

Bundesministerium für Arbeit
II/B (Arbeitsrecht)

Per E-Mail

ii9@bma.gv.at

Rechtsabteilung

wettbewerb@bwb.gv.at

+43 1 245 08-302

Fax +43 1 587 42 00

Radetzkystraße 2, 1030 Wien

twitter.com/BWB_Wettbewerb

GZ: 2022-0.414.306

(Diese Geschäftszahl bitte immer anführen!)

Wien, 13.7.2022

Betreff: 2021-0.875.514; HSchG; Begutachtungsverfahren, Stellungnahme der BWB

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) nimmt hiermit Stellung zum Entwurf für ein HinweisgeberInnenschutzgesetz - HSchG.

Angemerkt sei, dass offenbar übersehen wurde, die BWB unmittelbar in den Begutachtungsverfahren aufzunehmen, obwohl die BWB im Entwurf explizit als Behörde mit einem bereits eingerichteten Hinweisgebersystem genannt ist und ihr als solche Aufgaben einer externen Meldestelle übertragen werden.

Im Folgenden werden zunächst einige allgemeine Anmerkungen zur Bedeutung von Hinweisgebern im Bereich des Kartellrechts und die möglichen Auswirkungen des Entwurfs auf das bei der BWB bestehende Hinweisgebersystem gemacht und sodann auf einzelne Bestimmungen des Entwurfs eingegangen.

I. Allgemeine Bemerkungen

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen Unionsrecht melden (idF „RL“) erfasst gemäß Art 2 Abs 1 lit c auch Vollzugszuständigkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden.

Diese verfügen - wie auch in Österreich die BWB - vielfach über eigene Meldesysteme, welche eine wichtige Quelle für Hinweise zu Wettbewerbsrechtsverstößen bilden und damit den behördlichen Vollzug der Wettbewerbsregeln wesentlich unterstützen. Bei der BWB besteht daher ein vitales Interesse daran, dieses gut etablierte System in seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten und mit den zur Umsetzung der RL notwendigen Instrumenten abzustimmen. In diesem Kontext

begrüßt die BWB ausdrücklich, dass ihr für ihren Zuständigkeitsbereich die Rolle einer „externen Stelle“ iSd RL zukommen soll.

Ausgangslage

Bei der BWB ist seit dem KaWeRÄG 2017 (BGBl I Nr. 56/2017) auf Grundlage des § 11b Abs 6 WettbG ein internetbasiertes Hinweisgebersystem („Whistleblowersystem“) eingerichtet, über welches begründete Hinweise über mögliche Wettbewerbsrechtsverletzungen im Sinne von § 37b KartG 2005 auch anonym gemeldet werden können. Bei den erfassten Wettbewerbsrechtsverletzungen handelt es sich im Wesentlichen um Kartellverstöße und Marktmachtmissbräuche nach nationalem (§§ 1 und 5 KartG) sowie korrespondierendem Unionskartellrecht (Art 101 und Art 102 AEUV).

Seit dem operativen Start des Systems im Februar 2018 sind bei der BWB insgesamt 264 Hinweise eingelangt, wobei die Zahl der jährlichen Meldungen kontinuierlich – von 39 im Rumpfbjahr 2018 auf 78 im Jahr 2021 – angestiegen ist. Der weitaus überwiegende Teil der einlangenden Meldungen war dabei von zumindest potentieller Relevanz und hat weitergehende Untersuchungen der BWB ausgelöst, auch wenn diese nicht unmittelbar zur Einleitung von Verfahren geführt haben. In zehn Fällen haben Hinweise zu konkreten Verfahren geführt bzw sind die gegebenen Informationen unterstützend in solche eingeflossen. In sieben weiteren Fällen wurden Informationen an die zuständigen Behörden (ua WKStA, Finanzpolizei) weitergeleitet.

Bereits vor Einführung dieses Systems bestand (und besteht selbstverständlich auch weiterhin) die Möglichkeit, der BWB Verstöße auf allen tunlichen und technisch möglichen Wegen, anonym (also zB postalisch oder per Fax ohne Absender oder über nicht personalisierte Webmailadressen) oder unter Preisgabe der Identität, zu melden. Dieses Beschwerdewesen ist indes gesetzlich nicht näher geregelt, sondern als Ausfluss des Amtswegigkeitsprinzips der BWB (§ 2 Abs 3 WettbG) anzusehen, welche bei der Verfolgung von Wettbewerbsrechtsverstößen auf Hinweise aus allen Quellen zurückgreifen kann. Aus dieser Aufgriffsverpflichtung im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens heraus war es der BWB aber bisher nicht möglich, ihr bekannte Zeugen oder sonstige Beweismittel, die auf ihren Urheber schließen lassen, aus Verfahren gänzlich herauszuhalten, sofern ein Verstoß nicht auf anderem Wege nachweisbar war. Eine dem § 7 Abs 1 und 3 des Entwurfs entsprechende Regelung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Offenlegung existierte nicht.

Eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs besteht im Bereich des WettbG nicht, wodurch ua auch „gewöhnliche“ Beschwerdeführer ohne beruflichen Kontext, unbeteiligte Dritte oder juristische Personen als Hinweisgeber erfasst werden. Aufgrund der im Regelfall

bestehenden Anonymität von Eingaben, welche die BWB über das Whistleblowersystem erreichen, wäre zudem meist auch gar nicht erkennbar, welche konkrete Stellung in Bezug auf den dargelegten Verstoß ein Hinweisgeber einnimmt.

Die RL sieht demgegenüber ua die Einrichtung externer Meldestellen vor, bei denen bestimmte Personengruppen, die im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße gegen unionsrechtliche Bestimmungen - darunter auch die Unionsvorschriften über Wettbewerb - erlangt haben, Meldung erstatten können und dafür Schutz vor Repressalien in Anspruch nehmen können. Die Abgabe von Meldungen muss dabei schriftlich oder mündlich, auch im Wege einer physischen Zusammenkunft, möglich sein. Der vorliegende Entwurf schließt auch die Entgegennahme anonymer Meldungen nicht aus.

Gemeinsames Ziel beider Regelungen ist es, Anreize zu schaffen, (Insider-)Wissen über Rechtsverstöße mit zur Verfolgung berufenen Behörden zu teilen, um die Effektivität der Rechtsdurchsetzung zu steigern. Dies erfolgt jeweils im Bewusstsein, dass sich Hinweisgeber durch derartige Meldungen ggf einem persönlichen Risiko sowie der Gefahr von Vergeltungsmaßnahmen aussetzen.

Mit dem § 11b Abs 6 WettbG sollte daher dieser Furcht vor möglichen Repressalien im Gefolge einer Meldung durch Eröffnung eines zusätzlichen zweiseitigen Kommunikationskanals zur BWB, bei welchem der Hinweisgeber durch technische Vorkehrungen selbst für die Behörde unbekannt bleiben kann, entgegengewirkt werden.

Demgegenüber geht die RL klar erkennbar von einer der Behörde im Regelfall bekanntem (natürlichen) Person aus, und hat daher als zusätzliches Ziel den besonderen Schutz von Hinweisgebern vor Augen. Diese Schutzregelungen umfassen Vorschriften über den Schutz der Identität dieser Personen sowie Verbote von und Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien. Zunächst anonyme Hinweisgeber können nachträglich aber ebenso von diesem Schutz profitieren.

Schlussfolgerung

Das bestehende Hinweisgebersystem der BWB sowie die in Umsetzung der RL vorgeschlagenen Regelungen des HSchG weisen erkennbar gewisse Überlappungen und Gemeinsamkeiten, aber auch durchaus signifikante Unterschiede auf.

Ziel muss es daher sein, die unionsrechtlich gebotenen Regelungen zum Hinweisgeberschutz in einer Weise zu implementieren, welche den darüberhinausgehenden Anwendungsbereich des erfolgreichen bestehenden Systems nicht beeinträchtigt. Weil aufgrund der dargestellten Überschneidungen möglicherweise nicht immer von vorneherein klar ersichtlich sein wird, welchem

Bereich eine konkrete Eingabe zuzuordnen ist, erscheint es angezeigt durch interne organisatorische Vorkehrungen grundsätzlich in Hinkunft nach Möglichkeit das höhere Schutzniveau der RL anzuwenden. Ähnliches gilt mit Blick auf zunächst anonyme Hinweisgeber, deren Identität nachträglich bekannt wird, und die ebenfalls vom durch die RL gewährten Schutz profitieren.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass an die BWB mitunter auch Sachverhalte herangetragen werden, welche hinkünftig in die Zuständigkeit einer anderen externen Stelle fallen und daher unter Wahrung des Schutzniveaus an diese zuständige externe Stelle weiterzuleiten sind.

Jedenfalls ist in Summe davon auszugehen, dass der organisatorische und personelle Aufwand der BWB bei der Entgegennahme und Behandlung von Hinweisen aufgrund der gebotenen Beachtung der Regelungen des HSchG deutlich steigen wird, wofür entsprechend budgetäre Vorsorge zu treffen wäre.

II. Zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Zu § 3 Abs 1 HSchG (Klarere Formulierung des Anwendungsbereichs)

Diese Bestimmung erscheint äußerst missverständlich formuliert, weil Fragen der für die Meldung von Verstößen in Frage kommenden Rechtsvorschriften mit Fragen der an der Unternehmensgröße (bzw am Tätigkeitsbereich) orientierten Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldekanäle unnötigerweise vermengt werden. Im Ergebnis liest es sich so, als sollten nur Meldungen von Verstößen, die sich in Unternehmen oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit mehr als 50 Arbeitnehmerinnen ereignen vom Schutzbereich des Gesetzes erfasst sein. Unzweifelhaft können aber auch Verstöße in kleineren Rechtsträgern gemeldet werden, diese sind nur in der Regel nicht verpflichtet eigene interne Meldestellen zu unterhalten.

§ 3 HSchG sollte sich daher auf die Festlegung jener Rechtsvorschriften beschränken, deren Verletzung die Anwendbarkeit des HSchG begründet. Die Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen sollte hingegen gebündelt im § 11 erfolgen.

Zu § 3 Abs 5 HSchG (Anwendung auch auf den Bereich des nationalen Wettbewerbsrechts geboten)

Dem Entwurf liegt nach dem allgemeinen Teil der Erläuterungen das Konzept zugrunde, die Bestimmungen vorerst auf die von der Richtlinie zwingend vorgegebenen Inhalte zu beschränken. Die Option, die gesetzlichen Bestimmungen nach einer Auswertung der Erfahrungen mit dem

HSchG zu erweitern, ist aber explizit angesprochen. Für die in Abs 3 dieser Bestimmung aufgezählten Rechtsbereiche hat sich aber die Einsicht durchgesetzt, dass eine Einschränkung auf den unionsrechtlichen Bereich „weder machbar noch zielführend“ ist.

Für den Bereich des Wettbewerbsrechts gilt nichts Anderes, auch wenn hier die maßgeblichen Vorschriften klar umrissen sind. Während in anderen Rechtsbereichen eine Trennung in einen nationalen und einen unionsrechtlichen Vollzugsbereich möglicherweise praktisch durchführbar ist, ist dies im Bereich des Wettbewerbsrechts eben nicht der Fall. Spätestens im Kontext der von der VO 1/2003 vorgesehenen dezentralen Anwendung der Art 101 und 102 AEUV durch die nationalen Wettbewerbsbehörden ist das materielle nationale Kartellrecht als inhaltsgleich mit dem Unionsrecht anzusehen und wird nationales Kartellrecht parallel zu den Artikeln des Vertrages angewendet. Als Abgrenzungskriterium fungiert die Eignung eines Verhaltens zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten (Zwischenstaatlichkeitskriterium). Nur wenn diese nicht gegeben ist, bleibt es bei einer Beschränkung auf das nationale Recht; das Verfahren sowie die Sanktionsdrohungen sind aber in beiden Fällen ident. Ob das Zwischenstaatlichkeitskriterium erfüllt ist, lässt sich aber angesichts dessen weiter Auslegung in der Rechtsprechung in der Frühphase von Ermittlungen vielfach selbst durch die Behörde nicht zweifelsfrei beantworten, weswegen in aller Regel zunächst auch von der Anwendbarkeit des Unionsrechts ausgegangen wird. Umso weniger können daher die unternehmensinternen Meldestellen oder potentielle Hinweisgeber diese Frage, an die sich aber der für letztere bedeutsame durch die RL gewährte Schutz knüpft, beantworten. Es erschiene in diesem Kontext unbillig, potentielle Hinweisgeber nur auf den Schutz gemäß § 6 Abs 1, letzter Halbsatz HSchG zu verweisen, auch wenn dieser aufgrund der dargestellten Abgrenzungsproblematik regelmäßig eingreifen wird.

Die BWB regt daher an, die Bestimmung um Verstöße gegen die §§ 1 und 5 KartG, die nationalen Parallelregelungen zu Art 101 und Art 102, zu ergänzen, da sonst sowohl für Unternehmen, Hinweisgeber aber auch die vollziehenden Stellen Rechtsunsicherheit entsteht. Die Differenzierung ist in der Praxis schlichtweg nicht handhabbar.

Zu § 14 Abs 1 und § 17 Abs 4 HSchG (Gleichrangigkeit externer und interner Meldungen)

Die gewählten Formulierungen zum Verhältnis interner und externer Stellen legen eine Rangordnung zugunsten der Meldung zunächst bei einer internen Stelle in einer Weise nahe, die so in den Vorgaben der RL (anders als im seinerzeitigen RL-Entwurf) keine Deckung findet. Vielmehr besteht nach Art 10 RL eine freie Wahlmöglichkeit, sich auch direkt an eine externe Stelle zu wenden. Dies wird letztlich auch in den Erläuterungen zugestanden, die diese Bestimmung als „soft law“ und sanktionslos bezeichnen, zutreffend ausführen, dass es Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern vorbehalten bleibt, sich auch direkt an einen externen Meldekanal zu wenden, und somit den Gesetzestext nahezu ins Gegenteil verkehren.

Gerade im Bereich des Wettbewerbsrechtes erscheint eine möglichst frühzeitige Befassung der Wettbewerbsbehörden essentiell, um die Integrität von Ermittlungshandlungen sicherzustellen und eine Verschlechterung von Beweismitteln hintanzuhalten, weswegen Hinweisgeber auch ermutigt werden, sich unmittelbar an die Wettbewerbsbehörden zu wenden. Die Textierung des Entwurfs könnte diesem Anliegen abträglich sein, weil hier ein falscher Eindruck bei potentiellen Hinweisgebern entstehen könnte.

Erinnert werden darf an eine gemeinsame Erklärung der LeiterInnen der nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden an den Rat bzw das Europäische Parlament vom 22.11.2018, in welchem genau diese Problematik auf Basis des seinerzeitigen RL-Entwurfs aufgezeigt wurde.¹

Die BWB regt daher an, die Textierung des § 14 Abs 1 HSchG stärker an Art 10 RL zu orientieren, sodass die Gleichordnung interner und externer Meldekanäle bereits im Gesetzestext klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommt.

Die Regelung des § 17 Abs 4 knüpft an das oben dargestellte Verständnis an und sollte entsprechend adaptiert bzw gestrichen werden.

Zu § 15 Abs 1 Z 3 HSchG (Anknüpfen an die Behörde als externe Stelle)

Da wohl richtigerweise die BWB als Behörde und nicht das bei ihr eingerichtete Hinweisgebersystem zu den externen Stellen zu zählen ist, sollte es sprachlich richtigerweise heißen: „3. *die Bundeswettbewerbsbehörde aufgrund des bei ihr eingerichteten internetbasierten Hinweisgebersystems gemäß Wettbewerbsgesetz, BGBl. I Nr. 62/2002*“

Ähnliches dürfte im Übrigen auch für die Ziffern 4 und 5 dieser Bestimmung gelten.

Zu § 16 Abs 1 HSchG (Bedeckung des personellen und finanziellen Mehraufwandes)

Hier ist nur von der notwendigen personellen und finanziellen Ausstattung des Bundesamts für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung die Rede. Allerdings ist davon auszugehen, dass einerseits aufgrund voraussichtlich steigender Meldungszahlen und andererseits jedenfalls erhöhter Anforderungen an die Organisation und das Verfahren, insb betreffend die zuständigen Mitarbeiter (§ 14 Abs 2), die Dokumentation (§ 9), die standardisierte und fristgebundene Reaktion auf Meldungen (§§ 9 und 17), die Verpflichtung zur regelmäßigen Überprüfung der Verfahren und zum Erfahrungsaustausch (§ 18) sowie die Information und Beratung von Hinweisgebern

¹ „An obligation for reporting persons to first report internally may, in the view of the NCAs, jeopardise the effectiveness of their investigative actions. Early engagement by an NCA with a reporting person is often desirable to protect the integrity of any potential evidence and to avoid the contamination of it by others. [...] The NCAs would like to point out that they do not advocate a converse hierarchy placing external reporting above internal reporting. The NCAs would like to advocate for a Directive that provides a free choice for reporting persons in this respect.“

(§ 21 Abs 1) auch bei den externen Stellen gemäß § 15 Abs 1 HSchG mit einem personellen und finanziellen Mehraufwand zu rechnen ist, welcher entsprechend abzudecken ist. Bei der BWB ist aufgrund dieser Vorgaben des HSchG jedenfalls von der Notwendigkeit auszugehen, anders als bisher, dediziertes Personal für die Wahrnehmung der genannten Aufgaben abzustellen, welches für die Erledigung anderer Aufgaben nicht mehr zur Verfügung steht. Auf das Erfordernis, Prozesse im Zusammenhang mit dem bestehenden Hinweisgebersystem der BWB anzupassen und anzugleichen, wurde bereits einleitend hingewiesen.

Dieser personelle und finanzielle Mehraufwand wäre entsprechend auch in der WFA abzubilden.

Zu §§ 16 und 17 (Klarstellung der Pflichten externer Stellen)

An mehreren Stellen dieser Bestimmungen betreffend die Eignung externer Stellen sowie deren Verfahren und Folgemaßnahmen (§ 16 Abs 3, § 17 Abs 3, 5, 6, 7) wird nur das Bundesamt für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung in seiner Funktion als externe Stelle, nicht aber die externen Stellen gemäß § 15 Abs 1 HSchG, angesprochen.

Da es sich bei den angesprochenen Bestimmungen aber um die Umsetzung von nach der RL unterschiedslos für alle von einem Mitgliedstaat benannten externen Stellen geltende Verpflichtungen handelt, sollte dies auch entsprechend klargestellt werden.

Die BWB ersucht um entsprechende Berücksichtigung ihrer Stellungnahme und steht für Rückfragen und Auskünfte gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Generaldirektor

Mag. Alexander Koprivnikar

