

## Werkvertragsnorm B 2110 – Neufassung 2008

MRG-Vollanwendung  
Erhaltungspflicht des Vermieters

Kündigung nach § 25 TKG bei  
Verzicht auf Vertragsänderung?

Personalübernahme-Angebot und  
Betriebsübergang

VwGH  
Internationales Schachtelprivileg  
gemeinschaftsrechtswidrig

Tiermehl unter  
Abfallverdacht

EuGH *citiworks*  
Was ist ein „privates“ Netz?

# Kein rechtliches Gehör vor einem Geldbußenantrag der BWB?

*Die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) gewährt in ihrem Ermittlungsverfahren dem (angeblichen) Kartellanten, gegen den sie eine Untersuchung geführt hat, kein rechtliches Gehör, wenn sie einen Antrag an das Kartellgericht auf Geldbuße beabsichtigt. Es fragt sich, ob das dem § 13 Abs 1 WettbG („rechtliches Gehör“) entspricht.*

WALTER BRUGGER

§ 13 Abs 1 WettbG<sup>1)</sup> sieht vor, dass die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) den betroffenen Unternehmen – im Rahmen ihres Ermittlungsverfahrens – rechtliches Gehör zu gewähren hat, wenn sie Ermittlungen (nach §§ 11, 11a oder 12 WettbG) geführt hat und hierauf einen Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens beim Kartellgericht (KG) „nach §§ 26, 27 oder 28“ KartG beabsichtigt. Dabei sieht § 26 KartG vor, dass das KG *Abstellungsaufträge*<sup>2)</sup> zu erteilen hat (alternativ kann das KG nach § 27 *Verpflichtungszusagen* eines Unternehmens für bindend erklären). Nach § 28 KartG kann das KG (auch bereits beendete) *Zu widerhandlungen feststellen*.

§ 29 KartG (die Grundlage für die gerichtliche Verhängung von Geldbußen, bzw § 36 Abs 2 KartG als Grundlage für den BWB-Geldbußen- oder Zwangsgeldantrag) ist in § 13 Abs 1 WettbG allerdings nicht erwähnt. Es stellt sich daher die Frage, ob die BWB im von ihr abgewickelten Ermittlungsverfahren somit kein rechtliches Gehör zu gewähren braucht, wenn sie – statt eines Abstellungsauftrags

oder eines Feststellungsauftrags – einen Antrag auf *Geldbuße* gegen einen angeblichen Kartellanten beabsichtigt und das KG dann nach § 29 KartG eine solche im Rahmen des Antrags zu verhängen hat. Das ist tatsächlich die Rechtsauffassung der BWB: *Matousek* leitet aus dem fehlenden Verweis ab, dass die BWB zur Einräumung rechtlichen Gehörs vor Stellung eines Antrags auf Geldbußen oder Zwangsgeldern nicht verpflichtet sei.<sup>3)</sup>

Stimmt das? Dazu lohnt zunächst ein Blick auf die vorangegangene Gesetzesformulierung, dann soll die geänderte Norm interpretiert werden, dann sind Größenschluss und Analogieschluss zu prüfen.

RA Dr. *Walter Brugger* ist Gründungspartner von DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) In der Fassung der Wettbewerbsgesetznovelle 2005, BGBl I 2005/62.
- 2) Als *ultima ratio* sogar bis hin zu strukturellen Maßnahmen.
- 3) *Matousek* in *Petschel/Urlesberger*, Kartellgesetz (2007) RN 4 zu § 13 WettbG.

## A. Rechtslage bis 31. 12. 2005 – Änderung ab 2006?

In der Gesetzesfassung bis 31. 12. 2005 sah § 13 Abs 1 WettbG noch ausdrücklich vor,<sup>4)</sup> dass die BWB auch vor Geldbußenanträgen<sup>5)</sup> rechtliches Gehör zu gewähren hat. Die diesbezüglichen Mat<sup>6)</sup> begründen dies mit Billigkeitserwägungen, Verfahrensökonomie, verfassungsrechtlichem Sachlichkeitsgebot und rechtzeitiger Vorfeldklärung. Die BWB sollte durch Gewährung rechtlichen Gehörs fair gegenüber betroffenen Unternehmen vorgehen und unnötige Anträge vermeiden.

Die Mat<sup>7)</sup> zur Wettbewerbsgesetznovelle 2005<sup>8)</sup> zeigen keinerlei inhaltliche Änderungsabsicht betreffend § 13 Abs 1 WettbG. Vielmehr besagen die Mat, dass (nur) eine „Anpassung“ aufgrund der „Änderungen im Kartellgesetz“ erforderlich war. Die damit angesprochene Änderung im KartG ist die Umnummerierung der Gesetzesbestimmungen im KartG 2005 gegenüber dem KartG 1988 und die Neuschaffung<sup>9)</sup> einer Feststellungsmöglichkeit auch für bereits abgeschlossene Gesetzesverstöße; hinsichtlich der Möglichkeit zur Stellung eines Geldbußenantrags durch die BWB hat sich – abgesehen von der Paragraphennummer – gerade nichts geändert, sodass hier keine „Änderung im Kartellgesetz“ vorliegt. Der Novellengesetzgeber wollte aber (nur) eine „Anpassung“ aufgrund der „Änderungen im Kartellgesetz“ vornehmen. Man kann also dem Novellengesetzgeber nicht unterstellen, er hätte das rechtliche Gehör vor Stellung eines Geldbußenantrags bewusst beseitigen wollen.

## B. Norminterpretation – das Wesen des Geldbußenantrags

Ob das rechtliche Gehör vor Geldbußenanträgen wirklich beseitigt worden ist, wie *Matousek* (und ihm folgend die Praxis der BWB) meint, bedarf zunächst der *Interpretation der Norm* (§ 13 Abs 1 WettbG nF). Selbst *Matousek* räumt ein, dass ein Grund für die Beseitigung des rechtlichen Gehörs nicht ersichtlich ist. Die übrige Lit hat sich – soweit ersichtlich – mit dieser Frage nicht explizit befasst.<sup>10)</sup>

Grundsätzlich ist zu sagen, dass ein Antrag auf Geldbuße ein Rechtsschutzbegehren ist, das – ähnlich einer zivilrechtlichen Leistungsklage – zwar vordergründig auf Geldleistung gerichtet ist, aber seiner Natur nach eine Feststellung rechtswidrigen Verhaltens inkludiert.<sup>11)</sup> Ein Leistungsbegehren kann nämlich idR alles das (und noch mehr, nämlich Zahlung) bieten, was mit einem Feststellungsbegehren angestrebt wird.<sup>12)</sup> Eine gerichtliche Feststellung ist also regelmäßig ein *Minus* gegenüber einer gerichtlich ausgesprochenen Zahlungspflicht<sup>13)</sup> (sei es im Zivilprozess: durch Zahlungsurteil,<sup>14)</sup> oder im Kartellverfahren: durch Geldbußenbeschluss verhängt).

Daher folgt schon aus dem Text des § 13 Abs 2 WettbG und dem Wissen um das Wesen eines Geldbußenantrags, der konkludent ein Feststellungsbegehren inkludiert, dass die BWB vor Antragstellung zur Gewährung rechtlichen Gehörs verpflichtet ist,

und zwar nicht nur beim Feststellungs-, sondern auch beim Geldbußenantrag (Leistungsbegehren).

Wenn also die BWB nach dem klaren Gesetzeswortlaut vor Stellung eines Feststellungsantrags dem betroffenen Unternehmen rechtliches Gehör zu gewähren hat, dann muss sie dieses – nach dem nun klargestellten Wesen des Antrags – auch vor Stellung eines Geldbußenantrags tun, weil der Verweis des § 13 Abs 1 WettbG auf § 28 KartG (Feststellungsantrag der BWB) auch beim Geldbußenantrag (wegen des darin als *Minus* inkludierten Feststellungscharakters) trägt. Beim Zwangsgeldantrag (§§ 35, 36 Abs 2 KartG) hingegen wird es idR keine Ermittlungen der BWB nach §§ 11, 11 a oder 12 WettbG geben (zumal ja eine vollstreckbare E des KG vorausgesetzt ist), so-

4) Damalige Textfassung: „Sind einem von der Bundeswettbewerbsbehörde beabsichtigten Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens nach § 8 a, 25 Abs 3, 27 Abs 3, 30 c Abs 2, 33 Abs 2, 37, 42 a Abs 5, 42 b Abs 6, 142 Abs 1 lit a, b oder 142 Abs 3 KartG Ermittlungen nach § 11 Abs 2 bis 5 oder § 12 dieses Bundesgesetzes vorausgegangen, ist dem Antragsgegner Gelegenheit zu geben, von den Ermittlungsergebnissen Kenntnis und in angemessener Frist Stellung dazu zu nehmen.“

5) Zutreffend verweist *Matousek* in *Petschel/Urlesberger*, Kartellgesetz (2007) RN 4 zu § 13 WettbG darauf, dass es damals noch keine Zwangsgeldanträge gab, weshalb diese in der damaligen Gesetzesfassung auch nicht mit rechtlichem Gehör verbunden gewesen sein konnten.

6) RV 1005 BgNR 21. GP wörtlich (S 24): „Unterliegt die Antragstellung bei Kartellgericht auch nicht den Verwaltungsverfahrensgesetzen, weswegen eine Parteistellung der allfälligen Antragsgegner nicht in Betracht kommt, so gebieten es doch allgemeine Billigkeitserwägungen und solche der Verfahrensökonomie, möglichen Antragsgegnern vor Stellung eines Antrags, der ein Verfahren beim Kartellgericht überhaupt erst einleitet und bei dem die Behörde in Ausübung von Hoheitsbefugnissen Ermittlungen angestellt hat, die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Dieses Stellungnahmerecht ist nicht nur als Ausfluss des verfassungsrechtlich verankerten Sachlichkeitsgebotes zu betrachten – aus praktischer Sicht können Wettbewerbsprobleme damit bereits im Vorfeld geklärt und ein vielfach langwieriges Verfahren vor dem Gericht vermieden werden.“ Abgedruckt ua bei *Auer/Urlesberger*, Kartellrecht<sup>5</sup> (2003) 202.

7) RV 942 BgNR 22. GP 6; abgedruckt ua in *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht (2008) 575.

8) BGBl I 2005/62, in Kraft seit 1. 1. 2006 (gleichzeitig mit dem neu erlassenen KartG 2005, BGBl I 2005/61).

9) Der OGH judizierte nämlich in stRsp zur früheren Feststellungsnorm des KartG 1988, dass nur ein aktuelles, nicht aber ein bereits abgeschlossenes kartellrechtswidriges Verhalten Gegenstand eines Feststellungs- oder Untersagungsantrags sein kann (RIS-Justiz RS0116044).

10) Diese Frage findet keine Erwähnung bei *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht (2005) 113; *Hoffer*, Kartellgesetz (2007) 364; *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich (2007) RN 613 ff; *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht (2006); *Grunicke/Fellner*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 (Teil 2) RdW 2005/606, 529 [533].

11) Diese Feststellung ist freilich, wenn nicht zusätzlich zur Leistung auch Feststellung begehrt wurde, nicht einer eigenständigen Rechtskraftwirkung zugänglich.

12) Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Kommentar<sup>2</sup> III (2004) RN 108 zu § 228 ZPO.

13) OGH RIS-Justiz RS0038981: Ein Feststellungsbegehren stellt gegenüber einem Leistungsbegehren dann ein *Minus* dar, wenn es zeitlich und umfangreich vom gestellten Leistungsanspruch mit umfasst ist.

14) Daher besteht – auch angesichts des zweigliedrigen oder dreigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes, dazu vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> RN 15–16 zu § 226 ZPO – keine Streitanhängigkeit zwischen Feststellungsklage und Leistungsklage; vgl *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> RN 10 zu § 232–233 ZPO.

dass nach § 13 Abs 1 WettbG die Voraussetzungen für die Gewährung rechtlichen Gehörs vor einem Zwangsgeldantrag idR nicht gegeben sind; der Zwangsgeldantrag wird daher in den folgenden Ausführungen ausgeblendet.

### C. Größenschluss

Dazu kommt betreffend Geldbußenantrag ein *argumentum a minori ad maius*:<sup>15)</sup> Wenn sogar vor Einbringung eines bloßen Abstellungs- oder Feststellungsantrags ein rechtliches Gehör des betroffenen Unternehmens angeordnet ist, dann muss das umso mehr vor Einbringung eines viel folgenschwereren Geldbußenantrags gelten.

### D. Analogieschluss

Wenn diese Argumente noch nicht ausreichend wären, wäre zu prüfen, ob die Regelungslücke<sup>16)</sup> in § 13 Abs 1 WettbG eine planwidrige<sup>17)</sup> Unvollständigkeit<sup>18)</sup> ist, die durch *Analogie*<sup>19)</sup> zu schließen ist.

Bei der teleologischen<sup>20)</sup> Gesetzeslücke erfordert die – mit den Interpretationsmitteln eruierte – Gesetzesteleologie (in Verbindung mit dem Gleichheitssatz) die Erstreckung der Rechtsfolgeanordnung der Norm auf den gesetzlich nicht geregelten Fall. Der Fall mag zwar nicht vom Wortlaut erfasst sein, ist aber doch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes von der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertung erfasst.<sup>21)</sup>

§ 13 Abs 1 WettbG iVm den Mat zeigt – wie oben dargestellt – den *telos*, dass die BWB nach Ermittlungen vor Antragstellung an das KG die betroffenen Unternehmen anhört. Dadurch sollen (*expressis verbis* vor einem Antrag auf Abstellung oder auf gerichtliche Feststellung wettbewerbswidrigen Verhaltens) die Unternehmen die Chance erhalten, zu den bisherigen Ermittlungsergebnissen der BWB Stellung zu nehmen und im Zuge der „rechtzeitigen Vorfeldklärung“ Missverständnisse zu klären oder im Sinne der Verfahrensökonomie aussichtslose Anträge (chancenlose Antragsteile) abzuwenden. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Intentionen des Gesetzes dann nicht gelten sollen, wenn die BWB statt Abstellung oder Feststellung wettbewerbswidrigen Verhaltens vielmehr hinsichtlich desselben wettbewerbswidrigen (gesetzwidrigen) Verhaltens nach ihrem Ermessen eine Bestrafung beantragt. Die BWB hätte es in der Hand, durch bloße Umformulierung ihres Antrags (von Ab- oder Feststellung auf eine Bestrafung) die gesetzliche Anordnung des rechtlichen Gehörs auszu-schalten.

Für die Analogiefähigkeit spricht auch, dass die BWB vor Antragstellung, einerlei, ob sie am Ende eine Geldbuße oder nur eine Abstellung oder Feststellung beantragt, dieselbe Verfahrensart (Ermittlungen gem §§ 11, 11 a oder 12 WettbG) anwendet, die den Gesetzgeber veranlasste, rechtliches Gehör einzuräumen.

Könnte eine Lücke festgestellt werden, ist sie durch Analogieschluss<sup>22)</sup> zu füllen.<sup>23)</sup> Grundform der Analogie ist die sogenannte Gesetzesanalogie.<sup>24)</sup> Dabei wird die für einen Tatbestand gegebene Regel

auf einen anderen, wertungsmäßig gleich zu erachtenden, übertragen.<sup>25)</sup> Es ist somit die Anordnung rechtlichen Gehörs des § 13 Abs 1 WettbG auch auf die Fälle anzuwenden, in denen die BWB nach ihren Ermittlungen (§§ 11, 11 a und 12 WettbG) einen Geldbußenantrag wegen wettbewerbswidrigen (gesetzwidrigen) Verhaltens einzubringen beabsichtigt.

Die Lit, die – freilich ohne die Rechtsfrage zu erkennen und zu diskutieren – undifferenziert und generell eine Pflicht der BWB zur Einräumung des rechtlichen Gehörs vor Stellung von Anträgen beim KG erwähnt,<sup>26)</sup> hat also im Ergebnis Recht.

In allen Fällen (Antrag der BWB auf Abstellung, Feststellung oder Geldbuße) muss das KG – trotz vorangegangenen BWB-Ermittlungsverfahrens – ein eigenständiges gerichtliches Beweisverfahren durchführen. Die Gewährung rechtlichen Gehörs bei der BWB entbindet das Gericht nicht von der Pflicht, vor einer

- 15) Beim Schluss vom Kleineren auf das Größere wird davon ausgegangen, dass ein durch das Gesetz erfasster, nach dem Gesetzeszweck weniger wichtiger Sachverhalt erst recht für einen viel gewichtigeren Fall gelten muss, der allerdings im Gesetz nicht enthalten ist, vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 479.
- 16) Sie ist die primäre Voraussetzung der ergänzenden Rechtsfindung und ist auf Grundlage der gesamten Rechtsordnung einschließlich der schon als Auslegungskriterien heranzuziehenden Maßstäbe zu beurteilen, vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 473.
- 17) Dabei hat der Rechtsanwender nicht von seiner eigenen Meinung auszugehen, sondern vielmehr zu klären, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig und ergänzungsbedürftig ist; *Kletečka in Koziol*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> (2006) 27; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>2</sup> (1992) 261.
- 18) Das bloße Schweigen des Gesetzes kann nicht als Lücke bezeichnet werden, eine Gesetzeslücke liegt nur bei planwidriger Unvollständigkeit vor, *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft (1972) 83; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>2</sup>, 261.
- 19) Verfahrensrecht gehört zum öffentlichen Recht iwS und Analogie wird dort als Methode problematisiert, doch gibt es nach hA außerhalb des (Verwaltungs-)Strafrechts (kritisch zur Analogie im Verfassungsrecht freilich *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> RN 136) kein „Analogieverbot“, vgl *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 103. So schließt etwa der OGH immer wieder *Lücken im Zivilverfahrensrecht* mit dem Mittel des Analogieschlusses, vgl OGH Okt 39/90; 8 Ob 231/00 d; 8 Ob 76/02 p; 3 Ob 129/05 z; 1 Ob 65/07 a; so auch LG St Pölten 26 R 189/00 p; *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1976) 10–11; *Petschek/Stagel*, Der österreichische Zivilprozess (1963) 30; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) RN 128.
- 20) Auch „unechte“ Gesetzeslücke genannt. Sie ist das Gegenstück zur relativ leicht erkennbaren logischen (auch „echten“) Gesetzeslücke; letztere ist dann gegeben, wenn eine gesetzliche Bestimmung ohne Ergänzung überhaupt nicht anwendbar ist; vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 473.
- 21) *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 474.
- 22) Übertragung von Regeln auf einen ähnlichen Tatbestand, *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>2</sup>, 269.
- 23) Weil die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem unmittelbar in der Norm erfassten Falltyp und dem fraglichen Sachverhalt nach allen erkennbaren rechtlichen Wertmaßstäben bedeutungslos sind, *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 476.
- 24) Im Gegensatz dazu ist die Rechtsanalogie nicht an einen einzigen Rechtssatz gebunden, sondern orientiert sich an einer Vielzahl von Rechtssätzen. Dadurch wird die Rechtsanalogie auf die Basis eines allgemeinen Grundsatzes gestellt, der dann auf die gesetzlich nicht bedachten Fälle angewandt wird, vgl *Kletečka in Koziol*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup>, 28.
- 25) *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>2</sup>, 271.
- 26) *Grunickel/Fellner*, RdW 2005/606, 529 [533].

Entscheidung ebenfalls („neuerlich“) rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>27)</sup> Dass durch jede Gewährung rechtlichen Gehörs vor der BWB (genauso wie durch das BWB-Ermittlungsverfahren) Doppelgleisigkeiten entstehen müssen, war eine rechtspolitische Entscheidung. Wenn man die rechtspolitische Entscheidung für falsch – und die resultierende „Belastung der BWB“ für zwecklose Mühe – hält, müsste der Gesetzgeber einschreiten und § 13 Abs 1 WettbG gänzlich streichen; *de lege lata* kann man damit nicht argumentieren. Das ist somit kein Argument gegen das hier gefundene Auslegungsergebnis. Schließlich wäre nach dem Vorbild des EU-Kartellverfahrens zu fordern, dass die BWB, wenn sie gem § 13 Abs 1 WettbG den potentiellen Antragsgegnern Gelegenheit geben muss, „zu den Ermittlungsergebnissen Stellung zu nehmen“, vollständigen Einblick in ihre Ermittlungsakte gäbe, und zwar auch in solche Unterlagen, die nicht den Standpunkt der BWB stützen<sup>28)</sup> (gerade solche Ermittlungsergebnisse wird die BWB als Partei dem KG nicht unbedingt als Beweismittel vorlegen). Das „rechtliche Gehör“ nach § 13 WettbG wäre damit als Ausgleich für die Machtmittel zu verstehen,

über die die Behörde bei ihren Ermittlungen verfügt, und substantiell weiter gehend als das rechtliche Gehör vor dem KG.

27) StRsp d OGH, vgl RIS-Justiz RS0119970.

28) Für diesen Hinweis danke ich Kollegen Dr. Hanno Wollmann.

29) Verfassungsrechtliche *fair trial*-Überlegungen sind allerdings für das rechtliche Gehör vor der – nicht entscheidungsbefugten – BWB nicht zwingend, zumal ja spätestens vor einer gerichtlichen Entscheidung (KG) jedenfalls rechtliches Gehör zu gewähren ist. Wollte man dies strenger sehen, müsste wohl auch der Staatsanwalt vor Anklageerhebung rechtliches Gehör gewähren?

30) Vgl *Thyri*, Kartellrechtsvollzug in Österreich (2007) RN 615; *Grunicek/Fellner*, RdW 2005/606, 529 [533].

#### SCHLUSSSTRICH

*Die BWB ist – laut Norminterpretation, aber auch nach Größen- und Analogieschluss – zur Einräumung des rechtlichen Gehörs auch vor Stellung eines Antrags auf Geldbuße verpflichtet.<sup>29)</sup> Das rechtliche Gehör ist idR erst kurz<sup>30)</sup> vor einem Antrag der BWB beim KG zu gewähren.*