

ÖBL

[Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht]

Beiträge 100 Ein verlockendes Angebot?

Veit Öhlberger

107 Freie Markenbenutzung im Zollausschlussverfahren?

Rainer Herzig

112 Zur Übermittlung von Fernsehsignalen von der Hotelantenne in Gästezimmer

Robert Dittrich

Leitsätze Nr 57 – 80

Rechtsprechung 119 Friendfinder

Benützung eines fremden Mobilfunknetzes zur Ortung von Mobiltelefonen

125 Naturrein

Irreführende Bezeichnung eines Lebensmittels als „naturrein“

130 winsued@kompetenz.at

Schutz der (Internet-)Kurzbezeichnung einer Zeitschrift

137 Küchenjuwel

Kein Kennzeichenschutz mangels Bescheinigung der Benützung der Basismarke

143 Thomson Life

Verwechslungsgefahr bei Aufnahme einer Marke in ein fremdes Zeichen

Herausgeber

Österreichische Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung

Lothar Wiltschek
Helmut Gamerith
Walter Holzer

Mai 2006

03

MANZ 

ISSN 0029-8921

Ein verlockendes Angebot?

Die österreichische Kronzeugenregelung in einer vergleichenden Analyse

ÖBI 2006/23

§ 11 Abs 3 ff
WettbG 2005;
Handbuch
der BWB

Kronzeugen-
regelung;
Geldbußenerlass;
Geldbußen-
minderung

Seit 1. 1. 2006 enthält nun auch das österr Kartellrecht ein Kronzeugenprogramm. § 11 Abs 3 WettbG erlaubt der BWB, gegenüber kooperierenden Kartellmitgliedern unter bestimmten Voraussetzungen von einem Antrag auf Geldbuße abzusehen oder lediglich eine geminderte Geldbuße zu beantragen.

Von Veit Öhlberger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Wie und warum funktionieren Kronzeugenprogramme?
- C. Die Vorreitermodelle
 - 1. USA
 - 2. EU
- D. Die österr Kronzeugenregelung
 - 1. Geldbußenerlass
 - 2. Geldbußenminderung
 - 3. Rechtsanspruch auf Kronzeugenbehandlung?
 - 4. BWB – BKartA
 - 5. Kronzeugenbehandlung außerhalb § 11 Abs 3 WettbG
 - 6. Europäisches Wettbewerbsnetz
 - 7. Was fehlt
- E. Abschließende Bemerkung

A. Einleitung

„Das Interesse der Verbraucher und Bürger an der Aufdeckung und Ahndung von Kartellen ist größer als das Interesse an der Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen, die es der Kommission ermöglichen, solche Verhaltensweisen aufzudecken und zu untersagen.“⁽¹⁾

Mit diesen Worten umschreibt die Komm die Beweggründe für die Einführung von Kronzeugenprogrammen. Seit dem ersten europäischen Leniency-Programm von 1996⁽²⁾ sind bereits 18⁽³⁾ MS dieser Auffassung gefolgt und haben eigene nationale Kronzeugenregelungen geschaffen. Solche Leniency-Programme gewähren als Gegenleistung für freiwillige und uneingeschränkte Offenlegung von Informationen zu einem Kartell entweder völlige Straffreiheit oder eine wesentliche Reduzierung der Strafe, die andernfalls gegen einen Kartellteiligen verhängt worden wäre.

Mit 1. 1. 2006 traten das neu gefasste KartG sowie die begleitende Nov zum WettbG und NahVG in Kraft.⁽⁴⁾ Das österr Kartellrecht wurde damit an Art 81 EG und an das seit 1. 5. 2004 geltende europäische Legalausnahmenprinzip angepasst. Darüber hinaus führt § 11 Abs 3 ff WettbG nF auch für Österreich eine Kronzeugenregelung ein.

Zu Beginn dieses Beitrags soll, nach einem Abstecher zu den theoretischen Grundlagen von Kronzeugenprogrammen, ein Blick auf die erprobten Leniency-Systeme der USA und der EU die wichtigsten Bestandteile solcher Programme zusammenfassen und bereits erkannte Probleme aufzeigen. Danach werden die einschlägigen

Neuerungen des WettbG und des KartG sowie das BWB-Handbuch näher vorgestellt und eine erste Beurteilung der österr Kronzeugenregelung versucht.

B. Wie und warum funktionieren Kronzeugenprogramme?

Wirtschaftlich tätige Unternehmen wollen maximale Gewinne erzielen. Dazu können kartellrechtswidrige Absprachen einen beachtlichen Beitrag leisten. Aber auch der Ausstieg aus einem Kartell kann positive Auswirkungen haben. Kartellmitglieder werden daher regelmäßig Vor- und Nachteile ihrer Kartellzugehörigkeit gegeneinander abwägen.

Neben der Rückkehr in die Legalität können mit einem Ausstieg aus getroffenen Absprachen Gewinne durch erhöhten Absatz erzielt werden; dies allerdings meist nur bis zu einer Reaktion der anderen Kartellmitglieder.⁽⁵⁾ Entschließt sich der Aussteiger überdies zur Selbstanzeige, kann er dank des losgetretenen Verfahrens der Wettbewerbsbehörde Vergeltungsmaßnahmen der anderen Kartellmitglieder abfangen. Außerdem werden die übrigen Kartellanten durch Geldbußen geschwächt, während der Anzeiger – bei entsprechender Kronzeugenregelung – straffrei ausgeht. Eine Selbstanzeige kann also dem Aussteiger nützen.

Umgekehrt liegen die Nachteile eines Ausstiegs auf der Hand: Der Aussteiger verliert die – meist beträchtlichen – Kartellgewinne. Erstattet er zusätzlich Selbstanzeige, setzt er sich – je nach Großzügigkeit des Kronzeugenregimes – einem gewissen Strafrisiko aus und läuft Gefahr, von geschädigten Mitbewerbern und Konsumenten auf Schadenersatz verklagt zu werden.⁽⁶⁾

1) Mitteilung der Komm über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABI 2002 C 45/3 (im Folgenden: „aktuelle Mitteilung“), RN 4.

2) Mitteilung der Komm über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABI 1996 C 207/4 (im Folgenden: „Mitteilung 1996“).

3) Für eine aktuelle Liste von Behörden der MS, die Kronzeugenprogramme führen, s http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/authorities_with_leniency_programme.pdf

4) BGBl I 2005/61, I 2005/62.

5) ZB ein Preiskampf.

6) Ein Kronzeugenprogramm mag zwar Straffreiheit oder Strafmindereung gewähren, Schutz vor Schadenersatzklagen kann es jedoch nicht bieten (so auch aktuelle Mitteilung RN 31). Zu solchen Ansprüchen s ua *Stilfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V, wbl 1995, 301, 345; *Hintersteiner*, Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art 81 EG, wbl 2001, 554; *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil *Courage/Crehan*, *ecolex* 2002, 28; *Gehmacher/Hauck/Madl*, Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *eco-*

Um potentiellen Aussteigern das Verlassen eines Kartells leichter zu machen und sie darüber hinaus zur Selbstanzeige bzw Kooperation zu veranlassen, bedarf es also entsprechender Rahmenbedingungen: eines Kronzeugenprogramms. Damit erhalten die Kartellbehörden nicht nur wertvolle Unterstützung bei der Aufdeckung von Absprachen, sondern Kartelle selbst werden destabilisiert. Die ständige Angst eines anderen Kartellmitglieds vor einer Anzeige schafft eine Atmosphäre des Misstrauens, die in letzter Konsequenz generalpräventiv wirken kann.⁷⁾

Was sind nun die Voraussetzungen für solche „aussteigerfreundlichen“ und destabilisierenden Rahmenbedingungen? Die Erfahrungen insb in den USA und auf europäischer Ebene haben gezeigt, dass drei Grundsätze glaubhaft umgesetzt werden müssen:⁸⁾

- schwere Strafen für jene, die sich an Kartellabsprachen beteiligen;⁹⁾
- Maximierung der Aufdeckungsquote durch entsprechend ausgestattete Kartellbehörden;
- möglichst weitgehende Strafbefreiungen für den ersten¹⁰⁾ Selbstanzeiger bzw Informanten (das eigentliche Kronzeugenprogramm).¹¹⁾

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die dritte Voraussetzung. Zu den ersten beiden Voraussetzungen sei lediglich angemerkt, dass Kronzeugenprogramme ohne deren Verwirklichung niemals erfolgreich sein können. Wer will eine Befreiung von Strafen, die ohnehin unbeachtlich sind bzw mangels Aufdeckung nicht verhängt werden?

Die Strafbefreiungen der Kronzeugenprogramme selbst sollten zwar großzügig sein (ansonsten könnten sie wohl kaum einen geeigneten Anreiz zur Selbstanzeige bieten), dürfen aber nicht zu weit gehen. Zu leicht verdiente Befreiungen würden die abschreckende Wirkung der drohenden Strafen untergraben.¹²⁾ Darüber hinaus haben die internationalen Erfahrungen – zu diesen nun im folgenden Abschnitt – gezeigt, dass die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen umgekehrt proportional zum Ausmaß des Beurteilungsmessens steht, das sich die Behörde vorbehält.¹³⁾ Transparenz und Rechtssicherheit sind somit oberstes Gebot.

C. Die Vorreitermodelle

Da das österr Kartellrecht bis 1. 1. 2006 kein entsprechendes Kronzeugenprogramm vorsah, ist der rechtsvergleichende Blick für eine erste Analyse der neuen Regelungen von besonderer Bedeutung: Wo selbst noch keine Erfahrungen gesammelt werden konnten, sollte aus den Erfahrungen anderer gelernt und diese bei der Schaffung eigener Regelungsmodelle entsprechend berücksichtigt werden. Um beurteilen zu können, ob das bei der österr Kronzeugenregelung ausreichend geschehen ist, werden im Folgenden die führenden Leniency-Programme, nämlich jene der USA und der EU, in ihrer jeweiligen Entwicklung vorgestellt.

1. USA

Allen voran implementierten die USA bereits im Jahr 1978 das weltweit erste kartellrechtliche Kronzeugen-

programm, das sog „Amnesty Program“. Nach dessen Regelungen kam eine Strafbefreiung nur in Betracht, solange die Selbstanzeige vor Einleitung kartellbehördlicher Erhebungen erfolgte. Überdies wurde eine Strafbefreiung nicht garantiert, sondern unterlag dem Ermessen der Kartellbehörde.¹⁴⁾ Der Erfolg war daher eher gering; es kam nur zu wenigen Selbstanzeigen – durchschnittlich eine pro Jahr –, und in den 15 Jahren seines Bestehens konnte kein einziges internationales Kartell aufgedeckt werden.¹⁵⁾

Dementsprechend wurde im Jahr 1993 das „Amnesty Program“, das seither zwischen „Corporate Leniency Policy“¹⁶⁾ und „Individual Leniency Policy“¹⁷⁾ unterscheidet, grundlegend reformiert.¹⁸⁾ Erstmals wurde Strafbefreiung garantiert, solange noch keine behördlichen Erhebungen eingeleitet waren. Außerdem wurde eine Strafbefreiung auch für jene Unternehmen in Aussicht gestellt, deren Selbstanzeige erst nach Beginn behördlicher Erhebungen eingelangt war, solange die Behörden keine ausreichenden Beweise für eine Verurteilung gesammelt hatten. Darüber hinaus wurde festgelegt, dass eine Strafbefreiung andauernde und uneingeschränkte Kooperation voraussetzt, und klargestellt, dass Unternehmen, die andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen hatten oder Gründer bzw leitendes Mitglied des Kartells waren, für eine Strafbefreiung nicht in Betracht kommen.¹⁹⁾ Das novellierte Kronzeugenprogramm führte zu einer beeindruckenden Steigerung der Selbstanzeigen.²⁰⁾ →

lex 2002, 564; *Hack*, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, *ecolx* 2003, 311.

7) Vgl ErläutRV 942 BlgNR 22. GP.

8) *Hammond*, Cornerstones of an Effective Leniency Program, 4f, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>; *Azevedo*, Crime and Punishment in the Fight Against Cartels: The Gathering Storm, *ECLR* 2003, 400 (403).

9) Hier kommen freilich nicht nur Geldstrafen in Frage. In den USA drohen verantwortlichen Personen sogar bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe. Zwar sind Freiheitsstrafen selbst keine Wirksamkeitsvoraussetzung für Kronzeugenprogramme, aber ohne diese ist eine entsprechende Höhe von Geldstrafen besonders wichtig (*Hammond*, Cornerstones of an Effective Leniency Program, 6f, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>).

10) Durch diese Einschränkung wird die eigentliche Destabilisierung und der sog „Wettlauf der Kartellanten“ ausgelöst.

11) Als spieltheoretischer Ansatz für die optimale Ausgestaltung von Kronzeugenprogrammen wird immer wieder auf das Modell des Gefangenendilemmas zurückgegriffen. Vgl dazu *Wiesner*, Der Kronzeuge im Kartellrecht (2004) 14 ff. Zu beachten sind aber einige Situationsunterschiede: Kartellabsprachen werden grds von mehr als zwei Personen getroffen. Darüber hinaus besteht auch immer die Möglichkeit nicht entdeckt zu werden. Ein eigenes spieltheoretisches Modell für kartellrechtliche Kronzeugenprogramme steht offenbar noch aus (*Wiesner*, aaO 15).

12) *Azevedo*, Crime and Punishment in the Fight Against Cartels: The Gathering Storm, *ECLR* 2003, 400 (405).

13) *Winterstein* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht 432.

14) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? *ECLR* 2002, 378 (380).

15) *Hammond*, Cornerstones of an Effective Leniency Program, 3, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>

16) Download unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/leniency.htm>

17) Download unter <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/leniency.htm>

18) Für weiterführende Literatur zur Nov 1993 s *Hammond*, Cornerstones of an Effective Leniency Program, FN 1, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>

19) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? *ECLR* 2002, 378 (380f).

20) Für eine aktuelle Übersicht der Erfolgssteigerungen seit 1993 s: *Antitrust Division*, Status Report: An overview of recent developments

Im Jahr 1999 wurde das Kronzeugenprogramm um eine weitere Bonusregelung ergänzt, das sog „Amnesty Plus“ Konzept. Damit sollen Unternehmen, die bereits Gegenstand laufender behördlicher Erhebungen sind, zu Selbstanzeigen angehalten werden. So wird diesen Unternehmen eine an sich nicht mehr in Frage kommende Strafminderung für das laufende Verfahren in Aussicht gestellt, wenn sie eine Selbstanzeige zu einem anderen weiteren Kartell, an dem sie beteiligt sind, einbringen. Somit können Unternehmen auf zwei Ebenen profitieren: einerseits im bereits laufenden Verfahren und andererseits durch eine vollständige Strafbefreiung für die Teilnahme an einem weiteren Kartell.²¹⁾

2. EU

Das erste Kronzeugenprogramm der EU, in Kraft getreten im Jahr 1996, hatte zwar das amerikanische „Amnesty Program“ zum Vorbild, rückte aber die bloße Verringerung der Bußgeldhöhe in den Vordergrund. Selbst bei Erfüllung strengster Kriterien garantierte die Mitteilung lediglich eine Bußgeldreduktion von 75%. Eine vollständige Strafbefreiung blieb dem freien Ermessen der Komm vorbehalten²²⁾ und wurde in nur drei Fällen tatsächlich gewährt.²³⁾

Um in die erste von drei Klassen möglicher Bußgeldreduktionen zu fallen (Abschnitt B), bedurfte es insb der Vorlage von Angaben von „entscheidender Bedeutung“. Die mangelnde Klarheit dieser Voraussetzung erwies sich als abschreckender Unsicherheitsfaktor. Sah die Komm dieses Kriterium als nicht erfüllt an, kam nämlich lediglich eine Herabsetzung von 10% bis 50% in Betracht (Abschnitt D). Ähnlich ungenau wurde ein Bußgelderlass nach Abschnitt B für all jene Kartellmitglieder ausgeschlossen, die „eine entscheidende Rolle“²⁴⁾ im Kartell gespielt hatten. Auch dieser Wortlaut räumte der Komm beträchtlichen Beurteilungsspielraum ein.²⁵⁾ Dazu kam, dass die Komm den Selbstanzeiger erst mit der abschließenden Entscheidung in der Sache selbst informierte, in welche Befreiungskategorie er falle.

Es war somit kaum verwunderlich, dass die erste europäische Kronzeugenregelung nicht nur herber Kritik ausgesetzt war,²⁶⁾ sondern auch ihren eigentlichen Zweck – die vermehrte Aufdeckung von Kartellen durch Selbstanzeigen (statt einer bloßen Kooperation in einem bereits laufenden Verfahren) – nur in sehr eingeschränktem Maß erfüllen konnte.²⁷⁾

Zur Kenntnis nehmend, dass sich mit einem Kronzeugenprogramm „eine bessere Wirkung erzielen ließe, wenn die Bedingungen für einen Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße transparenter und berechenbarer wären“²⁸⁾ erließ die Komm im Jahr 2002 eine neue Leniency-Mitteilung.

Als wichtigste Änderung wurde erstmals volle Strafbefreiung garantiert. Auch wurde bei der Formulierung der Voraussetzungen die frühere Kritik berücksichtigt. Die Voraussetzung für den Geldbußenerlass, keine „entscheidende Rolle“ gespielt zu haben, wurde durch die Voraussetzung ersetzt, „andere Unternehmen nicht zur Teilnahme . . . gezwungen“²⁹⁾ zu haben.³⁰⁾ Das Kriterium, Angaben von „entscheidender Bedeutung“ machen

zu müssen, wurde durch zwei alternative Varianten ersetzt: Entweder müssen es die vorgelegten Beweismittel der Komm ihrer Ansicht nach ermöglichen, eine Nachprüfung iSd Art 14 Abs 3 VO 17/62 anzuordnen, um gegen ein mutmaßliches Kartell zu ermitteln, oder (für den Fall, dass Nachprüfungen bereits eingeleitet wurden) ein Zuwiderhandeln gegen Art 81 EG festzustellen.³¹⁾

Für eine bloße Ermäßigung der Geldbuße müssen die vorgelegten Beweismittel hingegen einen „erheblichen Mehrwert“ gegenüber den bereits im Kommissionsbesitz befindlichen Beweismitteln haben.³²⁾

Neben einer klaren Unterscheidung zwischen Erlass der Geldbuße bei Selbstanzeige (Abschnitt A) und bloßer Ermäßigung bei sonstiger Zusammenarbeit (Abschnitt B) wurden zu jeder Fallgruppe detaillierte Verfahrensvorschriften erlassen.³³⁾ Darin wird dem Selbstanzeiger nunmehr auch zugesichert, dass er möglichst rasch, nämlich sobald die Komm die vorgelegten Beweismittel gesichtet hat, eine schriftliche Garantie – wenn auch nur in bedingter Form – über den Erlass der Geldbuße bekommt.³⁴⁾

Einen vollkommen neuen Anreiz bietet die sog Beweisvorlage in hypothetischer Form.³⁵⁾ Darunter ist eine anonym übermittelte Aufstellung der Beweismittel zu verstehen, die das Unternehmen zu einem späteren Zeitpunkt vorlegen könnte.³⁶⁾ Damit wird nervösen potenziellen Selbstanzeigern die Möglichkeit gegeben, abzuklären, ob ein Erlass der Geldbuße in ihrem Fall überhaupt (noch) in Frage komme.³⁷⁾

Dass die aktuelle Mitteilung eine wesentliche Verbesserung und Effektivitätssteigerung des europäischen Kronzeugenprogramms herbeigeführt hat, ist weitgehend unbestritten; die rasant angestiegenen Selbstanzei-

in the Anitrust Devison's Criminal Enforcement Program (2004) 7 ff, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.pdf>

21) *Hammond*, Cornerstones of an Effective Leniency Program 14 ff, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>

22) Vgl Abschn B der Mitteilung 1996.

23) *Van Barlingen*, The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation, Competition Policy Newsletter 2/2003, 16 (16).

24) Und nicht etwa „die“ entscheidende Rolle.

25) Zu der damit verbundenen Problematik, dass dadurch gerade jene Kartellmitglieder, die – aufgrund ihrer entscheidenden Rolle im Kartell – die entscheidenden Beweise liefern könnten, abgeschreckt wurden: *Winterstein* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht 425.

26) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? ECLR 2002, 378 (380 mwN).

27) *Winterstein* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 431; *Schneider*, Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht (2004) 132.

28) Aktuelle Mitteilung RN 5.

29) Aktuelle Mitteilung RN 11 c.

30) Dieses Kriterium ist sogar wesentlich günstiger für Selbstanzeiger als dessen Korrelat im US-amerikanischen Amnesty Program; dazu *Arp/Swaak*, A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice, ECLR 2003, 9 (13 f).

31) Aktuelle Mitteilung RN 8 ff.

32) Aktuelle Mitteilung RN 21.

33) Aktuelle Mitteilung RN 12–19 sowie RN 24–27.

34) Aktuelle Mitteilung RN 15; dies dauert idR nicht länger als ein paar Wochen (*Van Barlingen*, The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation, Competition Policy Newsletter 2/2003, 16 [16]).

35) Aktuelle Mitteilung RN 13 b.

36) Art und Inhalt der Beweismittel könne mit Hilfe von Kopien verdeutlicht werden, in denen sensible Informationen unkenntlich gemacht worden sind (aktuelle Mitteilung RN 13 b).

37) Vgl aktuelle Mitteilung RN 16.

gen bestätigen dies.^{38),39)} Dennoch bleibt genügend Angriffsfläche für Kritik:

- Auch die aktuellen Anforderungen an die vorgelegten Beweismittel belassen der Komm einen beträchtlichen Ermessensspielraum (wenn auch geringer als unter der Mitteilung 1996),⁴⁰⁾ indem das entscheidende Kriterium subjektiv formuliert wurde („... die es der Kommission ihrer Ansicht nach ermöglichen ...“).⁴¹⁾
- Ähnlich bleibt der für eine Ermäßigung der Geldbuße geforderte „erhebliche Mehrwert“ von Beweismitteln – trotz des Präziserungsansatzes in RN 22⁴²⁾ – zu ungenau.⁴³⁾
- Die Beweisvorlage in hypothetischer Form in der jetzigen Fassung verlangt zu konkrete Angaben, um verlässlich „hypothetisch“ zu bleiben.⁴⁴⁾
- Unverständlich ist, warum nicht eine dem US-amerikanischen „Amnesty Plus“ entsprechende Regelung aufgenommen wurde.⁴⁵⁾
- Problematisch bleibt nicht nur das Verhältnis von Geldbußenerlass oder -ermäßigung auf europäischer Ebene zu Geldbußen in nationalen Kartellverfahren,⁴⁶⁾ sondern auch – trotz Netzwerkbeachtmachung⁴⁷⁾ – generell die Frage der Zusammenarbeit⁴⁸⁾ im Rahmen von Kronzeugenprogrammen und der Umstand, bei allen in Frage kommenden Wettbewerbsbehörden separat Kronzeugenbehandlung beantragen zu müssen.⁴⁹⁾

Die Komm kündigte für das Jahr 2005 an, die Funktionsfähigkeit der aktuellen Mitteilung zu überprüfen.⁵⁰⁾ Es darf mit Spannung erwartet werden, ob die dabei gewonnenen Erkenntnisse zu weiteren Neuerungen führen werden.⁵¹⁾

D. Die österr Kronzeugenregelung

Bis dato enthielt lediglich § 143 KartG den Ansatz⁵²⁾ einer Kronzeugenregelung. Demnach war bei der Bemessung der Geldbuße ua auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen. Zu einer Selbstanzeige konnte eine solch simple Bemessungsvorschrift Kartellmitglieder freilich nicht anhalten.

Um in Zukunft von Selbstanzeigen profitieren zu können und die Aufdeckung von Kartellen zu erleichtern,⁵³⁾ wurde durch die Nov zum WettbG nunmehr auch in Österreich ein Kronzeugenprogramm eingeführt, das mit 1. 1. 2006 in Kraft trat. Die „eigentliche Kronzeugenregelung“ findet sich in § 11 Abs 3 WettbG, deren Durchführung gem § 11 Abs 4 WettbG durch ein von der BWB zu veröffentlichendes Handbuch näher darzulegen ist.⁵⁴⁾ Dieses Handbuch⁵⁵⁾ ist bereits seit Anfang November 2005 online⁵⁶⁾ und wird daher im Folgenden mitbehandelt.

1. Geldbußenerlass

Gem § 11 Abs 3 WettbG kann die BWB davon Abstand nehmen, die Verhängung einer Geldbuße gegen Unternehmer und Unternehmervereinigungen, die gegen § 1 KartG oder Art 81 Abs 1 EG verstießen, zu beantragen.⁵⁷⁾ Für einen solchen Geldbußenerlass kommen aber

38) *Commission, Report on Competition Policy 2004*, 37 ff, http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf; seit dem In-Kraft-Treten der aktuellen Mitteilung im Februar 2002 sind bei der Komm bis Ende September 2005 80 Anträge auf Geldbußenerlass und 79 Anträge auf Ermäßigung einer Geldbuße eingegangen (*Van Barlingen/Barennes*, The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice, Competition Policy Newsletter 3/2005, 66 [6]).

39) Für eine Übersicht zur aktuellen Entscheidungspraxis s zusätzlich zu dem in FN 38 angeführten Bericht: *Gruber*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, MRInt 2005, 11 (13 ff).

40) Dazu genauer *Arp/Swaak*, A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice, ECLR 2003, 9 (14).

41) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? ECLR 2002, 378 (384); *Ysewyn/Jordan*, Cashing in on Cartels, ECLR 2003, 235 (236).

42) Im Licht dessen und der einschlägigen Rsp schlägt *Winterstein* folgende Mehrwertskala vor: Den größten Mehrwert bringt die Vorlage von Originaldokumenten aus der Zeit des mutmaßlichen Verstoßes, gefolgt von im Rahmen einer förmlichen Erklärung des Unternehmens bekannt gegebenen Tatsachen sowie, mit dem geringsten Mehrwert, die Bekanntgabe vermuteter Ereignisse und Tatsachen (*Winterstein* in *Schröter/Jakob/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht 435).

43) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? ECLR 2002, 378 (384); für jüngste Interpretationshilfen s *Van Barlingen/Barennes*, The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice, Competition Policy Newsletter 3/2005, 6 (13 ff).

44) *Ysewyn/Jordan*, Cashing in on Cartels, ECLR 2003, 235 (236 f).

45) *Jephcott*, The European Commission's New Leniency Notice – Whistling the Right Tune? ECLR 2002, 378 (384); *Ysewyn/Jordan*, Cashing in on Cartels, ECLR 2003, 235 (237).

46) *Ysewyn/Jordan*, Cashing in on Cartels, ECLR 2003, 235 (237).

47) Bekanntmachung der Komm über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABI 2004 C 101/43 (im Folgenden: „Netzwerkbeachtmachung“).

48) Dazu *Blake/Schnichels*, Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht, EuZW 2004, 551.

49) *Soltész*, Der „Kronzeuge“ im Labyrinth des ECN – Zur Behandlung von Leniency-Anträgen im Netzwerk der Kartellbehörden, WuW 2005, 616; *Klees*, „One stop shop“ bei Anträgen auf Kronzeugenbehandlung in Europa? EuZW 2005, 449; da dieser Aspekt für einen Vergleich der inhaltlichen Ausgestaltung von Kronzeugenprogram-

men nur zweitrangig ist, kann hier auf Detailprobleme nicht näher eingegangen werden.

50) *Commission, Report on Competition Policy 2004*, 188, http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2004/en.pdf

51) Am 22. 2. 2006 veröffentlichte die Komm einen Entwurf einer Neufassung der aktuellen Mitteilung womit durch Einfügung einer politischen Erklärung in RN 7 und einem Anhang (samt diesbezüglichem Verweis in RN 28) die Möglichkeit eröffnet werden soll, Unternehmenserklärungen in Verbindung mit einem Antrag auf Geldbußenerlass oder -ermäßigung auch in mündlicher Form abzugeben (s <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/leniency.html>). Dies soll künftig verhindern, dass diese Erklärungen in Schadenersatzverfahren gegen kooperierende Kartellmitglieder verwendet werden.

52) *Zehetner*, Das neue Kartellrecht, GeS 2002, 20 (25); *Auer/Urlesberger*, Kartellrecht⁶ 115.

53) ErläutRV 942 BlgNR 22. GP.

54) Dass damit eine ausreichende Festlegung von Verwaltungshandeln iSd Art 18 B-VG vorliegt, wird allerdings von mehreren Seiten bezweifelt (so zB *Gruber*, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 [536]).

55) Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11 Abs 3 WettbG („leniency program“), Dezember 2005, <http://www.bwb.gv.at/BWB/Service/Kronzeugenregelung/default.htm> (im Folgenden: „Handbuch“); die aktuelle Fassung unterscheidet sich von der erstveröffentlichten Fassung vom November 2005 lediglich in zwei Punkten: Die Liste der Voraussetzungen für eine Geldbußenminderung wurde um die – offenbar zuvor vergessene – Voraussetzung des § 11 Abs 3 Z 4 WettbG ergänzt. Außerdem wurde die Möglichkeit eingefügt, „auf begründeten Wunsch ... das Formblatt [Ersuchen um Vorgehen nach § 11 Abs 3 WettbG – Anhang zum Handbuch] auch im Rahmen einer Niederschrift bei der Bundeswettbewerbsbehörde“ auszufüllen.

56) Gemäß § 11 Abs 4 letzter Satz WettbG ist das Handbuch auf der Website der BWB zu veröffentlichen.

57) Die BWB hat allerdings weiterhin einen Antrag auf Feststellung und Abstellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zu stellen. Dazu *Gruber*, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 (536).

nur Unternehmer oder Unternehmervereinigungen in Betracht, „... die

1. ihre Mitwirkung an einer Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG 2005 oder Art 81 Abs 1 EGV eingestellt haben,

2. die Bundeswettbewerbsbehörde über diese Zuwiderhandlung informieren, bevor sie von dem Sachverhalt erfährt,

3. in der Folge uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde zwecks vollständiger Aufklärung des Sachverhaltes zusammenarbeiten und

4. andere Teilnehmer oder Unternehmervereinigungen nicht zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen haben.“

Aus den Voraussetzungen der Z 1, 3 und 4 wird sofort klar, welches Kronzeugenprogramm hier Vorbild war,⁵⁸⁾ stimmen diese doch inhaltlich weitgehend mit denen der aktuellen Mitteilung der Komm überein.

Zu begrüßen ist, dass zur Rolle des Selbstanzeigers im Kartell (Z 4) die klare Formulierung der aktuellen Mitteilung übernommen wurde.⁵⁹⁾ Der Ministerialentwurf⁶⁰⁾ sah noch eine breitere Ausnahme vor, indem „nicht führende Mitwirkung“ für den Geldbußenerlass vorausgesetzt wurde. Bei einer solchen Formulierung hätte man freilich denselben Fehler begangen, für den bereits die Mitteilung 1996 heftig kritisiert wurde.⁶¹⁾

Z 2 hingegen ist wesentlich enger gefasst als das europäische Korrelat:⁶²⁾ Sobald die BWB von der Zuwiderhandlung⁶³⁾ erfahren hat, kommt nur mehr eine Minderung der Geldbuße in Betracht; dies auch dann, wenn die BWB nicht über ausreichende Beweise für die Einleitung eines Verfahrens vor dem Kartellgericht verfügen sollte.⁶⁴⁾ Darüber hinaus wäre immer auch dann ein Erlass der Geldbuße ausgeschlossen, wenn die BWB über das Netzwerk der Wettbewerbsbehörden von einer Zuwiderhandlung erfahren hat.⁶⁵⁾ Zwar darf die BWB Informationen aus dem Netzwerk infolge eines Ersuchens um Kronzeugenbehandlung nicht als Grundlage für einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße verwenden (dazu unten), doch würde bei Selbstanzeige an die BWB nach Netzwerkinformation immer nur eine Minderung der Geldbuße in Betracht kommen, weil die BWB ja bereits von der Zuwiderhandlung erfahren hat.⁶⁶⁾ Ein solches Ergebnis ist mE systemwidrig, weil es zu einer Pattsituation führt: Einerseits kann die BWB ohne Selbstanzeige (oder Informationen aus anderen Quellen) keinen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße mehr stellen, andererseits werden Selbstanzeiger mangels Erlaussichten⁶⁷⁾ kaum Anzeige bei der BWB erstatten. Z 2 sollte daher entsprechend teleologisch reduziert werden.⁶⁸⁾

Ein weiterer Unterschied zur aktuellen Mitteilung liegt darin, dass Z 2 nicht die Vorlage von Beweismitteln, sondern bloß die Information über die Zuwiderhandlung verlangt. In der Praxis wird dies allerdings zum selben Ergebnis führen, weil spätestens im Rahmen der Kooperationspflicht iSv Z 3 vorhandene Beweismittel vorzulegen sind.

Diese Kooperationspflicht – die Voraussetzung der Z 3 – sieht die BWB nur dann als erfüllt an, wenn das Unternehmen während der Ermittlungen „in vollem Umfang, kontinuierlich und zügig“ mit der BWB zusammenarbeitet. Dabei hat das Unternehmen „alle in seinem Besitz befindlichen oder anderweitig verfügbaren Beweis-

mittel“ vorzulegen, jede „der vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes dienende Anfrage der Behörde zügig, wahrheitsgemäß und vollständig“ zu beantworten und die Tatsache seiner Zusammenarbeit vor den anderen Kartellteilnehmern geheim zu halten.⁶⁹⁾

Zu Z 1 verlangt die BWB schließlich, dass die Einstellung der Kartellteilnahme ausnahmslos im Einvernehmen mit der BWB erfolge, wobei die BWB Zeitpunkt und Modalitäten unter Berücksichtigung des Ablaufs der Ermittlungen so festlegen wird, dass deren Erfolg sichergestellt werde.⁷⁰⁾ Dass jedoch ein eigenständiger Ausstieg bei Vorliegen ausreichender Beweise den Selbstanzeiger um den Geldbußenerlass bringen soll, darf mE nicht möglich sein.

2. Geldbußenminderung

Weiß die BWB tatsächlich schon von der Zuwiderhandlung, so kann sie bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen des § 11 Abs 3 WettbG – also der Voraussetzungen der Z 1, 3 und 4 – eine geminderte Geldbuße beantragen. Dass der Ministerialentwurf keine weitere Regelung über Ausmaß und Kriterien der Bemessung einer Reduktion beinhaltet hatte, war bereits im Vorfeld auf

58) Zur Vorbildfunktion der aktuellen Mitteilung s ErläutRV 942 BlgNR 22. GP.

59) Vgl aktuelle Mitteilung RN 11 c.

60) 241/ME 22. GP, Download unter: http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00241/imfname_033904.pdf

61) Siehe dazu oben unter C.2.

62) Vgl aktuelle Mitteilung RN 8 ff.

63) Der Gesetzestext spricht hier ungenauerweise nur von „dem Sachverhalt“. Dies bezieht sich jedoch eindeutig auf die in Z 1 angesprochenen Zuwiderhandlungen gegen § 1 KartG 2005 oder Art 81 Abs 1 EG und verlangt somit das Wissen der BWB über das Vorliegen einer Absprache. Zwar könnte nach dem isoliert betrachteten Wortlaut der Z 2 bereits die bloße Kenntnis der BWB über die zB selben Preise für Leistungen verschiedener Wettbewerber (also der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt) einen Erlass der Geldbuße ausschließen, ohne dass die BWB von einer dahinter stehenden Preisabsprache wissen müsste, doch wäre bei einem solchen engen Verständnis ein Erlass kaum jemals erzielbar.

64) Offenbar anderer Auffassung: Gruber, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 (536); mE ist der Wortlaut der Z 2 – so bedauerlich es sein mag – eindeutig genug. Doch sollte in diesem Fall über das Kriterium des „Mehrwerts“ eine Reduktion der Geldbuße entsprechend großzügig (und nicht nur um 30% bis 50%) ausfallen.

65) Zum vorgesehenen Informationsaustausch s Art 11 f VO 1/2003 und die Netzwerkbekanntmachung RN 39 ff.

66) Dies könnte nur dadurch verhindert werden, dass bei Kartellen mit grenzüberschreitender Wirkung eine Selbstanzeige entweder zuerst bei der BWB oder spätestens zugleich bei allen Wettbewerbsbehörden eingebracht wird.

67) Dass eine Minderung der drohenden Geldbuße in der im Handbuch angekündigten Höhe von 30% bis 50% (dazu unten unter D.2.) hier ausreichenden Anreiz bieten kann, ist mE zu bezweifeln.

68) Hier könnte auch ein Anwendungsfall für Kapitel 5 des Handbuchs (Fälle, in denen die Voraussetzungen nach § 11 Abs 3 nicht [vollständig] erfüllt sind; dazu unten unter D.5.) vorliegen. Sollte – anstatt eines Erlasses – aber bloß eine Geldbußenminderung zugelassen werden, wäre die Minderung jedenfalls in einer entsprechenden Höhe (und nicht nur um 30% bis 50%) vorzunehmen.

69) Handbuch 3.

70) Handbuch 3; eine dadurch bedingte fortgesetzte Teilnahme nach Selbstanzeige ist auf europäischer Ebene nicht vorgesehen (gem RN 11 b der aktuellen Mitteilung ist die Teilnahme spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige einzustellen). Sie wird ua mit der Begründung abgelehnt, dass die Komm nicht selbst einer Rechtsverletzung Vorschub leisten kann und sich in einem solchen Fall Schadenersatzansprüchen aussetzen würde (vgl Winterstein in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht 426). Diese Forderung der BWB ist somit nicht unproblematisch. Darüber hinaus steht sie zeitgleichen Anträgen auf Kronzeugenbehandlung bei Komm und BWB entgegen.

Kritik gestoßen.⁷¹⁾ Wohl insb als Reaktion darauf dürfte der jetzige Abs 4 in § 11 WettbG eingefügt worden sein; verlangt doch das Gesetz vom Handbuch überwiegend Klarstellungen iZm der Minderungspraxis. So ist im Handbuch gem § 11 Abs 4 WettbG ua zu erläutern, wann die BWB eine geminderte Geldbuße beantragt und in welchem Ausmaß diese Reduktion erfolgt.

In Übereinstimmung mit den Schwellen der aktuellen Mitteilung legt das Handbuch folgende Minderungsrahmen fest:

- für das erste Unternehmen zwischen 30% und 50%;
- für das zweite Unternehmen zwischen 20% und 30%;
- und für jedes weitere Unternehmen bis zu 20%.⁷²⁾

Zur Bemessung der Reduktion schreibt § 11 Abs 4 WettbG vor, dass auf den Zeitpunkt der Abgabe der zusätzlichen Information und deren Mehrwert gegenüber der bereits bekannten Information abzustellen ist. Laut BWB ist der Mehrwert „das Ausmaß, in dem die vorgelegten Informationen oder Beweismittel aufgrund ihrer Eigenschaft und/oder ihrer Ausführlichkeit der Bundeswettbewerbsbehörde dazu verhelfen, den betreffenden Sachverhalt schlüssiger oder vollständiger, als es vorher möglich war, nachzuweisen.“⁷³⁾ Dabei wird – in Anlehnung an die europäische Praxis⁷⁴⁾ – die BWB „schriftlichen Informationen und Beweisen aus der Zeit des nachzuweisenden Sachverhaltes einen größeren Wert beimessen als solchen, die zeitlich später einzuordnen sind. Ebenso werden Beweismittel, die den fraglichen Sachverhalt unmittelbar beweisen, höher eingestuft als jene, die nur einen mittelbaren Bezug aufweisen.“⁷⁵⁾ Schließlich kündigt die BWB an, in Einzelfällen bei außergewöhnlich großem bzw geringem Mehrwert auch Minderungen vorzunehmen, welche die oben genannten Minderungsrahmen über- bzw unterschreiten.⁷⁶⁾

3. Rechtsanspruch auf Kronzeugenbehandlung?

Der wohl größte Unterschied zum gemeinschaftsrechtlichen Kronzeugenprogramm liegt darin, dass das WettbG keinen Rechtsanspruch auf Geldbußenerlass oder -minderung gewährt (§ 11 Abs 3 WettbG spricht von „kann“).⁷⁷⁾ Ob die BWB von Abs 3 Gebrauch machen wird, hat sie dem kooperierenden Unternehmen auf dessen Verlangen in einer „rechtsunverbindlichen Mitteilung“ bekannt zu geben (§ 11 Abs 5 WettbG).⁷⁸⁾

Im Licht des oben unter B und C Gesagten könnte die daraus resultierende Rechtsunsicherheit potentielle Aussteiger von einer Selbstanzeige abhalten und ist daher als kontraproduktiv anzusehen.⁷⁹⁾ Allerdings gab die BWB bereits vor Veröffentlichung des Handbuchs zu eben dieser Frage eine schriftliche Stellungnahme⁸⁰⁾ ab, die den Fehler des Gesetzgebers offensichtlich ausmerzen sollte. Demnach habe die BWB ihrem eigenen Verständnis nach, „... wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für den ‚Kronzeugen‘-status erfüllt sind, kein Ermessen, ob sie beim Kartellgericht dennoch einen Geldbußenantrag stellt. Es ist auch gar nicht vorstellbar, dass das Kartellgericht im Falle eines solchen (schon im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde auszuschließenden) ‚Missgriffes‘ antragsgemäß tatsächlich eine Geldbuße verhängt. Die Bundeswettbewerbsbehörde hält daher die da und dort geäußerten Bedenken gegen

das Wörtchen ‚kann‘ für gegenstandslos: Selbstverständlich gibt es ‚Rechtssicherheit‘ – nicht mehr (und schon gar) nicht weniger als bei der Europäischen Kommission bzw beim Europäischen Gerichtshof.“

Somit dürfte wohl auch die „Rechtsunverbindlichkeit“ der Mitteilung nach § 11 Abs 5 WettbG als bloßer Ausdruck der Bedingung einer uneingeschränkten und zügigen Zusammenarbeit mit der BWB zu verstehen sein: Solange die BWB dem Unternehmen in einer Mitteilung nach § 11 Abs 5 WettbG mitgeteilt hat, von einem Geldbußenantrag Abstand nehmen zu wollen oder eine geminderte Geldbuße beantragen zu wollen, und das Unternehmen während des Verfahrens seiner Kooperationspflicht gem Z 3 nachkam, soll also die BWB – nach ihrem eigenen Verständnis – nicht von ihrer Ankündigung abweichen können.

4. BWB – BKartA

Grds richtet sich § 11 Abs 3 ff WettbG an die BWB. Wegen der Antragskompetenzen des Bundeskartellanwaltes (BKartA; s § 36 Abs 4 KartG nF) schreibt § 11 Abs 3 letzter Satz WettbG allerdings vor, dass die BWB den BKartA zu benachrichtigen hat, wenn sie keine oder eine geminderte Geldbuße beantragt.⁸¹⁾ Durch diese Benachrichtigung entfällt gem § 36 Abs 3 KartG nF die Berechtigung des BKartA, seinerseits einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße zu stellen.⁸²⁾ Das Kartellgericht wiederum darf keine höhere Geldbuße verhängen als beantragt (§ 36 Abs 2 KartG nF). →

71) ZB Ablasser-Neuherber/Flener dazu: „Dieses Kriterium ist sehr unspezifisch, so dass es wünschenswert wäre, hier konkreter zu wissen, welche Geldbußenmilderung zu erwarten ist. Dies würde voraussichtlich auch die Bereitschaft von Unternehmen steigern, an der Aufklärung eines grundsätzlich, aber noch nicht im Detail bekannten Sachverhaltes mitzuwirken.“ (Ablasser-Neuherber/Flener, Reform des österreichischen Kartellrechts: Begutachtungsentwurf der Kartellgesetznovelle 2005, WuW 2004, 254 [263]).

72) Handbuch 5.

73) Handbuch 5; hier ist die BWB offenbar großzügiger als von Hoffer/Barbist ursprünglich erwartet. Diese sahen – noch vor Veröffentlichung des Handbuchs – einen Mehrwert nur durch solche Beweismittel verwirklicht, die der BWB die Einleitung eines Verfahrens nach §§ 26 ff KartG oder zumindest die Durchführung konkreter Ermittlungen nach §§ 11 ff WettbG ermöglichen würden (Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht [2005] 109).

74) Siehe oben unter FN 42.

75) Handbuch 5.

76) Handbuch 6.

77) Tremmel, Die Kartellrechtsreform 2005, ÖBI 2005, 159 (164).

78) Mit der Begründung, dass eine unverbindliche Mitteilung keine Grundlage in der Bundesverfassung hat, ist Gruber offenbar der Auffassung, dass § 11 Abs 5 insoweit verfassungswidrig sein könnte (Gruber, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 [FN 31]).

79) Grunicke/Fellner, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, RdW 2005, 529 (532); ähnlich Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht 108; Gruber spricht sogar von einem „klaren Eigentor“ (Gruber, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 [537]).

80) Bundeswettbewerbsbehörde, Zum Thema „Kronzeuge“, Stellungnahme der BWB v 27. 7. 2005, <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/kronzeuge270705.htm>

81) Laut Handbuch wird die BWB den BKartA bereits von ihrer Absicht, nach § 11 Abs 3 WettbG vorzugehen, benachrichtigen; schon damit soll die Berechtigung des BKartA auf Beantragung einer Geldbuße entfallen (Handbuch 6).

82) Aus Vorsichtsgründen schlagen Hoffer/Barbist vor, auch an den BKartA einen entsprechenden Antrag zu stellen (Hoffer/Barbist, Das neue Kartellrecht, 108). Dies geht mE jedoch zu weit: Die gesamte Konstruktion der Kronzeugenregelung schafft eine diesbezügliche Abhängigkeit des BKartA von der BWB. Ein eigenständiges Anwenden des § 11 Abs 3 (und damit auch eine eigenständige Prüfung der einzelnen Kriterien des Abs 3) durch den BKartA ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Nicht geregelt ist aber, was mit einem Antrag des BKartA zu geschehen habe, der vor Benachrichtigung, aber nach Kontaktaufnahme des ehemaligen Kartellmitglieds mit der BWB gestellt wurde. Um den Schutz der Kronzeugenregelung nicht zu konterkarieren, wird der BKartA einen solchen Antrag wohl nach Erhalt der Benachrichtigung wieder zurückziehen müssen.⁸³⁾

5. Kronzeugenbehandlung außerhalb

§ 11 Abs 3 WettbG

Die BWB betont in Kapitel 5 ihres Handbuchs, dass sie auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen nach § 11 Abs 3 WettbG nicht (vollständig) erfüllt sind, von einem Geldbußenantrag Abstand nehmen oder nur eine geminderte Geldbuße beantragen könne. Ohne konkretere Ausführungen oder eine beispielhafte Aufzählung jener Fälle, welche die BWB hierbei vor Augen hatte, erscheinen diesbezügliche „Kooperationsgelüste“ von Kartellmitgliedern aber eher unwahrscheinlich.

Ein weiterer Unsicherheitsfaktor bei einem solchen Vorgehen außerhalb des § 11 Abs 3 WettbG liegt darin, dass ein von der BWB auf diese Weise zuerkannter Kronzeugenstatus keine Auswirkungen auf die Antragsbefugnis des BKartA haben kann. Um dieses Problem abzufedern, enthält das Handbuch eine Bemühungszusage der BWB, dass sie auch in einem solchen Fall den BKartA über die Gründe ihres Vorgehens informieren und auf ein einvernehmliches Handeln hinwirken werde.⁸⁴⁾

6. Europäisches Wettbewerbsnetz

Als abschließende verfahrensrechtliche Anordnung stellt § 11 Abs 6 WettbG klar, dass Informationen aus dem Netzwerk der Wettbewerbsbehörden infolge eines Ersuchens um Kronzeugenbehandlung nicht als Grundlage für einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße herangezogen werden dürfen.⁸⁵⁾ Dies entspricht der europäischen Netzwerkbekanntmachung,⁸⁶⁾ deren Grundsätze dadurch – mangels unmittelbarer normativer Wirkung der Bekanntmachung für MS⁸⁷⁾ – im österr Recht verankert werden.

7. Was fehlt

Zu einem großen gemeinsamen Problem aller europäischen Kronzeugenprogramme wird leider geschwiegen: Derzeit muss mit jeder in Betracht kommenden nationalen Wettbewerbsbehörde und der Komm jeweils separat Kontakt aufgenommen werden, um unter dem jeweiligen Regime in den Genuss des Kronzeugenstatus zu kommen. Während die damit zusammenhängenden verfahrensrechtlichen Fragen eher auf europäischer Ebene⁸⁸⁾ zu lösen sind, wäre eine Klarstellung darüber, inwieweit die von anderen MS oder der EU verhängten Geldbußen bei der Bemessung der Geldbuße nach österr Recht zu berücksichtigen seien,⁸⁹⁾ wünschenswert gewesen. So sieht etwa die britische Regelung vor, dass Geldbußen, die von anderen MS oder der EU verhängt wurden, bei der Bemessung der zu verhängenden Geldbuße zu berücksichtigen sind.⁹⁰⁾

Ausgelassen wurde leider auch eine explizite Regel über eine Informationsvorlage in hypothetischer Form, wie in RN 13b der aktuellen Mitteilung vorgesehen. Hier bleibt auf die Kooperationsbereitschaft der BWB

zu hoffen, anonyme Anfragen – soweit möglich – eindeutig zu beantworten.

Jedenfalls bedauernd ist, dass keine dem US-amerikanischen „Amnesty Plus“ vergleichbare Bestimmung aufgenommen wurde. Unternehmen, die bereits Gegenstand eines laufenden Verfahrens sind, können leichter dazu veranlasst werden, auch Informationen zu weiteren Absprachen, an denen sie beteiligt sind, preiszugeben. Wie auf europäischer Ebene haben auch der österr Gesetzgeber und die BWB⁹¹⁾ die Chance auf solche Informationen vorerst vergeben.⁹²⁾

Schließlich schweigt der Gesetzgeber zur allfälligen Strafbarkeit kartellrechtswidriger Absprachen bei Vergabeverfahren nach § 168b StGB, womit die Kronzeugenregelung gegen Strafen nach dieser Bestimmung keinen Schutz bieten kann.⁹³⁾

E. Abschließende Bemerkung

Grds ist die Einführung einer Kronzeugenregelung in das österr Kartellrecht zu begrüßen.⁹⁴⁾ Auf EU-Ebene wird das Leniency-System der aktuellen Mitteilung mittlerweile als wichtigstes Ermittlungsinstrument der Komm im Kampf gegen Kartelle bezeichnet.⁹⁵⁾ Ob dem österr Korrelat ähnliche Bedeutung zukommen wird, ist derzeit allerdings fraglich.⁹⁶⁾

Abgesehen vom Fehlen gesetzlicher Rahmenbedingungen für eine hypothetische Informationsvorlage und einer „Amnesty Plus“-Regel, enthält § 11 Abs 3 ff

83) *Ablasser-Neuher/Flener*, Reform des österreichischen Kartellrechts: Begutachtungsentwurf der Kartellgesetznovelle 2005, WuW 2004, 254 (263).

84) Handbuch 7.

85) Die Befugnis der BWB, Ermittlungen aufgrund von Informationen aus anderen Quellen als dem Netzwerk der Wettbewerbsbehörden einzuleiten und auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse insb Anträge auf Verhängung einer Geldbuße zu stellen, bleibt unberührt (§ 11 Abs 6 zweiter Satz).

86) Netzwerkbekanntmachung RN 39ff.

87) Deshalb wurde die Einhaltung der Regeln der Netzwerkbekanntmachung durch Verpflichtungserklärungen der nationalen Wettbewerbsbehörden abgesichert (vgl Netzwerkbekanntmachung RN 42 und 72).

88) Siehe dazu insb die Literatur oben unter FN 49.

89) Zum Problem der Doppelbestrafung s *Soltész*, Der „Kronzeuge“ im Labyrinth des ECN – zur Behandlung von Leniency-Anträgen im Netzwerk der Kartellbehörden, WuW 2005, 616 (622ff); *Soltész/Marquier*, Hält „doppelt bestraft“ wirklich besser? – Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden, EuZW 2006, 102.

90) Section 38(9) Competition Act sowie Office of Fair Trading's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty, OFT 423, 2.20.

91) Zwar könnte hier Kapitel 5 des Handbuchs angewendet werden. Doch um „nervösen“ Unternehmen einen entsprechenden Anreiz zu geben, wäre zumindest ein geeigneter Hinweis im Handbuch notwendig.

92) Als Vorbild hätte hier nicht nur das „Amnesty Program“ der USA dienen können. Auch das britische Leniency Regime enthält eine solche Regelung (Office of Fair Trading's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty, OFT 423, 3.16, 17).

93) Siehe dazu auch *Hummer*, Kronzeugen – ein neues Zeitalter der Kartellbekämpfung, *ecolex* 2006, 11 (13f).

94) Ebenso: *Ablasser-Neuher/Flener*, Reform des österreichischen Kartellrechts: Begutachtungsentwurf der Kartellgesetznovelle 2005, WuW 2004, 254 (263); *Grunicke/Fellner*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, RdW 2005, 529 (532); *Bundeswettbewerbsbehörde*, Zum Thema „Kronzeuge“, Stellungnahme der BWB v 27. 7. 2005, <http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/kronzeuge270705.htm>

95) So zB *Soltész*, Der „Kronzeuge“ im Labyrinth des ECN – Zur Behandlung von Leniency-Anträgen im Netzwerk der Kartellbehörden, WuW 2005, 616 (616).

96) Ähnlich *Gruber*, Die neue Kronzeugenregelung im Kartellrecht, RdW 2005, 535 (537).

WettbG einige Unsicherheiten für potentielle Selbstanzeiger. Insb besteht nach dem Gesetzeswortlaut kein Anspruch auf Kronzeugenbehandlung. Auch das Handbuch der BWB hat in mehreren Bereichen nicht die erhoffte Klärung gebracht. So herrscht selbst bei der zwischen Erlass und bloßer Reduktion der Geldbuße entscheidenden Voraussetzung der Z 2 weiterhin erheblicher Auslegungsbedarf. Außerdem vermag der Kronzeugenstatus nach WettbG eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 b StGB nicht zu verhindern.

In den USA gibt es seit 1978 ein Kronzeugenprogramm, auf europäischer Ebene seit 1996. Bedauerlicherweise haben bisher weder der österr Gesetzgeber noch die BWB die dortigen Erfahrungen bei der Ausgestaltung des Kronzeugenprogramms hinreichend berücksichtigt.

Inwieweit die österr Kronzeugenregelung dennoch ein wirksames Hilfsmittel bei der Aufdeckung geheimer

Abreden werden kann, liegt nun insb an der BWB. Es gilt, die Unsicherheiten der derzeitigen Regelung durch – für den Selbstanzeiger möglichst günstige – Auslegung sowie Transparenz bei der Umsetzung auszumerzen. Dass sich die BWB dieser Verantwortung durchaus bewusst ist, hat sie zwar mit ihrer Stellungnahme v 27. 7. 2005 bewiesen. Doch hätte sie ihr Handbuch in einigen Punkten ausführlicher gestalten können. Da die BWB gem § 11 Abs 4 im Handbuch die *Praxis der Durchführung*⁹⁷⁾ der Kronzeugenregelung darzulegen hat, bleibt auf eine baldige Überarbeitung⁹⁸⁾ zu hoffen.

97) Eine solche Praxis kann sich naturgemäß erst mit der tatsächlichen Anwendung herausbilden und weiterentwickeln (ErläutRV 942 BlgNR 22. GP). Insofern hat die BWB mit ihrer Veröffentlichung des Handbuchs vor In-Kraft-Treten des § 11 Abs 3 ff WettbG eigentlich eine Vorleistung erbracht.

98) Eine solche wird im Handbuch auch in Aussicht gestellt (Handbuch 1).

→ In Kürze

Mit der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 hat nunmehr auch Österreich eine Kronzeugenregelung für kooperierende Kartellmitglieder erhalten. Die internationale Entwicklung hat gezeigt, dass für die Effektivität solcher Programme Transparenz und Rechtssicherheit von höchster Bedeutung sind. Zwar sind die Bedingungen des WettbG für Geldbußenerlass und Geldbußenminderung jenen des Leniency-Programms der EU weitgehend nachgebildet, doch hat der österr Gesetzgeber in einigen Punkten die internationalen Erfahrungen nicht hinreichend berücksichtigt. Auch das von der BWB zu veröffentlichende Handbuch lässt derzeit mehrere Fragen offen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Veit Öhlberger, M.Jur. (Oxon) ist Rechtsanwaltsanwärter bei Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien. Kontaktadresse: Dr. Karl Lueger-Ring 10, 1010 Wien. Tel: (01) 533 47 95-413; Fax: (01) 533 47 97 E-Mail: veit.oehlberger@dbj.at, Internet: www.dbj.at

Links:

<http://www.usdoj.gov/atr>
<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/>
http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/
<http://www.bwb.gv.at/BWB/Service/Kronzeugenregelung>
<http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/kronzeuge270705.htm>

→ Literatur-Tipp



Petsche/Uriesberger/Vartian (Hrsg), KartG und wichtige Verordnungen (2006)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,
 Fax: (01) 531 61-455,
 E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

