



Bundesministerium für Digitalisierung und
Wirtschaftsstandort
Abteilung III/5
Stubenring 1, 1010 Wien
E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ-EUGEN-STRASSE 20-22
1040 WIEN
www.arbeiterkammer.at
erreichbar mit der Linie D

Bundesministerium für Justiz
Abteilung I/4
Museumsstraße 7, 1070 Wien
Email: team.z@bmj.gv.at

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	501 65	Fax	501 65	Datum
2021-0.267.022 (BMJ)	WP-GSt/Ga/Gi/KI	Ulrike Ginner	DW 12142	DW 142142			10.05.2021
2021-0.207.307 (BMDW)		Helmut Gahleitner	DW 12550	DW 142550			

Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005 und das Wettbewerbsgesetz geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021 – KaWeRÄG 2021)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung des im Betreff genannten Gesetzesentwurfs und nimmt wie folgt Stellung:

Mit der vorliegenden Novelle soll die Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (Richtlinie ECN+), ABI Nr L 11 vom 14.01.2019, S 3 in innerstaatliches Recht umgesetzt werden.

Darüber sollen im Rahmen dieser Novelle auch die wettbewerbsrechtlichen Punkte des Regierungsprogramms 2020 – 2024 hinsichtlich der Prüfung und Anpassung des Kartellrechts in Bezug auf das moderne Wirtschaftsleben aufgenommen werden.

Zu begrüßen ist, dass wesentliche Empfehlungen aus dem Positionspapier „Aktuelle Herausforderungen für ein modernes Wettbewerbsrecht - Handlungsempfehlungen für den europäischen und nationalen Gesetzgeber“ der Interessenvertretungen (Bundesarbeitskammer, Industriellenvereinigung, Landwirtschaftskammer Österreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund und Wirtschaftskammer Österreich) vom 11.09.2020 in den Entwurf aufgenommen wurden.

Im Rahmen dieser Novelle werden nun erstmals sowohl Regelungen zu effizienteren Maßnahmen in der digitalen Wirtschaft als auch Unterstützungen hinsichtlich einer ökologisch nachhaltigen bzw klimaneutralen Wirtschaft getroffen. Beides wird seitens der BAK dem

Grunde nach begrüßt, wiewohl auch hier auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen wird.

Einige Bestimmungen im Wettbewerbsgesetz (WettbG) haben aber auch im Vorfeld zu Unstimmigkeiten zwischen dem Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) und der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) geführt und für mediales Interesse gesorgt. Die BAK wird in der Folge noch auf einzelne Punkte eingehen und möchte diesbezüglich auch darauf hinwirken, dass Lösungen hinsichtlich der aufgetretenen Konfliktpunkte gefunden werden sollen. Oftmals liegt dies nach Ansicht der BAK nicht so sehr an den Inhalten, sondern an der Ausgestaltung der Regelung.

In diesem Zusammenhang möchte die BAK ausdrücklich festhalten, dass sie sich klar für eine unabhängige Wettbewerbsbehörde ausspricht und dies auch nie in Frage gestellt hat. Aufgabe der BWB ist es, strikt und unabhängig gegen Wettbewerbsverstöße vorzugehen und funktionierenden Wettbewerb sicherzustellen. Dafür sind im Sinne der Richtlinie ECN+ der BWB sowohl ausreichende Ressourcen als auch eine gewisse Autonomie bei der Verwendung der zugewiesenen Mittel zu gewährleisten. Letzteres hat bereits der Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen angeregt, als er im Rahmen der Studie „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ die Empfehlung aussprach, der BWB eine stärkere Personal- und Budgethoheit einzuräumen. Dieser Empfehlung wurde bislang nicht entsprochen (Studie 84, Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich, 2010, Seite 34).

Im Einzelnen nimmt die BAK wie folgt Stellung:

A. Kartellgesetz (KartG)

1. Ausnahmebestimmungen hinsichtlich einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft

Der Gesetzesentwurf sieht in § 2 Abs 1 KartG eine Ausnahme unternehmerischer Kooperationen zum Zweck einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft vom Kartellverbot vor.

Die BAK hat bereits darauf hingewiesen, dass auch die Wettbewerbsregeln zB in Form einer Freistellung einen Beitrag leisten können, die Ziele der Energieunion bis 2030 zu erreichen. Einleitend möchte die BAK zunächst darauf hinweisen, dass eine allgemeine Freistellung für Kooperationen zur Erreichung allgemeiner Umweltziele wohl zu weit geht. Im Konkreten soll es um die Berücksichtigung der Dekarbonisierung zur Verhinderung der ungebremsten Erderwärmung gehen. Die EU hat sich das Ziel gesetzt bis 2030 die Treibhausgasemissionen um mindestens 55 % gegenüber 1990 zu senken.

Die konkrete Textierung der in Rede stehenden Ausnahme ist nach Ansicht der BAK höchst unbestimmt. Worin eine ökologisch nachhaltige oder klimaneutrale Wirtschaft besteht, darüber gibt es keine ökonomische und rechtliche Einigkeit. Dieser Begriff wird von allen Seiten mit höchst unterschiedlichen Inhalten für sich reklamiert.

Nach Ansicht der BAK ist generell bei Vorschriften, die den Umwelt- und Klimaschutz unterstützen sollen, Vorsicht wegen des damit einhergehenden „Green-Washing“ geboten. Durch die Unbestimmtheit der nun in den Gesetzestext aufgenommenen Regelung besteht die konkrete Gefahr, dass KonsumentInnen finanziell über Gebühr herangezogen werden, ohne dass die entsprechende Maßnahme langfristigen umwelt- bzw emissionsrelevanten Nutzen hätte und dies auch nur schwer überprüft werden könnte.

Die gewählte sehr weite und unbestimmte Formulierung trägt nicht zur Rechtssicherheit bei. Die BAK möchte auch darauf hinweisen, dass die Erreichung des Ziels – nämlich die Dekarbonisierung des Wirtschaftssystems – und Wettbewerb kein Widerspruch sein müssen.

Nach Ansicht der BAK hätte eine Regelung im Wege einer Verordnung gemäß § 3 KartG hinsichtlich einer Ausnahmeregelung klimarelevanter Kooperationen (etwa bei der Erreichung der Energie- und Klimaziele gemäß VO 2018/199920) zu mehr Rechtssicherheit geführt, da in diese Verordnung konkrete Aspekte (wie zB ein darstellbarer qualitativer Effizienzgewinn) hätten einfließen können und auch die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) wäre hier verstärkt und mit Verantwortung eingebunden. Diese Vorgehensweise haben auch die Interessenvertretungen in ihrem Positionspapier angeregt.

Es ist unbedingt notwendig die Bestimmung auf jene Maßnahmen einzuschränken, die der Reduktion von Treibhausgasemissionen dienen. Diese müssten auch regelmäßig überprüft werden, ob diese als Ausnahme vom Kartellverbot noch gerechtfertigt sind. Darüber hinaus sollten die konkreten Anforderungen exakter dargestellt werden. Notwendig in diesem Zusammenhang wird auch eine Leitlinie erachtet, welche von der BWB in Zusammenarbeit mit der Wettbewerbskommission sowie unter Hinzuziehung von ExpertInnen aus dem BMK zu erarbeiten ist, um relevante, klar umgrenzte Ausnahmen vom Kartellverbot zu definieren. Dies ist nach Ansicht der BAK in diesem wichtigen Bereich unbedingt notwendig.

2. Marktbeherrschung und SIEC-Test

Über die Frage welcher Prüfmaßstab in der Fusionskontrolle maßgeblich sein soll, hat sich schon seit längerer Zeit eine wettbewerbsökonomische Diskussion entwickelt. Die BAK hat stets darauf hingewiesen, dass das Hauptanliegen in der Fusionskontrolle sein muss, kritische Zusammenschlüsse zu erkennen und ihre wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen bestmöglich zu analysieren. Das Festhalten am bewährten Marktbeherrschungstest unter Einführung eines Alternativtatbestandes, wonach ein Zusammenschluss auch dann zu untersagen ist, wenn er – abseits von Marktbeherrschungsfällen – eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt (SIEC-Test), wird seitens der BAK als gangbarer Weg gesehen.

3. Volkswirtschaftliche Rechtfertigung

Die BAK hat bereits in ihrer Stellungnahme zur KartG-Nov 2016 darauf hingewiesen, dass die volkswirtschaftliche Rechtfertigung bei Zusammenschlüssen eine stärkere Berücksichtigung finden und von der internationalen Wettbewerbsfähigkeit entkoppelt werden soll. In Anbetracht

der aktuellen – coronabedingt angespannten – wirtschaftlichen und beschäftigungspolitischen Situation, gilt diese Forderung mehr denn je. Auch das erwähnte Positionspapier der Interessenvertretungen hat einen diesbezüglichen Vorschlag eingebracht.

Allerdings wird im Entwurf nunmehr auf die volkswirtschaftliche Erforderlichkeit abgestellt. Dadurch wird der Beurteilungsmaßstab verschärft. In den Erläuterungen wird insbesondere auf die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit in wichtigen Bereichen abgestellt. Nach Ansicht der BAK ist dieser Ansatz nicht ausreichend und um beschäftigungs- und industriepolitische Aspekte zu ergänzen. Von der „Erforderlichkeit“ kann nach Ansicht der BAK jedenfalls abgegangen werden, da nach dem Gesetz ohnehin klargestellt ist, dass in einer Gesamtbetrachtung die Vorteile der ausnahmsweisen Genehmigung des Zusammenschlusses in allen Fällen des § 12 Abs 2 (Z 1 bis 3) KartG dessen Nachteile überwiegen müssen.

Die BAK möchte in diesem Zusammenhang nochmals betonen, dass die wettbewerbsökonomischen Aspekte in diesem Zusammenhang nicht aus den Augen verloren werden dürfen, welche weiterhin die unumstößliche Basis für die Beurteilung von Zusammenschlüssen bilden. Für die konkrete Fallbeurteilung bedeutet dies, dass eine Genehmigung allenfalls nur unter wirksamen Auflagen erfolgen kann.

Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes „Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit“ (§ 12 Abs 2 Z 2 KartG) wurde in der Diskussion aufgezeigt, dass fortan Effizienzen, die zB aus Betriebsschließungen bzw Arbeitsplatzreduzierungen resultieren – also jene Aspekte, denen nach Ansicht der BAK eine stärkere Berücksichtigung gewidmet werden soll – nun durch den Wegfall der damit verbundenen Erfordernis der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung ins Gegenteil verkehrt werden könnten. Dieses „Paradoxon“ ist durch geeignete gesetzliche Klarstellung aufzulösen.

4. Regelungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung

Wie schon eingangs erwähnt, begrüßt die BAK die neuen Regelungen für den Digitalsektor. Positiv werden vor allem die neuen Bestimmungen zur Daten- und Intermediärsmacht bewertet.

Auch die Einführung eines neuen Feststellungsverfahrens (§ 28a KartG), mit dem die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens im Digitalbereich – auch ohne Missbrauch – festgestellt werden kann, trägt zu mehr Klarheit und Kontrollmöglichkeiten in diesem Bereich bei.

In diesem Zusammenhang möchte die BAK darauf hinweisen, dass die Amtsparteien und Regulierungsbehörden ermuntert werden sollen, diese Bestimmungen auch zu nutzen.

5. Entscheidungsveröffentlichung

Der Entwurf sieht vor, dass die Veröffentlichung von Entscheidungen des Kartellgerichts in der Ediktsdatei um Entscheidungen nach § 28a KartG (Feststellung einer Marktbeherrschung) im digitalen Sektor erweitert wird.

Die BAK regt an, dass künftig auch Entscheidungen des Kartellgerichts nach § 27 KartG (Annahme von Verpflichtungszusagen) in der Ediktsdatei zu veröffentlichen sind. Durch diese Entscheidungen wird das Verfahren anstelle der in § 26 KartG vorgesehenen Abstellung beendet und sollte deshalb auch denselben Transparenzgeboten unterworfen werden. Gleiches gilt für die Veröffentlichung hinsichtlich der Änderung oder Aufhebung von Auflagen oder Beschränkungen gemäß § 12 Abs (3) 2. Satz durch das Kartellgericht.

B. Wettbewerbsgesetz (WettbG)

1. Informationsrecht der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort muss klar konkretisiert werden

§ 1 WettbG (Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde) soll um einen Absatz 4 ergänzt werden, welcher ein Auskunftsrecht der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) über die Bundeswettbewerbsbehörde nach dem Vorbild des E-ControlG (§ 5 Abs 3) vorsieht. Vor allem diese Bestimmung hat zu der medialen Berichterstattung geführt, wonach die Gefahr bestünde, dass die BWB in ihren Ermittlungshandlungen eingeschränkt werden solle.

Art 20 Abs 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) bestimmt, dass gegenüber einem weisungsfreien Organ eine angemessene Aufsicht vorzusehen ist.

Die textliche Formulierung zum Informationsrecht der BMDW gemäß § 1 Abs 4 WettbG entspricht wortgleich jener Regelung, welche auch in § 5 Abs 3 E-ControlG die Organe der E-Control, die ebenfalls eine weisungsfreie Behörde ist, zu Informationen verpflichtet. Die konkreten Aufgaben und Ermittlungshandlungen unterscheiden sich aber bei Regulierungs- und allgemeinen Wettbewerbsbehörden. Nach Ansicht der BAK sollte daher die Formulierung im Gesetzestext überarbeitet werden, um eine Klarstellung und Balance zwischen Informationsverpflichtungen gegenüber der zuständigen Ministerin (im Sinne des Art 20 B-VG) und der notwendigen Verschwiegenheitsermächtigung der BWB hinsichtlich sensibler Daten in laufenden Ermittlungsverfahren zu finden. Es muss klargestellt werden, dass Anfragen an die BWB nicht darauf gerichtet sein können, dass über laufende (oder unmittelbar bevorstehende) Verfahren – wie Hausdurchsuchungen und sonstige sensible Ermittlungshandlungen – berichtet werden muss, dies wäre ein Eingriff in die Unabhängigkeit der BWB und könnte den Ermittlungserfolg stark beeinträchtigen. Darüber hinaus sollte die Formvorschrift der Schriftlichkeit sowohl für Anfragen als auch für Beantwortungen gelten. Diese Formvorschrift würde zu mehr Transparenz und Balance in dieser sensiblen Sache beitragen.

Weiters wird angeregt, die Erläuterungen zu diesem Thema auszubauen und umfassender zu beschreiben.

2. Competition Advocacy der BWB

Nach der geltenden Regelung von § 1 Abs 1 WettbG soll die BWB zwei Ziele verfolgen: Funktionierenden Wettbewerb sicherstellen und Wettbewerbsverzerrungen oder Beschränkungen in Einzelfällen entgegenzutreten.

Gerade das Oberziel „Sicherung funktionierenden Wettbewerbs“ ist nicht auf die klassische Rolle der BWB beschränkt, nämlich Wettbewerbsverzerrungen in Einzelfällen entgegenzutreten, sondern umfasst auch immer stärker Begleitmaßnahmen, wie Aufklärung über die Bedeutung des Wettbewerbs oder Beratungsleistungen sowie die Herausgabe von Leitlinien und Standpunkten, die mit dem Terminus „Competition Advocacy“ zusammengefasst werden.

Es ist irritierend, dass diese von der BWB bislang mit Engagement ausgeübte Funktion eingeschränkt werden soll, indem die Aufgabe „Sicherung funktionierenden Wettbewerbs“ nur noch in Verbindung mit der Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken im Einzelfall definiert wird. Aus Sicht der BAK sollte daher nochmals geprüft werden, ob tatsächlich eine solche Einschränkung beabsichtigt ist, und wenn ja, welche Gründe hierfür ausschlaggebend sind.

Ähnliches gilt für § 2 Abs 1 WettbG (Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde). Demnach soll die derzeit geltende Z 5 „Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wirtschaftspolitik“ gestrichen und durch eine neue Formulierung in § 10 Abs 2 2. Satz WettbG ersetzt werden. Diese sieht nunmehr vor, dass künftig die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort die Bundeswettbewerbsbehörde um die Abgabe von Stellungnahmen zu allgemeinen Fragen der Wettbewerbspolitik ersuchen kann. Eine proaktive Stellungnahme der BWB in Fragen der Wirtschaftspolitik soll nicht mehr in das Aufgabengebiet der BWB fallen.

Aus Sicht der BAK ist es richtig, dass sich Stellungnahmen der BWB auf allgemeine Fragen der Wettbewerbspolitik beschränken, da sie in diesem Bereich ihre Kernkompetenz hat. Allerdings sollten sich Stellungnahmen zu Fragen der Wettbewerbspolitik nicht nur auf Ersuchen der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort beschränken, sondern die BWB sollte im Sinne einer vernünftigen „Competition Advocacy“ auch von sich aus tätig werden können.

3. Wettbewerbskommission (WBK)

Die BAK begrüßt, dass die Wettbewerbskommission (WBK) im vorliegenden Entwurf insoweit eine Aufwertung erhält, als der WBK nunmehr bei europäischen Fusionsverfahren mit überragender wirtschaftlicher Bedeutung für Österreich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Dies ist auch eine Anregung aus dem aktuellen Positionspapier der Sozialpartner einschließlich der Industriellenvereinigung und wird daher begrüßt.

Überdies wird eine stärkere Eigenständigkeit der WBK mit Hinweis auf die deutsche Monopolkommission angeregt. Dazu soll die WBK stärker aus der BWB herausgelöst werden, indem einerseits die in § 2 Abs 2 WettbG festgelegte Bestimmung, wonach der BWB die Geschäftsführung für die WBK obliegt, gestrichen wird, andererseits die BWB an den Sitzungen der WBK nur noch auf Ersuchen der WBK teilnehmen soll.

Die gemachten Vorschläge zur Eigenständigkeit der WBK stehen in einem Spannungsverhältnis zu § 16 Abs 1 WettbG. Diese zentrale Bestimmung lautet, dass „bei der Bundeswettbewerbsbehörde eine Wettbewerbskommission (Kommission) als beratendes Organ einzurichten ist“.

Änderungen in der Organisation würden daher auch eine Anpassung dieser zentralen Bestimmung bedürfen. Vorstellbar wäre eine generelle Regelung, wonach die Wettbewerbskommission als ein beratendes Organ des BMDW und der BWB eingerichtet wird.

Will das BMDW den aufgezeigten Weg gehen, bedarf es jedenfalls einer entsprechenden Unterstützung durch das genannte Ministerium oder angemessene finanzielle wie personelle Ressourcen für die WBK. Diesbezüglich finden sich allerdings keine Vorschläge. Es wird lediglich festgehalten, dass die von der BWB geleistete Geschäftsführung nun selbständig durch die WBK erfolgen soll (Wahl eines Schriftführers, § 16 Abs 2 WettbG). Damit wird die WBK völlig auf sich gestellt, obwohl sämtliche Mitglieder ihre Tätigkeit in der WBK neben ihrem Hauptberuf erfüllen. Es braucht daher klare Regelungen, wer für die Geschäftsführung der WBK zuständig ist und es muss ein entsprechender „Support“ zur Verfügung gestellt werden.

Eine stärkere Herauslösung der WBK aus der BWB bedarf über die Zusammenschlusskontrolle hinausgehende Regelungen betreffend die künftige Zusammenarbeit zwischen BWB und WBK. Diesbezüglich wird vorgeschlagen, dass der Generaldirektor für Wettbewerb, seine Stellvertretung oder in Vertretung des Generaldirektors ein/e von ihm namhaft gemachte/r MitarbeiterIn der Wettbewerbskommission regelmäßig (monatlich oder vierteljährlich) über den Kartellrechtsvollzug und aktuelle wettbewerbliche Schwerpunktsetzungen (Projekte wie Erstellung von Leitlinien, Standpunkte etc) berichtet. Darüber hinaus wäre es zweckmäßig, wenn der Generaldirektor für Wettbewerb einmal jährlich der WBK den Tätigkeitsbericht vorstellt, über allgemeine wettbewerbliche Vollzugsschwerpunkte berichtet sowie einen Ausblick auf das kommende Geschäftsjahr macht.

Wie bereits darauf hingewiesen, wird eine stärkere Einbindung der WBK im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle begrüßt. In diesem Zusammenhang ist allerdings abzuklären, wie die neue Bestimmung in § 17 Abs 3 WettbG zu verstehen ist. Sollte die neue Bestimmung bedeuten, dass die BWB von sich aus sämtliche Zusammenschlüsse der WBK zu übermitteln hat, so wäre das überschießend und auch von den Mitgliedern nur schwer zu bewältigen. Vielmehr wäre es eine sinnvolle Ergänzung der bestehenden Regelungen, wenn die BWB aktiv die WBK über relevante Zusammenschlussanmeldungen zu informieren hat und der WBK auf Anfrage die für eine wettbewerbliche Beurteilung notwendigen Schriftstücke

übermittelt. Dazu zählen nach Ansicht der BAK auch verbesserte bzw modifizierte Zusammenschlussanmeldungen.

4. Zusammenarbeit im Rahmen des Investitionskontrollgesetzes (InvKG)

Gemäß § 10 Abs 6 WettbG soll die BWB Zusammenschlussanmeldungen auch der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach dem Investitionskontrollgesetz (InvKG) weiterleiten.

Da die bei der BWB anfallenden Zusammenschlussanmeldungen (über 400 pro Jahr) voraussichtlich nur zu einem geringen Teil Zusammenschlüsse betreffen, die dem InvKG unterliegen, schlägt die BAK vor, in § 10 KartG auf das InvKG Bezug zu nehmen, sodass die die Zusammenschlusswerber fortan bei der Anmeldung einer Fusion darauf einzugehen haben. Auch das Formblatt der BWB wäre in dieser Richtung anzupassen. Der bürokratische Aufwand würde sich dadurch – sowohl für die BWB als auch für das BMDW deutlich reduzieren, ohne dass dies zu Informationseinbußen führen würde.

Abschließend möchte die BAK noch festhalten, dass eine Stellungnahme Frist von dreieinhalb Wochen – in Anbetracht der politischen Bedeutung – kurz bemessen ist. In diesem Zusammenhang verweist die BAK auf das entsprechende Rundschreiben des Verfassungsdienstes (GZ BKA-600.614/0002-V/2/2008). Hierin wird festgehalten, dass eine Begutachtungsfrist von wenigstens sechs Wochen zur Verfügung stehen sollte.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung der Stellungnahme im Rahmen der Begutachtung.

