

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum BWB-Entwurf

„Leitfaden Kronzeugen“

I. Einleitende Bemerkungen

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht („**Studienvereinigung**“) bedankt sich bei der Bundeswettbewerbsbehörde („**BWB**“), eine Stellungnahme zum Entwurf des „Leitfadens Kronzeugen“ („**Entwurf**“) abgeben zu dürfen.
- (2) Für die Verfassung der vorliegenden Stellungnahme haben wir eine Arbeitsgruppe gebildet, der folgende Personen angehörten: Astrid Ablasser-Neuhuber, Günter Bauer, Felix Frommelt, Isabella Hartung, Alexander Hiersche, Christina Hummer, Bernhard Kofler-Senoner, Martin Oder, Axel Reidlinger, William Redl, Lukas Reiter, Wolfgang Schäfer, Philipp Schaubach, Sebastian Schwab, Franz Stenitzer, Dieter Thalhammer, Stefan Wartinger und Johannes Willheim. Unsere Stellungnahme wurde sodann mit allen österreichischen Mitgliedern abgestimmt.
- (3) Für eine weitere Erörterung unserer Vorschläge stehen wir mit der BWB gerne zur Verfügung.

II. Anmerkungen zum Entwurf

- (4) Die Studienvereinigung begrüßt das Vorhaben der BWB, interessierten Unternehmen und deren Beratern im Sinne größtmöglicher Transparenz auch weiterhin einen Leitfaden an die Hand zu geben, in dem die wichtigsten Aspekte im Zusammenhang mit der Anwendung der Kronzeugenregelung zusammengefasst werden. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht hat sich die bisherige Anwendungspraxis der BWB bewährt und sollte – soweit möglich – fortgeschrieben werden. Die Kronzeugenregelung hat sich insgesamt als effektives Instrument zur Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen erwiesen.
- (5) Herausforderungen ergeben sich jedoch insbesondere aus den immer stärker werdenden Querbezügen zu anderen Rechtsgebieten. Zu nennen ist hier vor allem das Strafrecht und das Schadenersatzrecht. Aus Sicht der Studienvereinigung erweist sich das Zusammenspiel der unterschiedlichen Regelungsbereiche als verbesserungswürdig (darauf gehen wir an geeigneter Stelle noch näher ein). Hier besteht das Risiko, dass die Kronzeugenregelung insgesamt an Attraktivität – und damit als Instrument des öffentlichen Kartellrechtsvollzugs an „Schlagkraft“ – einbüßt. Der – im Leitfaden skizzierten – praktischen Handhabung der Kronzeugenregelung durch die BWB kommt vor diesem Hintergrund besondere Bedeutung zu. Die Studienvereinigung begrüßt zudem jede Initiative in Richtung des Gesetzgebers mit dem Ziel, ein im Hinblick auf eine funktionierende Kronzeugenregelung möglichst reibungsloses Zusammenspiel der unterschiedlichen Regelungsbereiche zu erreichen.

1. Abschnitt 3 – Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendung der Kronzeugenregelung

1.1 Einstellung der Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG 2005 oder Art 101 Abs 1 AEUV

- (6) Mit dem KaWeRÄG 2021 wurde in § 11b Abs 1 Z 1 WettbG die Klarstellung aufgenommen, dass die Fortführung der Zuwiderhandlung nach Auffassung der BWB unter

bestimmten Umständen erforderlich sein kann, um die Integrität ihrer Untersuchung zu wahren. Klarstellende Ausführungen im Leitfaden Kronzeugen zu diesen Umständen sind daher zu begrüßen.

- (7) Im Lichte der gesetzlichen Regelung ist es für die Anwendung der Kronzeugenregelung zunächst keine zwingende Voraussetzung, dass ein Unternehmen seine Mitwirkung an der Zuwiderhandlung bereits vor Antragstellung eingestellt hat. Sollte die Zuwiderhandlung aber nicht ohnehin schon bereits aus anderen Gründen eingestellt worden sein, scheint die Abstimmung mit der BWB bezüglich der Einstellung der Zuwiderhandlung in vielen Fällen ratsam. Sollte die BWB die Auffassung vertreten, dass die Fortführung der Zuwiderhandlung möglicherweise erforderlich sein könnte, so sollte im Rahmen des von der BWB anzuwendenden „vernünftigen Ermessens“ beachtet werden, dass die Fortsetzung für das betroffene Unternehmen schwerwiegende Konsequenzen in anderen Bereichen nach sich ziehen kann, insbesondere zivilrechtliche, strafrechtliche sowie vergaberechtliche.
- (8) Zur Verdeutlichung und näheren Erläuterung der Auslegung der gesetzlichen Rahmenbedingungen schlagen wir vor, dass unter Pkt I. im ersten Satz anstatt „*seine Mitwirkung an der (mutmaßlichen) Zuwiderhandlung eingestellt hat*“ – wie auch im bisherigen Handbuch zur Kronzeugenregelung¹ – von „*seine Mitwirkung an der (mutmaßlichen) Zuwiderhandlung einstellt*“ gesprochen wird. Auch die deutsche Regelung des § 81j Abs 1 Z 2 GWB wählt hier eine offene Formulierung und spricht von „*seine Beteiligung am Kartell unmittelbar nach Stellung des Antrags auf Kronzeugenbehandlung beendet, soweit nicht einzelne Handlungen nach Auffassung der Kartellbehörden möglicherweise erforderlich sind, um die Integrität ihrer Untersuchung zu wahren*“ (eigene Hervorhebung). Diese Formulierung entspricht auch den Harmonisierungsbestrebungen auf Unionsebene (siehe Art 19 lit a ECN+ Richtlinie²).
- (9) Aus Sicht der Studienvereinigung sind zudem Konstellationen denkbar, in denen eine rein passive Fortführung der Beteiligung nicht ausreichend sein könnte, um die volle Integrität der Untersuchung zu wahren. Es erscheint daher sinnvoll, den letzten Satz von Punkt I. vorsichtiger zu formulieren. Zu denken wäre etwa an folgende Formulierung: „*Die BWB wird bemüht sein, eine derartige Fortführung im Regelfall auf eine passive, gegenüber anderen Beteiligten den Schein wahrende Teilnahme zu beschränken.*“

1.2 Kooperationsverpflichtung

- (10) Die Studienvereinigung begrüßt zunächst, dass die BWB und der Bundeskartellanwalt bei der Ausarbeitung der VO Kronzeugen eng eingebunden waren, wie dies die Studienvereinigung in der Stellungnahme zum KaWeRÄG 2021 angeregt hatte.³
- (11) Festzuhalten ist, dass § 6 VO Kronzeugen in abstrakter Form zwar jene Anforderungen an die Kooperationspflicht abbildet, die im alten Handbuch zur Kronzeugenregelung der BWB bereits enthalten waren.⁴ Allerdings sind im Zuge der Übernahme der Anforderungen an die Kooperationspflicht eine Reihe von sinnvollen Erläuterungen

¹ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2018), Rz 9.

² Richtlinie (EU) 2019/1 vom 11.12.2018.

³ Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme zum KaWeRÄG 2021 vom 18. Mai 2021, Rz 125.

⁴ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2018), Rz 19 ff.

und Klarstellungen weggefallen, die für den Rechtsanwender im alten Handbuch der BWB hilfreich waren.

- (12) Die Studienvereinigung regt daher an, dass sich die BWB im Rahmen des Leitfadens Kronzeugen nicht darauf beschränkt, den (gegenüber dem alten Handbuch) teilweise reduzierten Text von § 6 VO Kronzeugen abzubilden. Vielmehr sollte der Leitfaden Kronzeugen auch in diesem Punkt dazu genutzt werden, für antragswillige Unternehmen über den Verordnungstext hinaus hilfreiche Klarstellungen zu treffen. Aus der Sicht der Studienvereinigung wären insbesondere zu folgenden Punkten zusätzliche Ausführungen zu begrüßen:
- *Zurverfügungstehen für die BWB*
- (13) Aus der Sicht der Studienvereinigung ist unklar, welche Verpflichtungen sich im Zusammenhang mit einem „Zurverfügungstehen für die BWB“ ergeben sollen, die über die Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts hinausgehen. Aus der Sicht der Studienvereinigung kann in diesem Punkte keine separate, zusätzliche Verpflichtung für Unternehmen bestehen. Eine Klarstellung in diesem Punkt wäre daher hilfreich.
- *Vorlage aller Informationen und Beweismittel*
- (14) Es entspricht der bisherigen Praxis der BWB und dem Wortlaut des Art 19 lit b (ii) ECN+ Richtlinie, dass ein antragstellendes Unternehmen ausschließlich „alle relevanten“ Informationen und Beweismittel vorzulegen hat, um der Kooperationspflicht zu genügen. Dies völlig zu Recht. Es kann nicht im Interesse der BWB sein, dass Unternehmen auch Informationen und Beweismittel vorlegen, die keinen zusätzlichen oder gar keinen Mehrwert mehr für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts bieten. Wenn der einer möglichen Zuwiderhandlung zugrundeliegende Sachverhalt durch die bereits vorgelegten Informationen und Beweismittel ohnehin in ausreichender Form belegt ist, kann eine Verpflichtung darüber hinausgehende Informationen ohne zusätzlichen Mehrwert bereitzustellen, weder zweckdienlich noch erforderlich sein.
- (15) Die Studienvereinigung regt daher an, im Leitfaden erläuternd festzuhalten, dass der Vorlageverpflichtung ausreichend genüge getan ist, wenn ein kooperationswilliges Unternehmen alle zur Beurteilung des Sachverhalts relevanten Informationen und Beweismittel vorgelegt hat.
- *Hinwirken darauf, dass Unternehmensmitarbeiter [...]*
- (16) Der diesbezüglich im Leitfaden Kronzeugen wiedergegebene Text der VO Kronzeugen („*Hinwirken darauf, dass Unternehmensmitarbeiter [...] von denen Informationen und Beweismittel erlangt werden können, mit der BWB zusammenarbeiten und dieser zur Verfügung stehen; zudem hat das ersuchende Unternehmen sämtliche relevanten Informationen und Beweismittel, die sich im Besitz eines Mitarbeiters befinden, zu erlangen bzw. zu sichern, bevor dieser aus dem Unternehmen ausscheidet.*“ – eigene Hervorhebung) muss im Sinne der Ausführungen in den Erläuterungen zur VO Kronzeugen eingeschränkt ausgelegt werden.⁵

⁵ Erläuterungen zur VO Kronzeugen, Zu § 6, aufrufbar unter: https://www.bmdw.gv.at/dam/jcr:425b04e9-9cb7-4eec-a208-050c921e555e/FINAL_VO%20Kronzeugen_Erl%C3%A4uterungen.pdf (zuletzt aufgerufen am 3.6.2022).

- (17) So sprechen die Erläuterungen zur VO Kronzeugen lediglich davon, dass sich ein kooperierendes Unternehmen „*sofern notwendig*“ um die Beschaffung und Vorlage weiterer Informationen von (auch ehemaligen) Mitarbeitern „*bemühen muss*“. Diese Verpflichtung darf laut den Erläuterungen zur VO Kronzeugen auch nicht dazu führen, dass vom kooperierenden Unternehmen „*ungebührlicher Druck ausgeübt wird*“. Die Studienvereinigung ersucht daher die BWB diese einschränkenden Klarstellungen aus den Erläuterungen zur VO Kronzeugen klarstellend in ihrem Leitfaden Kronzeugen aufzunehmen.⁶
- *Vorlage eidesstattlicher Erklärungen*
- (18) Im alten Handbuch der BWB zur Kronzeugenregelung waren in diesem Zusammenhang zusätzliche Klarstellungen enthalten, die auch Eingang in den Leitfaden Kronzeugen finden sollten. Dies erscheint gerade im Lichte des überschießenden Wortlautes von § 6 VO Kronzeugen („*Vorlage eidesstattlicher Erklärungen von allen aktuellen Mitarbeitern [...]*“) in einem besonderen Maße geboten.
- (19) Das alte Handbuch der BWB hat festgehalten, dass bei Vorlage von eidesstattlichen Erklärungen auch das Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung zu beachten ist.⁷ Der bisherigen Praxis der BWB entsprechend sollte weiterhin die Übermittlung von eidesstattlichen Erklärungen von den als relevant identifizierten Mitarbeitern ausreichend sein. Im Zuge einer etwaigen Rücksprache mit der BWB könnte ohnehin noch einvernehmlich festgelegt werden, ob und von welchen Mitarbeitern zu welchen Themenbereichen sich das antragstellende Unternehmen, um zusätzliche eidesstattliche Erklärungen bemühen sollte. Damit kann weiterhin vermieden werden, dass auch absolute „Nebendarsteller“ unnötig involviert werden (und sich möglicherweise sogar als „Beschuldigte“ in etwaigen Strafverfahren verantworten müssen – siehe dazu auch die Ausführungen zu Abschnitt 5) und dass damit der Kreis der in die Aufarbeitung des Sachverhalts involvierten Mitarbeiter (auch aus Gründen des Geheimnisschutzes) auf einen sinnvollen Umfang beschränkt werden kann.
- (20) Diese wichtigen Klarstellungen sollten unseres Erachtens wiederum in den Leitfaden Kronzeugen aufgenommen werden.
- (21) Darüber hinaus gehen – wie bereits oben ausgeführt – auch die Erläuterungen zur VO Kronzeugen lediglich von einer Bemühenspflicht hinsichtlich der Beschaffung und Vorlage weiterer Informationen von (auch ehemaligen) Mitarbeitern aus.⁸ Folglich würde eine Vorlagepflicht von eidesstattlichen Erklärungen von allen aktuellen Mitarbeitern, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, im Widerspruch zu den Erläuterungen stehen.

⁶ Erläuterungen zur VO Kronzeugen, Zu § 6, aufrufbar unter: https://www.bmdw.gv.at/dam/jcr:425b04e9-9cb7-4eec-a208-050c921e555e/FINAL_VO%20Kronzeugen_Erl%C3%A4uterungen.pdf (zuletzt aufgerufen am 3.6.2022).

⁷ BWB, Handbuch der Bundeswettbewerbsbehörde zur Anwendung des § 11b Abs 1 bis 4 WettbG (Kronzeugenregelung) (2018), Rz 19 vierter Spiegelstrich und dazugehörige Fußnote 13.

⁸ Erläuterungen zur VO Kronzeugen, Zu § 6, aufrufbar unter: https://www.bmdw.gv.at/dam/jcr:425b04e9-9cb7-4eec-a208-050c921e555e/FINAL_VO%20Kronzeugen_Erl%C3%A4uterungen.pdf (zuletzt aufgerufen am 3.6.2022).

- Abgabe einer Einverständniserklärung für die Kontaktaufnahme zu anderen Wettbewerbsbehörden („Waiver“)
- (22) Die Studienvereinigung regt an, dass die BWB mit dem Leitfaden Kronzeugen einen „Muster-Waiver“ veröffentlicht, welcher vom antragstellenden Unternehmen - auf den jeweiligen Fall angepasst – verwendet werden kann.
- 1.3 Andere Unternehmer oder Unternehmervereinigungen wurden nicht zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen
- (23) Aus der Sicht der Studienvereinigung wäre es wünschenswert, wenn neben dem sehr allgemein gehaltenen Hinweis zusätzlich klargestellt wird, unter welchen Voraussetzungen die BWB davon ausgeht, dass ein Unternehmen ein anderes, unwilliges Unternehmen „erfolgreich“ zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen hat. Klar ist, dass die Annahme von „Zwang“ äußerst restriktiv zu handhaben ist und dass eindeutige Beweise vorliegen müssen, dass ein zunächst „unwilliges Unternehmen“ zur Teilnahme an einer kartellrechtswidrigen Zuwiderhandlung gezwungen worden ist. Die zur Anwendung gelangten Mittel des Zwangs müssen dabei erheblich sein und müssen über die Androhung rein wirtschaftlicher Nachteile weit hinausgehen.⁹

2. Abschnitt 4 – Geldbußenerlass

2.1 Zu Abschnitt 4, Einleitung, S 14

- (24) Der Entwurf führt zu Beginn des Abschnitts 4 im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut des § 11b Abs 1 WettbG aus, dass die BWB bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 11b Abs 1 WettbG von der Beantragung einer Geldbuße zur Gänze absehen „kann“.
- (25) Nach herrschender Auffassung verfügt die BWB jedoch über kein freies Ermessen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 11b Abs 1 WettbG für einen Geldbußenerlass erfüllt sind. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Unternehmen bei Erfüllung dieser gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Geldbußenerlass hat.¹⁰ Dementsprechend hält auch der Entwurf in Abschnitt 6.I (letzter Absatz) fest, dass die BWB bei Erfüllung der Voraussetzungen den Kronzeugenstatus „gewährt“ (und nicht bloß „gewähren kann“).
- (26) Die Studienvereinigung regt daher an, zu Beginn des Abschnitts 4 des Entwurfs – über eine Wiedergabe des Gesetzeswortlauts („kann“) hinausgehend – klarstellend festzuhalten, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 11b Abs 1 WettbG von der Beantragung einer Geldbuße abgesehen „wird“. Diese Klarstellung liegt auch im Interesse der Stärkung der Attraktivität des Kronzeugenprogramms.

⁹ Siehe dazu auch der Leitfaden des britischen Office for Fair Trading (2018) aufrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf (zuletzt aufgerufen am 3.6.2021).

¹⁰ Siehe *Lukaschek/Matousek* in *Petsche/Urleserberger/Vartian*, § 11 WettbG, Rn 61 (Kommentierung noch zur „alten“ Bestimmung in § 11 WettbG); und *Neumann* in *Thanner/Soyer/Hölzl*, Kronzeugenprogramme, 17 ff (insb S 17: „Eine nähere Interpretation kann dann aber letztlich zu dem Ergebnis führen, dass in Wahrheit von einem "Müssen" auszugehen ist. [...] Ist das Legalitätsprinzip anzuwenden, hat die BWB keinen Ermessensspielraum und ist bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen das „Kann“ als „Muss“ zu verstehen.“)

2.2 Zu Abschnitt 4.I, S 14

- (27) In zutreffender Weise verweist der Entwurf im Hinblick auf die Bewertung der übermittelten Informationen auf Abschnitt 6.I, wonach die BWB die übermittelten Unterlagen *ex ante* zu prüfen hat. Dieser Prüfmaßstab findet aus unserer Sicht auch bei der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen nach §11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG Anwendung. Die Studienvereinigung regt daher an, den Verweis auf Abschnitt 6.I betreffend den *ex ante*-Prüfmaßstab bereits in der Einleitung des Abschnitts 4 (dh vor den Unterabschnitten 4.I und 4.II) zu erwähnen.

2.3 Zu Abschnitt 4.II, S 15

- (28) Wenn die BWB bereits über ausreichende Informationen und Beweismittel verfügt, um eine Hausdurchsuchung nach § 12 WettbG zu beantragen, kann ein Unternehmen nach § 11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG einen Kronzeugenstatus iSv § 11b Abs 1 WettbG erlangen, wenn es „*als Erste[s] zusätzliche Informationen und Beweismittel vorleg[t], die es [der BWB] ermöglichen, unmittelbar einen begründeten Antrag nach § 36 Abs. 1a KartG 2005 vor dem Kartellgericht einzubringen*“. Gerade aufgrund der in der Praxis zunehmenden Bedeutung von Hausdurchsuchungen in Folge von teils anonymen Beschwerden nehmen Fallkonstellationen zu, in denen ein Unternehmen erst nach oder während einer Hausdurchsuchung ein Ersuchen um Kronzeugenbehandlung stellt.
- (29) Der Entwurf hält zutreffend fest, dass ein Unternehmen nach § 11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG höhere Anforderungen als nach § 11b Abs 1 Z 3 lit a WettbG erfüllen muss, um einen Kronzeugenstatus iSv § 11b Abs 1 WettbG zu erlangen. Nach Auffassung der Studienvereinigung bedarf die im Entwurf enthaltene Aussage, wonach ein Vorgehen nach §11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG voraussetzt, dass „*das Ermittlungsverfahren nicht mehr fortgeführt werden muss*“, jedoch einer Klarstellung.
- (30) Denn es kommt in der Praxis durchaus vor, dass die BWB dem ersuchenden Unternehmen (oder auch anderen kooperierenden Unternehmen) nach Einlangen des Ersuchens um Kronzeugenbehandlung noch Rückfragen übermittelt, um den Sachverhalt noch gründlicher aufzuarbeiten. In diesem Fall wird das Ermittlungsverfahren der BWB somit noch für ein gewisse Zeit fortgeführt, um diese Rückfragen abzuklären. Es wäre nicht sachgerecht (und entspricht auch nicht der bisherigen Praxis der BWB), wenn einem ersuchenden Unternehmen in diesem Fall kein Kronzeugenstatus iSv §11b Abs 1 WettbG (Geldbußenerlass) zukommt. Die Studienvereinigung regt daher diesbezüglich eine Klarstellung an, wonach die Fortführung des Ermittlungsverfahrens zur Klärung solcher Rückfragen und der finalen Aufarbeitung des Sachverhalts der Erlangung des Kronzeugenstatus iSv §11b Abs 1 WettbG nicht entgegen steht.
- (31) Der Entwurf führt überdies aus, dass ein Erlass der Geldbuße nach §11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG nicht in Betracht kommt, wenn die BWB bereits aufgrund des Ersuchens eines anderen Unternehmens nach § 11b Abs 1 WettbG beabsichtigt, davon Abstand zu nehmen, gegen dieses Unternehmen betreffend dieselbe mutmaßliche Zuwiderhandlung die Verhängung einer Geldbuße zu beantragen. Damit soll offenbar auch klargestellt werden, dass betreffend dieselbe Zuwiderhandlung nicht sowohl ein Geldbußenerlass nach §11b Abs 1 Z 3 lit a WettbG als auch nach §11b Abs 1 Z 3 lit b WettbG möglich sein soll, dh, dass es nicht zwei Kronzeugen iSv § 11b Abs 1 WettbG geben kann. Wenngleich der Wortlaut des § 11 Abs 1 Z 3 WettbG

eine parallele Anwendung der lit a und der lit b im selben Verfahren nicht ausschließt, begrüßt die Studienvereinigung dennoch die diesbezügliche Klarstellung der Rechtsauffassung der BWB im Entwurf.

3. Abschnitt 5 – Geldbußenermäßigung

- (32) Die VO Kronzeugen samt der Konkretisierung gem § 7 Abs 4 VO Kronzeugen („**Konkretisierung zu Geldbußenreduktionen**“) sehen nunmehr ein Marker-System auch für Anträge auf Geldbußenermäßigung vor (§ Abs 1 iVm § 2 Abs 2 VO Kronzeugen). Ein Ersuchen um Setzen eines Markers soll daher sowohl bei Ersuchen nach § 11b Abs 1 als auch Abs 2 WettbG möglich sein (vgl Erläuterungen zu § 3 VO Kronzeugen). Die Konkretisierung zu Geldbußenreduktionen soll als Anhang 3 Teil des Entwurfs sein.
- (33) Bei der Bestimmung des Umfangs der jeweiligen Reduktion innerhalb der jeweils anzuwendenden Bandbreite stellt der Entwurf auf den Zeitpunkt der Abgabe der zusätzlichen Informationen und Beweismittel sowie das Ausmaß des Mehrwerts gegenüber den bereits bekannten Informationen und Beweismitteln ab. Dies entspricht den gesetzlichen Bestimmungen des § 11b Abs 2 WettbG sowie § 7 Abs 2 VO Kronzeugen und ist mit der bisherigen Anwendungspraxis der BWB konsistent.
- (34) Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht kommt jedoch der Frage, ob bei einer kooperationsbedingten Geldbußenreduktion an eine ausschließlich formale Marker-Reihenfolge angeknüpft werden soll, oder aber an den Zeitpunkt, zu dem ein Unternehmen tatsächlich erheblichen Aufklärungsmehrwert leistet, große Bedeutung für Unternehmen und die Effizienz des Kronzeugenprogramms zu. Speziell der Fall, in dem etwa ein drittes kooperierendes Unternehmen zeitlich nur knapp hinter dem zweiten kooperierenden Unternehmen einen Marker setzt, im Anschluss daran jedoch etwa zeitlich vor dem zweiten Unternehmen tatsächlich Informationen und Beweismittel vorlegt (bevor dieses innerhalb der von der BWB gesetzten Frist seinen Marker ergänzt), sollte bedacht werden.
- (35) Nach der Lesart der Studienvereinigung Kartellrecht hat die BWB in der Konkretisierung zu Geldbußenreduktionen diese Thematik bereits insofern aufgegriffen, als die Bestimmung des Umfangs der Reduktion letztlich immer auch das Ergebnis einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls sei, und zwar „unabhängig vom zeitlichen „Rang“ durch Setzung eines Markers“ (Z 4 des Anhangs 3 des Entwurfs). Aus Konsistenzgründen sollte diese durchaus wichtige und von der Studienvereinigung Kartellrecht zu begrüßende Ergänzung auch im zweiten Absatz des ersten Unterkapitels („Begriff des Mehrwerts“) sowie im zweiten Absatz des zweiten Unterkapitels („Ermäßigungsbandbreite“) des fünften Abschnitts (S 16f) aufgenommen werden, um die Kontinuität der Vollzugspraxis der BWB Rechnung zu tragen. Neben Konsistenzgründen spricht wie erwähnt die Effizienz des kartellrechtrechtlichen Kronzeugenprogramms für eine derartige Vorgehensweise; denn je größer das Risiko für Unternehmen ist, keine Geldbußenreduktion selbst bei größten Anstrengungen zu erreichen, desto weniger Unternehmen könnten sich für eine Kooperation entscheiden. Ein solcher Zustand sollte nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht auch vor dem Hintergrund des so wichtigen „Ineinandergreifens“ mit der strafrechtlichen Kronzeugenregelung des § 209b StPO vermieden werden.
- (36) Um der oben dargestellten Herausforderungen im Zusammenhang mit dem neu eingeführten Marker-System bei Geldbußenreduktionen nach § 11b Abs 2 WettbG zu

begegnen, kommt insbesondere auch der Handhabung des „*außergewöhnlich bedeutenden Mehrwerts*“ (S 17 des Entwurfs) durch die BWB eine besondere Bedeutung zu. Die in Unterabschnitts II des 5. Abschnitts enthaltenen Kriterien – insbesondere das Abstellen auf den „*sehr frühen Zeitpunkt*“ der Vorlage von Informationen und Beweismitteln im Ermittlungsverfahren – erlauben eine flexible, an den konkreten Fall angepasste, Handhabung durch die BWB zu Gunsten von kooperierenden Unternehmen und damit zu Gunsten eines effektiven Kronzeugenprogramms.

- (37) Die Studienvereinigung Kartellrecht erlaubt sich zudem darauf hinzuweisen, dass mit der Etablierung des Marker-Systems auch im Anwendungsbereich des § 11b Abs 2 WettbG gewisse Notwendigkeiten der Gleichbehandlung von Unternehmen einhergehen, die Gegenstand von Ermittlungen der BWB sind. So kommt etwa dem konkreten Zeitpunkt der Durchführung einer Hausdurchsuchung insofern erhebliche Bedeutung zu, als dem Unternehmen, bei dem als erstes eine Hausdurchsuchung durchgeführt wird, ein (für die anderen betroffenen Unternehmen) nicht mehr aufzuholender Vorsprung zukommen würde, sofern sofort ein Marker gesetzt wird.
- (38) Die im dritten Unterabschnitt (S 18) enthaltene Klarstellung, wonach die Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms ein Settlement nicht ausschließt, sondern vielmehr beide Instrumente gemeinsam zur Anwendung finden können, steht mit dem europäischen Kartellrechtsregime in Einklang und ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht im Sinne der oben erwähnten Kontinuität der Vollzugspraxis der BWB zu begrüßen. Um Missverständnissen vorzubeugen, regt die Studienvereinigung Kartellrecht zusätzlich an, im ersten Satz des dritten Unterabschnitts eine Klarstellung / Ergänzung aufzunehmen, aus der hervorgeht, dass die einvernehmliche Verfahrensbeendigung (Settlement) nicht bloß für Unternehmen, die für eine geminderte Geldbuße gemäß § 11b Abs 2 WettbG in Betracht kommen, zur Verfügung steht, sondern vielmehr für alle Unternehmen, unabhängig davon, ob die Kronzeugenregelung in Anspruch genommen wird.

4. Abschnitt 6 – Verfahren

- (39) Die Änderungen im Kapitel zum „Verfahren“ (Kapitel 6 des Entwurfs) sind im Vergleich zum entsprechenden Kapitel im alten Handbuch (dort Kapitel 5) großteils auf Anpassungen an die Vorgaben der VO Kronzeugen zurückzuführen. Die gegenständliche Stellungnahme gibt nicht all diese Anpassungen im Detail wieder, sondern beschränkt sich auf – aus Sicht der Studienvereinigung – besonders hervorzuhebende Änderungen und Aspekte.

4.1 Information über die Verfügbarkeit von Immunität durch die BWB

- (40) Gleich im ersten Absatz des 6. Kapitels führt die BWB iZm der (Erst-)Kontaktaufnahme eines Unternehmens zu einem (möglichen) Vorgehen nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG aus, dass die BWB „*hierbei jedoch keine Auskunft darüber [gibt], ob zu diesem Sachverhalt bereits ein Ersuchen um Kronzeugenbehandlung oder ein Marker gesetzt worden ist.*“ Im „alten“ Handbuch (Rz 29) war für den Fall der Kontaktaufnahme hingegen noch – im Einklang mit der Anwendungspraxis der Kommission – vorgesehen, dass „*eine vertrauliche Kontaktaufnahme – gegebenenfalls unter Wahrung der Anonymität des Unternehmens zur Abklärung der Verfügbarkeit von Immunität – zur Verfügung [steht]*“.

- (41) Der insofern im Entwurf zum Ausdruck kommende restriktivere Ansatz scheint aus Sicht der Studienvereinigung nicht zielführend und steht auch nicht im Einklang mit der bewährten Anwendungspraxis der Kommission und der BWB, die bisher Auskunft darüber gab, ob bereits ein Kronzeugenantrag gestellt wurde. Die Bereitschaft von Unternehmen, im Rahmen des Kronzeugenprogramms zu kooperieren, ist maßgeblich von den Aussichten des Unternehmens abhängig, vom Kronzeugenvorteil (Geldbußenerlass oder Geldbußenreduktion) tatsächlich profitieren zu können. Die im „alten“ Handbuch zum Ausdruck kommende Vorgehensweise, wonach Informationen über die Verfügbarkeit des Kronzeugenstatus vor Ersuchen um Vorgehen nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG eingeholt werden konnten, hat sich aus Sicht der Studienvereinigung bewährt und sollte beibehalten werden. Auch die Kommission informiert in ihrer Anwendungspraxis über die Verfügbarkeit von Immunität.¹¹
- (42) Aus Sicht der Studienvereinigung wäre daher zu begrüßen, wenn Unternehmen im Fall einer ersten Kontaktaufnahme iZm einem möglichen Vorgehen nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG weiterhin über die Verfügbarkeit des Kronzeugenstatus informiert würden oder zumindest die bisherige Praxis fortgeführt würde, wonach Auskunft darüber erteilt wird, ob bereits ein Kronzeugenantrag gestellt wurde. Die Vorhersehbarkeit ist gerade auch aufgrund möglicher strafrechtlicher Implikationen von besonderer Bedeutung, die mit dem Erhalt (oder Nicht-Erhalt) des Kronzeugenstatus einhergehen und denen im Rahmen der Abwägung erhebliche Bedeutung zukommt.
- (43) Ohne entsprechende Information kontaktaufnehmender Unternehmen droht hier die Gefahr, dass Unternehmen schlicht deshalb kein Ersuchen nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG stellen, weil sich die Wahrscheinlichkeit, vom Kronzeugenvorteil zu profitieren, gar nicht abschätzen lässt. Gerade vor dem Hintergrund des zusätzlich eingeführten Markersystems auch für nachgereichte Unternehmen, wird hier aus Sicht der Studienvereinigung die Bürde der Überzeugung von Unternehmen, einen Kronzeugenantrag zu stellen, übergroß, wenn sich nicht abschätzen lässt, welche Position das Unternehmen im Kronzeugenverfahren einnehmen würde. Hier hat sich das „Ausloten“ der Verfügbarkeit des Kronzeugenstatus bisher – insbesondere auch zur Leistung unternehmensinterner „Überzeugungsarbeit“ zugunsten eines Kronzeugenanspruchs – bewährt. Ohne entsprechende Information drohen nach Auffassung der Studienvereinigung negative Auswirkungen auf die Bereitschaft von Unternehmen, nach § 11b Abs 1 oder 2 WettbG vorzugehen, was letztlich im Allgemeinen für den öffentlichen Kartellrechtvollzug hinderlich sein könnte.
- (44) Auch ist nicht ersichtlich, welcher Nachteil mit einer entsprechenden Information einhergehen würde. Zwar ist (theoretisch) denkbar, dass ein kontaktaufnehmendes Unternehmen nach erfolgter Auskunft der BWB, wonach der Kronzeugenstatus noch verfügbar ist, keinen Kronzeugenantrag stellt und dementsprechend ein Verfahren nicht „in Gang“ gesetzt wird. Allerdings spiegelt sich gerade in einer Kontaktaufnahme mit der BWB durch ein Unternehmen bereits ein konkretisiertes Interesse des Unternehmens wider, vom Kronzeugenvorteil Gebrauch zu machen. Ein Absehen von der Stellung eines Kronzeugenanspruchs im Falle der Rückmeldung, dass der Kronzeugenstatus noch verfügbar ist, scheint daher in Anbetracht der bereits bis zur

¹¹ Vgl das „Anti Trust Manual of Procedure“ der Kommission, Abschnitt 9, Rz 21 f.

Kontaktaufnahme fortgeschrittenen, konkreten Erwägungen eines Unternehmens unwahrscheinlich.

- (45) Auch im entgegengesetzten Fall einer Rückmeldung, dass bereits nach § 11b WettbG vorgegangen wird, erscheinen mögliche Nachteile für den öffentlichen Kartellrechtsvollzug (sehr) überschaubar. Dem Unternehmen ist dann allerdings bewusst, dass andere Unternehmen bereits kooperieren, und wird es demnach erwägen, ob es überhaupt noch Sinn macht, eine Defensivposition einzunehmen. Auch im Alternativszenario, dass die BWB – wie im aktuellen Entwurf vorgesehen – überhaupt keine Auskunft gibt, ist keineswegs gewiss, dass das Unternehmen ein Ersuchen um Kronzeugenbehandlung stellen würde.
- (46) Aus alledem überwiegen nach Auffassung der Studienvereinigung die Vorteile einer Information über die Verfügbarkeit des Kronzeugenstatus im Rahmen einer (Erst-)Kontaktaufnahme – aufgrund der grundsätzlich fördernden Wirkung auf die Bereitschaft von Unternehmen, nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG vorzugehen – deutlich die (möglichen) Nachteile. Eine Änderung des Entwurfs dahingehend, dass – wie im „alten“ Handbuch vorgesehen – eine (Erst-)Kontaktaufnahme mit der BWB zu Abklärung der Verfügbarkeit von Immunität möglich ist, wäre daher aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüßen und würde dem von der Kommission gehandhabten Modell entsprechen.

4.2 Ersuchen um Kronzeugenbehandlung und Marker

- (47) Hinsichtlich des Ersuchens um Kronzeugenbehandlung, das Setzen von Markern und die Stellung von Kurzanträgen ist der Leitfaden (naturgemäß) eng an die Vorgaben der VO Kronzeugen (insb §§ 2, 3, 4 und 5 VO Kronzeugen) angelehnt.
- (48) Hingewiesen sei allerdings darauf, dass auch im „Praxistipp“ auf S 20 des Entwurfs, wonach *„einem Unternehmen häufig nicht bekannt ist, ob es der BWB als Erster Informationen zu einem bestimmten Sachverhalt vorlegt oder nicht“*, der bereits oben kritisch gewürdigte Ansatz anklingt, wonach ein Unternehmen keine Informationen über die Verfügbarkeit des Kronzeugenstatus nach § 11b Abs 1 oder Abs 2 WettbG erhalten soll. Es sei idZ auf die bereits erfolgten Erwägungen verwiesen.
- (49) Die Marker-Grundsätze haben bereits durch die VO Kronzeugen insofern eine wesentliche Änderung erfahren, als in § 3 VO Kronzeugen der Anwendungsbereich für das Setzen von Markern über das erste Unternehmen hinaus auch auf die nachgereichten Unternehmen (isd § 11b Abs 2 WettbG) Anwendung finden soll. Auf diesen Umstand weist der Entwurf des Leitfadens auch ausdrücklich hin. Auf die Schwierigkeiten, die mit der Einführung eines Marker-Systems mit Blick auf, nach dem ersten Kronzeugen „nachgereichte“ Unternehmen (dh zB das Verhältnis vom „zweiten“ zum „dritten“ Unternehmen) einhergehen, wurde bereits in den Anmerkungen zu Abschnitt 5 hingewiesen, worauf an dieser Stelle verwiesen werden kann.

4.3 Mitteilung der BWB iZm einem Ersuchen um Kronzeugenbehandlung

- (50) Auch der Abschnitt über die Mitteilung der BWB iZm einem Ersuchen um Kronzeugenbehandlung wurde im Wesentlichen an die Vorgaben der VO Kronzeugen (insb § 8 VO Kronzeugen) bzw §11b Abs 3 WettbG angepasst.
- (51) Nach Auffassung der Studienvereinigung sollte zudem der „Praxistipp“ auf S 25 an den gesetzlichen Wortlaut des § 11b Abs 3 WettbG angepasst werden, wonach für

den Fall eines Ersuchens nach § 11b Abs 1 WettbG und dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen dafür, dieses als Ersuchen auf Ermäßigung nach § 11b Abs 2 WettbG „zu betrachten [ist]“.

5. Abschnitt 7 – Privilegierung von Mitarbeitern in der strafrechtlichen Verfolgung

- (52) Die Studienvereinigung hat bereits mehrfach die strafrechtliche Kronzeugenregelung im Zusammenhang mit Kartellfällen befürwortet (zuletzt im November 2021). Allerdings hat die bisherige Praxis gezeigt, dass die strafrechtliche Kronzeugenregelung nach wie vor ein deutlich geringeres Effizienz- und damit Attraktivitätsniveau im Vergleich zu den Kronzeugenregelungen im Kartellrecht auf nationaler bzw EU-Ebene hat. Aus Sicht der Praxis hat durch die Novellierung der StPO (BGBl I 243/2021) sogar eine Verschlechterung stattgefunden (dazu unten).
- (53) Erste Erfahrungswerte mit der strafrechtlichen Kronzeugenregelung aus einer geringen Zahl von Verfahren zeichnen aus Sicht der Studienvereinigung leider nur ein sehr durchwachsenes Bild, welches primär auf die nach wie vor verbesserungswürdige Rechtslage (§§ 209a, 209b StPO idgF) und auf die Ermittlungspraxis der WKStA auch bei Vorliegen einer Stellungnahme des Bundeskartellanwalts umfangreich vor einer Einstellung gemäß § 209b StPO zu ermitteln zurückzuführen ist.
- (54) Der im Entwurf vorliegende Leitfaden der BWB hat die geltende Rechtslage zu berücksichtigen, insofern sind die von der Studienvereinigung im folgenden aufgezeigten Probleme als Handlungsaufforderung aus der Praxis an den Gesetzgeber zu verstehen.
- (55) Die BWB ist bei der Förderung der Kronzeugenregelung sehr engagiert, aber bei allem Engagement von Behörden und Rechtsanwälten definiert der in Geltung stehende gesetzliche Rahmen, wie effizient und damit auch attraktiv eine Kronzeugenregelung tatsächlich in der Praxis gelebt werden kann. Hier hat die Studienvereinigung schon in ihren bisherigen Stellungnahmen Verbesserungspotential im § 209b StPO geortet, auf welches im Leitfaden stärker eingegangen werden sollte:
- (56) Vorhersehbarkeit: In der Beratungspraxis zeigt sich bedauerlicherweise, dass nicht ohne weiteres zur Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung geraten werden kann. Dies vor allem deshalb, weil die konkreten Folgen eines Kronzeugenantrages nach wie vor *ex ante* nur bedingt vorhersehbar sind. Kronzeugenanträge von Unternehmen im Zuge von Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden werden üblicherweise unter hohem zeitlichem Druck gestellt, weswegen die komplette Aufarbeitung aller kartell-, straf- und zivilrechtlichen Fragen der Mitarbeiter unter diesen Bedingungen vollumfänglich schwierig bis unmöglich ist, vor allem wenn Sachverhalte mitunter erst nach jahrelangen Ermittlungen mit hoheitlichen Mitteln komplett aufgeklärt werden, eine Einstellung des Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter jedoch nur bei „*Offenlegung des gesamten Wissens über die eigenen Taten und anderer Tatsachen erfolgen kann*“ (§ 209b Abs 2 StPO).
- (57) Stärkere Fokussierung auf die Mitwirkung des einzelnen Mitarbeiters: Die durch das BGBl I 243/2021 in § 209b StPO eingeführte stärkere Fokussierung auf das „*Gewicht des Beitrags des Unternehmens zur Aufklärung einer Zuwiderhandlung im Sinne von § 11b Abs. 1 Z 3 Wettbewerbsgesetz und die aktive Mitwirkung der einzelnen Mitarbeiter...*“ (§ 209b Abs 1 StPO idgF) verstärkt die Unvorhersehbarkeit. In der

Stellungnahme der Studienvereinigung vom November 2021 wurde bereits kritisiert, dass es im Unterschied zur vorher geltenden Fassung des § 209b zu Situationen kommen kann, wo Mitarbeiter mit nur einem geringen Beitrag zur Aufklärung nicht von § 209b profitieren können und damit ein zusätzliches Unsicherheitsmoment für Mitarbeiter von Kronzeugen entsteht. Es wäre hilfreich, wenn die BWB hier weitere Kriterien hinsichtlich der notwendigen aktiven Mitwirkung der einzelnen Mitarbeiter in ihren Leitfaden aufnehmen könnte.

- (58) Lange Ermittlungsdauer: Parallel geführte Ermittlungen von Strafverfolgungs- und Wettbewerbsbehörden führen dazu, dass ein Sachverhalt gleich von mehreren Behörden ermittelt wird. Dies hat bisher dazu geführt, dass eine Einstellung unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung gemäß § 209b StPO trotz Vorliegen einer positiven Stellungnahme des Bundeskartellanwalts gemäß § 209b Abs 1 bis zum Abschluss der Ermittlungen auch bei der Staatsanwaltschaft noch Jahre dauern kann (insbesondere wenn auch Weisungen zu berücksichtigen sind), obwohl die Entscheidung, ob es unverhältnismäßig wäre Mitarbeiter zu verfolgen beim Bundeskartellanwalt liegt (§ 209b Abs 1).
- (59) Amtshilfe – Zugang zu Kronzeugenerklärungen: Die Praxis hat gezeigt, dass im Wege der Amtshilfe auch vertrauliche Kronzeugenerklärungen übermittelt werden, welche auch Aufnahme in einen Strafakt, der wiederum der Akteneinsicht unterliegt, finden können, wodurch Zugang zu diesen vertraulichen Kronzeugenerklärungen erlangt werden kann. Auch dadurch können potentielle Kronzeugen abgehalten werden, einen Kronzeugenantrag zu stellen. Aus Sicht der Studienvereinigung steht dies im Widerspruch zu Art 23 ECN+ - Richtlinie und den Schutzbestimmungen des § 39 Abs 2 KartG (siehe in diesem Zusammenhang auch unsere Anmerkungen zu Abschnitt 8).
- (60) Die Studienvereinigung Kartellrecht regt daher zur Attraktivierung der strafrechtlichen Kronzeugenregelung einen Workshop mit BWB, Bundeskartellanwalt, WKStA sowie der Studienvereinigung Kartellrecht an, damit die praktischen Probleme der bisherigen Vollzugspraxis von § 209b StPO von allen Stakeholdern gemeinsam evaluiert werden können und konkrete Vorschläge an den Gesetzgeber zur Verbesserung dieser wichtigen Bestimmung erstellt werden können. Dies im Hinblick darauf, dass die Studienvereinigung Kartellrecht überzeugt ist, dass eine attraktive Kronzeugenregelung auch im Strafrecht die Entscheidung als Kronzeuge zu fungieren deutlich erleichtern würde und damit die verschiedenen Kronzeugenregelungen im Kartell- und Strafrecht noch zahlreicher in Anspruch genommen werden.

6. Abschnitt 8 – Die Privilegierung des Kronzeugen und der Kronzeugenerklärung im kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren

- (61) Zutreffend stellt der Leitfaden klar, dass Kronzeugenprogramme ein wichtiges Instrument der öffentlichen Rechtsdurchsetzung sind. Die Studienvereinigung begrüßt daher auch die Klarstellung, dass *„Anreize und Schutzmechanismen für Unternehmen, welche eine entsprechende Antragstellung erwägen, [...] vollumfänglich und rechtssicher gewahrt sein [müssen]“*. Diese Zielsetzung steht auch zweifellos im Einklang mit der ECN+ RL, welche in Erw-Gr 72 Folgendes festhält: *„Das Risiko, dass Material, mit dem sich Unternehmen, die einen Antrag auf Kronzeugenbehandlung stellen, selbst belasten, außerhalb der Untersuchung, für die es übermittelt wurde, offengelegt wird,*

könnte bedeuten, dass die Anreize zur Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden für potenzielle Antragsteller an Wirkungskraft einbüßen.“

- (62) Die Studienvereinigung Kartellrecht vertritt ausgehend davon den Standpunkt, dass Kronzeugenerklärungen (und Vergleichsausführungen) in keinem anderen Verfahren als jenem, in dem der Kronzeuge selbst Partei ist, verwendet werden dürfen. Gleichermäßen verbietet sich eine Weitergabe solcher Unterlagen an die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Amtshilfe (siehe dazu schon die Anmerkungen zu Abschnitt 7). Dies geht auch aus den innerstaatlichen Umsetzungsvorschriften hervor. Dies umfasst naturgemäß auch Unterlagen, die in einem besonderen sachlichen Zusammenhang zu Kronzeugenerklärungen stehen (etwa Untersuchungsberichte oder Eidesstattliche Erklärungen in/für Kronzeugenerklärungen).
- (63) § 39 Abs 2 KartG regelt Folgendes: *„In die Akten des Kartellgerichts können am Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen. In eine Kronzeugenerklärung (§ 37b Z 4) oder Vergleichsausführung (§ 37b Z 5) kann neben den Amtsparteien **nur ein als Partei beteiligter Unternehmer** oder eine solche Unternehmervereinigung und auch dies nur für Zwecke der Ausübung seiner bzw. ihrer **Verteidigungsrechte in dem betroffenen Verfahren** Einsicht nehmen“* [Hervorhebung hinzugefügt]. Während § 39 Abs 2 erster Satz KartG sohin alle nicht am Verfahren beteiligten Personen von der Akteneinsicht ausschließt, regelt § 39 Abs 2 zweiter Satz KartG für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, dass selbst an diesem Verfahren (gegen den Kronzeugen) beteiligte Unternehmer in Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen nur für die Zwecke der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte *„in dem betroffenen Verfahren“* Einsicht nehmen dürfen.
- (64) Noch deutlicher wird das Verbot der Verwendung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen in Art 31 Abs 3 ECN+ RL, der mit der obigen Bestimmung umgesetzt werden sollte: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zu Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen **nur Parteien, die Gegenstand des betreffenden Verfahrens sind**, und nur für Zwecke der Ausübung ihrer Verteidigungsrechte Zugang gewährt wird“* [Hervorhebung hinzugefügt].
- (65) Das dargestellte Auslegungsergebnis wird ferner durch den Umstand gestützt, dass der Kronzeuge seine Kronzeugenerklärung bzw Vergleichsausführung sowie auch die darin enthaltenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse weder faktisch noch rechtlich wirksam – auch nicht gegenüber Dritten – schützen könnte, würden sie zum Aktenbestandteil eines Verfahrens gemacht, an dem er selbst nicht beteiligt ist. § 47 KartG erlaubt nämlich nur den Parteien eines Verfahrens, Anträge auf Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu stellen, wobei hier bloß „eigene“ Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen gemeint sein können, zumal an der Wahrung fremder Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse kein anerkanntes rechtliches Interesse besteht.
- (66) Die BWB ist befugt, Kronzeugenerklärungen in ihren eigenen Anträgen (Feststellungs-, Abstellungs- und Geldbußenanträge) an das Kartellgericht auch gegen von Kronzeugen verschiedene, an derselben zur Widerhandlung beteiligte Unternehmen umfassend zu verwenden. Diesfalls bleibt der Schutz der Kronzeugenregelung (und die dem Kronzeugen daraus erwachsenden Rechte) gewahrt, wenn der Kronzeuge selbst auch Partei des von der BWB angestregten Verfahrens beim Kartellgericht

wird (zB durch Einbringung eines Geldbußenantrags beim Kartellgericht gegen den Kronzeugen und sämtliche anderen, an der betreffenden Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen).

- (67) Die von der BWB in Aussicht gestellte Weitergabe von Kronzeugenerklärungen an die Staatsanwaltschaft im Wege der Amtshilfe steht ebenso im Widerspruch zum Wesen des absoluten Offenlegungsverbots. Erw-Gr 26 (Art 22 B-VG iVm § 76 Abs 1 StPO) der RL 2014/104/EU hält dies auch ausdrücklich fest: „[...] Unternehmen könnten davon abgeschreckt werden, im Rahmen von Kronzeugenprogrammen und Vergleichsverfahren mit Wettbewerbsbehörden zusammenzuarbeiten, wenn Erklärungen, mit denen sie sich selbst belasten, wie Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, die ausschließlich zum Zwecke dieser Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden erstellt werden, offengelegt würden. Eine solche Offenlegung würde die **Gefahr bergen, dass mitwirkende Unternehmen oder ihre Führungskräfte einer zivilrechtlichen Haftung oder strafrechtlichen Verfolgung unter schlechteren Bedingungen ausgesetzt würden als die anderen Rechtsverletzer, die nicht mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten.**“ [Hervorhebung hinzugefügt] Diese Logik liegt auch § 37k Abs 4 KartG zu Grunde, welcher einen absoluten Schutz für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen vorsieht. § 37a Abs 3 KartG sieht vor, dass § 37k Abs 5 zweiter Satz und Abs 6 für die Benutzung von Beweismitteln in allen gerichtlichen Verfahren (und somit nicht nur in zivilgerichtlichen Schadenersatzverfahren) zu gelten haben.
- (68) Die BWB verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die primärrechtlich gebotene Effektivität des Kartellrechtsvollzuges. Diesem Gebot steht die Verwendung von Kronzeugenerklärungen in anderen Verfahren als dem Verfahren vor dem Kartellgericht gegen den Kronzeugen entgegen, insbesondere also auch im strafgerichtlichen Verfahren samt dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Die Übermittlung von Kronzeugenerklärungen an die mit dem Strafvollzug betraute Behörde im Wege der Amtshilfe hätte letztendlich zur Konsequenz, dass Kronzeugenerklärungen über die Akteneinsicht im Strafverfahren für Beschuldigte und Privatbeteiligte offengelegt werden. Eine solche Offenlegung widerspräche der vom Gesetzgeber intendierten Privilegierung der Kronzeugenerklärungen in diametraler Weise.
- (69) Durch die weitgehenden Möglichkeiten zur Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens würde der Schutz der Kronzeugenerklärungen unterlaufen und die Zielsetzung der in RL 2014/104/EU sowie der ECN+ RL vorgesehenen Privilegierung gefährdet. Zudem ist nicht zu sehen, wie ein solches Verständnis mit dem (wenn auch einfachgesetzlichen) § 13a Abs 3 WettbG vereinbar wäre, der anordnet, dass die BWB „zu keinem Zeitpunkt Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen offen[legt]“.
- (70) Die Studienvereinigung Kartellrecht regt an, dass die BWB den unionsrechtlich vorgegebenen Bestimmungen zum Schutz der Kronzeugenerklärungen im Vollzug entsprechend Gewicht verleiht und so die Attraktivität der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung im Zusammenspiel mit der strafrechtlichen Kronzeugenregelung gem § 209b StPO aufrecht erhält. Die Weitergabe von Kronzeugenerklärungen an die Strafbehörden im Wege der Amtshilfe würde zudem auch ihre Privilegierung im kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren unterlaufen.

7. Anhänge

7.1 Anhang 1 und Anhang 2 (Formblätter)

(71) Die in den beiden Formblättern zum Ersuchen um Vorgehen nach § 11b Abs 1 oder 2 WettbG und zum Ersuchen um Setzen eines Markers abgefragten Punkte entsprechen weitestgehend den im bisherigen Formblatt des Handbuchs zur Kronzeugenregelung abgefragten Angaben und den Angaben nach § 2 Abs 2 bzw § 3 Abs 2 VO Kronzeugen Die im Vergleich zur VO Kronzeugen hinzugefügte Abfrage der Kontaktperson im Unternehmen und des Rechtsvertreters des ersuchenden Unternehmens erscheint sinnvoll, um eine möglichst effiziente Behandlung der Kronzeugenanträge zu ermöglichen.

7.2 Anhang 3 (Geldbußenreduktionen im Kronzeugenprogramm)

(72) Der bereits als Papier „*Geldbußenreduktionen im Kronzeugenprogramm*“ auf der Website der BWB veröffentlichte Anhang 3 stellt die Umsetzung der Verpflichtung der BWB nach § 7 Abs 4 KronzeugenVO dar. Unsere Anmerkungen zur Umsetzung des Markersystems bei der Anwendung der Geldbußenreduktion finden Sie bereits oben zum Abschnitt 5.

7.3 Anhang 4 (Überblick über Anwendbarkeit der Kronzeugenregelung)

(73) Es ist verständlich, dass die systematische Darstellung der Anwendbarkeit des Kronzeugenprogramms als Überblick in Anlage 4 an manchen Stellen Vereinfachungen erfordert.

(74) Bei Schritt 3 („*Hat das Unternehmen die Mitwirkung an der Zuwiderhandlung eingestellt?*“) erscheint diese Vereinfachung aber als überschießend. Wie unter Abschnitt 3. I des Entwurfs festgehalten, stellt § 11b Abs 1 Z 1 WettbG ausdrücklich klar, dass die Fortführung der Zuwiderhandlung nach Auffassung der BWB nach vernünftigem Ermessen möglicherweise erforderlich sein kann, um die Integrität ihrer Untersuchung zu wahren. Eine Klarstellung im Schritt 3 des Anhang 4 (zB um die Erweiterung „*Hat das Unternehmen die Mitwirkung an der Zuwiderhandlung eingestellt bzw die Fortführung mit der BWB abgestimmt?*“) wäre vor diesem Hintergrund wünschenswert.
