrifft, ist festzuhalten, dass es sich dabei wohl nur um Weisungen handeln kann, welche aber in die Unabhängigkeit der BWB eingreifen würden. Hier müsste klargestellt werden, dass die BWB an Sitzungen selbständig teilnehmen kann, unabhängig von einem Ersuchen oder einer parallelen Teilnahme durch das BMDW.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in § 5h Abs 1 gewählte Konstruktion in Wortlaut und Intention der Richtlinie anzupassen ist. Dieser geht es lediglich darum, dass beim Vorhandensein mehrerer Durchsetzungsbehörden in einem Mitgliedstaat die Zusammenarbeit unter diesen sowie die Zusammenarbeit dieser mit der Kommission erleichtert wird (Erwägungsgrund 29).

Absatz 2

Der letzte Satz hätte im Lichte der Anmerkungen zu Abs 1 zu entfallen.

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Leistung von Amtshilfe wird angeregt, deren Umfang näher zu erläutern. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass davon nur Ermittlungen hinsichtlich solcher Praktiken erfasst sind, die auch in Art 3 der Richtlinie genannt werden.

Z6 (§6 Abs 1)

Die Ergänzung sollte lauten: „*und unlauterer Handelspraktiken gemäß § 5c*“.

Z 7 (§6 Abs 2 bis 4)

Absatz 2

Wie bereits angemerkt, sollte der Begriff „Ermittlungsbehörde nach dem 2. Abschnitt“ durch den Begriff „Bundeswettbewerbsbehörde“ ersetzt werden.

Nach Art 6 Abs 1 der UTP-RL müssen Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Wie die Praxis des Kartellrechtsvollzugs zeigt, eignet sich dafür besonders das Abstellen auf einen Prozentsatz am Gesamtumsatz. Es ist davon auszugehen, dass ein Betrag von EUR 500.000 bspw auf große Unternehmen des LEH keinerlei abschreckende Wirkung hat. Ein **prozentueller Anteil am Jahresumsatz** hingegen ermöglicht es, der jeweiligen Unternehmensgröße entsprechend, verhältnismäßige **Geldbußen** festzusetzen. Auch die RL stellt hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs auf das Größenverhältnis zwischen Lieferanten und Abnehmern ab, welches sich am Jahresumsatz bemisst.

Die BWB regt daher an, sich an der bewährten Bestimmung des § 29 KartG zu orientieren und so auch für eine aufgrund eines gewissen Naheverhältnisses von Marktmachtmissbrauch und unlauteren Handelspraktiken gerechtfertigte Einheitlichkeit in den Geldbußenregimen zu sorgen.

Im Hinblick auf die Verjährung von Geldbußentatbeständen wird angeregt, die Regelung des § 33 Abs 1 KartG sinngemäß zu übernehmen. Derzeit fehlt dazu jede Regelung.

Absatz 3

Der Entwurf übernimmt die aus dem KartG bekannten, dem Nahversorgungsgesetz jedoch fremden Begriffe der Feststellung und der Abstellung einer Zuwiderhandlung. Es wird daher angeregt, diese durch den Begriff der „Untersagung unlauterer Handelspraktiken“ zu ersetzen. Nach dem Begriff „Geldbuße“ sollte die Wendung „gemäß Absatz 2“ eingefügt werden. Weiters sollte klargestellt werden, dass die BWB -- in Entsprechung von Art 6 Abs 1 lit f der UTP-RL nur jene Entscheidungen zu veröffentlichen hat, die aufgrund eines von ihr gestellten Antrags erlassen wurden.

Z 9 (§ 7 Abs 2a und 2b)

Abs 2b

Es wird auf die Anmerkungen zu § 5g verwiesen.

Z10 (§7 Abs 4)

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sieht die Bestimmung eine Angleichung an § 48 KartG vor; die Bescheinigung einer Gefährdung soll nicht mehr erforderlich sein. Wie bereits zu § 6 Abs 3 angemerkt wurde, ist jedoch der Begriff der „Abstellung einer Zuwiderhandlung“ dem Nahversorgungsgesetz fremd, weshalb er durch „Untersagung unlauterer Handelspraktiken“ ersetzt werden sollte.

Z 14 (§ 11 Abs 4 und 5)

Abs 5

Die Bestimmung, welche die Anwendbarkeit des 2. Abschnitts auf Liefervereinbarungen vorsieht, die nach dem 30. April 2021 abgeschlossen wurden, müsste überarbeitet werden, um die Erlassung rückwirkender Strafbestimmungen zu verhindern. Eine Frist von zwölf Monaten zur Anpassung von Liefervereinbarungen an die neue Rechtslage ist nicht erforderlich, da mit Ausnahme der Z 10 und 11 des Anhangs I alle Praktiken direkt aus der UTP-RL übernommen wurden und diese bereits am 30.4.2019 in Kraft getreten ist. Sie sollte daher deutlich gekürzt werden.

Z 15 (Anhänge)

Anhang 1 Z 10

Mit dieser Bestimmung macht der Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch, strengere Vorschriften einzuführen, als sie in der UTP-RL enthalten sind. So ist es dem Käufer verboten, in **Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung, die Geschäftsbeziehung mit dem Lieferanten zu verweigern oder diesem schlechtere Konditionen**, insbesondere im Hinblick auf die Höhe des Preises oder die Zahlungsbedingungen, zu gewähren, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen oder dies in der Qualität oder Quantität des Produkts begründet ist. Dazu wird in den EB angemerkt, dass diese Praxis bei manchen Molkereien zu beobachten sei, insofern als neuen Lieferanten niedrigere Preise gezahlt werden, als jenen, die bereits längere Zeit Genossenschaftsmitglieder sind.

Diese Bestimmung enthält einige Unklarheiten, insbesondere im Zusammenhang mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung. Grundsätzlich ist im Anwendungsbereich des Nahversorgungsgesetzes bislang das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 4 KartG nicht tatbestandsmäßig notwendig, vielmehr ist vom Vorliegen eines gewissen Machtgefälles auszugehen. Somit bliebe zu klären, in welchem Sinn der Begriff der marktbeherrschenden Stellung auszulegen ist. Sollte er tatsächlich im Sinne von § 4 KartG zu verstehen sein, wäre der Mehrwert der Bestimmung gegenüber jener des § 5 KartG jedenfalls fraglich. Soweit es zu Überlappungen der Anwendungsbereiche kommt, stellen sich zudem schwierige Fragen des Verhältnisses dieser Bestimmungen zueinander. Dies nicht zuletzt aufgrund der unterschiedlichen Strafdrohungen. Während das Nahversorgungsgesetz hier bei rein innerstaatlichen Sachverhalten noch als die speziellere Norm angesehen werden könnte, erschiene dies bei gegebener Zwischenstaatlichkeit und damit Anwendbarkeit von Art 102 AEUV nicht so klar, weil es sich nicht unbedingt um eine strengere innerstaatliche Vorschrift iSv Art 3 Abs 2 VO 1/2003 handelt. Zu klären wäre weiters, ob die Wendung „unter Ausnützung seiner marktbeherrschenden Stellung“ das Vorliegen einer Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem eingesetzten missbräuchlichen Verhalten impliziert, die im KartG nicht erforderlich ist (vgl 16 Ok 11/03). Auch das Verhältnis von Z 10 zu den Umsatzschwellen des § 5a Abs 2 erschließt sich aus dem Entwurf nicht. Sollte mit dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung das sich aus diesen ergebende wirtschaftliche Ungleichgewicht gemeint sein, sollte dies auch explizit im Gesetzestext Niederschlag finden.

Die Formulierung der Z 10 legt schließlich nahe, dass ein Kontrahierungszwang eingeführt werden soll. Da es sich um einen intensiven Eingriff in die Privatautonomie handelt, wären jedenfalls umfangreiche Erläuterungen zu ihrer Anwendung erforderlich.

Der Gliedsatz, der die Gewährung schlechterer Konditionen betrifft, ist unvollständig, da nicht angegeben wird, im Verhältnis zu wem diese Diskriminierung erfolgt. Gemeint sind wohl Mitbewerber des Lieferanten, die eine gleichwertige Leistung erbringen.

Zu dem in den Erläuterungen angeführten Beispiel aus der Milchwirtschaft ist anzumerken, dass Molkereien zwischen Genossenschaftern und neu hinzukommenden Lieferanten, die nicht der Genossenschaft angehören, hinsichtlich des Preises für Rohmilch differenzieren. Eine derartige Ungleichbehandlung kann allerdings insofern durchaus gerechtfertigt sein, als Genossenschafter Kapital in die Genossenschaft einbringen und sie eine Haftung trifft.

Vor dem Hintergrund der angeführten Unklarheiten und des zweifelhaften Mehrwerts sowie des Bestehens von Regelungen zu Aufnahme bzw Abbruch von Geschäftsbeziehungen im Rahmen des § 5 KartG wird angeregt, die Bestimmung der Z 10 entfallen zu lassen.

Anhang 1 Z 11

Bei dem in Z 11 enthaltenen Verbot der **unverhältnismäßigen Einschränkung anderer Vermarktungsformen**, einschließlich der **Direktvermarktung**, durch den Käufer, handelt es sich abermals um eine über die UTP-RL hinausgehende, strengere nationale Vorschrift.

Bei der Schaffung von UTP-Tatbeständen kommt einer klaren und unzweideutigen Formulierung besondere Bedeutung zu. Zum einen sollen dadurch effizienzsteigernde Verhaltensweisen nicht verhindert werden, zum anderen soll dadurch ein möglichst wirksamer und rascher Vollzug im Interesse wirtschaftlich schwächerer Lieferanten gewährleistet werden. An der dafür erforderlichen Bestimmtheit mangelt es dem Tatbestand der Z 11, in seiner jetzigen Form. Auch aus den Erläuterungen lassen sich keine näheren Hinweise zu ihrer Anwendung gewinnen.

Greift man abermals das obige Beispiel aus der Milchwirtschaft auf, so können gewisse Einschränkungen gegenüber Genossenschaftlern, bei denen es sich ja um Miteigentümer der Molkerei handelt, durchaus gerechtfertigt sein. Überdies wird ein berechtigtes Interesse einer Molkerei an einer möglichst konstanten Liefermenge bestehen.

Es wird angeregt, den Tatbestand der Z 11 bestimmter zu fassen oder zumindest ausführlicher zu erläutern.

Anhang I Z 12

Die Einschränkung der Anwendbarkeit der Z 10 und 11 auf geschäftliche Beziehungen, in denen der Käufer in Österreich niedergelassen ist, die Niederlassung des Lieferanten jedoch unerheblich ist, stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Inländerdiskriminierung dar und sollte sofern die Z 11 und 12 beibehalten werden entfallen.

Verankerung eines Rechtsweges zur Durchsetzung der P2B Verordnung

Die BWB möchte das aktuelle Begutachtungsverfahren nutzen, um den bereits in der Stellungnahme zum KaWeRÄG 2021 gemachten Vorschlag der Verankerung eines Rechtsweges zur Durchsetzung der P2B Verordnung in Erinnerung zu rufen.

Seit 12.07.2020 gilt die Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten („Platform-to-Business“ oder kurz „P2B-VO“) unmittelbar in der Europäischen Union. Ziel der Verordnung ist es, für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten und Nutzer mit eigener Webseite im Hinblick auf Suchmaschinen eine angemessene Transparenz und Fairness sowie wirksame Rechtsbehelfsmöglichkeiten zu schaffen. Dazu werden den Betreibern dieser Dienste verschiedenste Verpflichtungen auferlegt.

Die BWB wurde neben der Wirtschaftskammer Österreich sowie dem Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb der Europäischen Kommission als klagsbefugte Stelle gem Art 14 der P2B-VO nominiert und kann somit seit 10.9.2020 bei Verstößen, Klage bei den zuständigen Zivilgerichten einbringen, um die Nichteinhaltung der Bestimmungen der P2B-VO durch Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten oder Online-Suchmaschinen zu beenden oder zu untersagen.

Diese Nominierung nach Art 14 der P2B-VO, bei der auch eine Behörde gleich einem privaten Kläger dem vollen Prozess(kosten)risiko ausgesetzt ist, ersetzt aus Sicht der BWB nicht das Erfordernis gem Art 15 der P2B-VO, für eine angemessene und wirksame Durchsetzung der P2B-VO zu sorgen. Insbesondere stehen der BWB damit keine behördlichen Ermittlungs- und Aufklärungsbefugnisse zur Verfügung. Zur Wahrnehmung ihrer Rolle als klagsbefugte Stelle müsste die Durchsetzung der Verpflichtungen nach der P2B-VO daher explizit als Aufgabe der BWB in § 2 WettbG verankert sowie ein Verstoß gegen die Regeln der P2B-VO als Sonderfall des kaufmännischen Wohlverhaltens dem verfahrensrechtlichen Regime des Nahversorgungsgesetzes unterstellt werden.

Auch die Wettbewerbskommission hat in ihren Empfehlungen für 2022 auf dieses Thema hingewiesen: „Ein weiterer wichtiger Baustein ist die Einrichtung der BWB durch das BMDW als klagsbefugte Behörde (gemeinsam mit Schutzverband und WKÖ) für den Vollzug der P2B Verordnung. Eine enge Kooperation der BWB mit der RTR ermöglicht dabei positive Synergien. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, konkretisierende Bestimmungen für den Vollzug zu schaffen.“¹

Es werden daher folgende Anpassungen in NahversorgungsgG bzw im WettbG vorgeschlagen:

NahversorgungsgG

§ 1 (3) Verhaltensweisen von Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 und Online-Suchmaschinen im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 der Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online Vermittlungsdiensten gegenüber gewerblichen Nutzern im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 und Nutzern mit Unternehmenswebsite im Sinne von Artikel 2 Absatz 7 dieser Verordnung, welche gegen Verpflichtungen der Artikel 3 bis 12 dieser Verordnung verstoßen, sind geeignet, den leistungsgerechten Wettbewerb zu gefährden.

§ 7 (2) - § 7 (2a) [...]

§ 7 (2b) Zum Antrag nach § 1 Abs 3 sind die Bundeswettbewerbsbehörde und die Wirtschaftskammer Österreich berechtigt.

¹ <https://www.bmdw.gv.at/Themen/Europa/Wettbewerbspolitik/Wettbewerbskommission.html>.

Ergänzend könnte in § 6 auch ein Geldbußentatbestand für Zuwiderhandlungen gegen § 1 Abs 3 erwogen werden.

WettbG

§ 2 (2) [...]

1. Wahrnehmung der der Bundeswettbewerbsbehörde nach dem Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, BGBl. Nr.392/1977 übertragenen Befugnisse., [...]