

Zusammenfassung

Schon die Konkretisierung des Unternehmensbegriffs im europäischen Kartell- und Wettbewerbsrecht anhand herrschender Lehrmeinungen und aktueller Judikatur macht deutlich, dass die Kommission, aber auch die europäischen Gerichte, sich bei der Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts vor allem an den tatsächlichen wirtschaftlichen und funktionalen Tätigkeiten der Normadressaten orientieren. So erscheint es wenig verwunderlich, dass es einer Muttergesellschaft auch nach der neuen Spruchpraxis des EuG kaum mehr gelingen wird, sich gegen die Haftung für Kartell- oder Wettbewerbsrechtsverstöße ihrer Töchter erfolgreich zu verteidigen.

Ebenso untersagt die Rechtsprechung eine akzessorische Übertragung der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit auf den Übernehmer, wenn der bisherige Rechtsträger nach der Unternehmensübertragung weiter fortbesteht. Hört der Veräußerer nach der Übertragung jedoch auf rechtlich zu existieren, und tritt der Übernehmer wirtschaftlich vollständig an die Stelle des bisheriger Rechtsträgers, sodass eine wirtschaftlich und funktionale Unternehmenskontinuität gewahrt bleibt, geht auch die kartellrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße vor der Übertragung auf den Übernehmer über.

Ermittlungsverfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde – Vernehmung von Beteiligten und Zeugen durch die BWB

Die BWB hat bei ihren Ermittlungen das WettbG und (soweit darauf verwiesen wird) das AVG anzuwenden. Bislang wurde dem Verfahrensrecht vor der BWB, deren Ermittlungen von großer wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Tragweite sind, wenig Beachtung geschenkt. Interessante Rechtsfragen betreffen etwa die Unterscheidung der Einzuvernehmenden in Beteiligte und Zeugen, die daran anschließenden unterschiedlichen Aussagepflichten nach dem WettbG und AVG sowie die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Fall von Falschaussagen. Ein weiteres praktisch interessantes Thema ist, ob bei den Einvernahmen ein Rechtsbeistand anwesend sein darf: Im Fall des Beteiligten ist dies explizit im AVG vorgesehen, während dies für die Einvernahme des Zeugen nicht im AVG vorgesehen ist.

Von Georg Rihs / Anastasios Xeniadis¹

I. Ausgangslage und Gegenstand des Beitrages

Der Bundeswettbewerbsbehörde (im folgenden „BWB“) stehen in ihrer Ermittlungstätigkeit nach nationalem Recht eine Reihe von Maßnahmen zur Verfügung, um zu untersuchen, ob wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. In diesem Zusammenhang sind bei geheimen Kartellabsprachen Ermittlungsmaßnahmen mit unmittelba-

rem Charakter – also Zeugeneinvernahmen, Beteiligteneinvernahmen und insbesondere Hausdurchsuchungen – oft zielführender als jene, die es Unternehmen ermöglichen, ihre Antworten über einen längeren Zeitraum mit Rechtsvertretern abzustimmen und der Behörde „maßgeschneiderte“ Antworten zu übermitteln. Letzteres passiert in der Praxis insbesondere im Zusammenhang mit schriftlichen Auskunftsverlangen (mit einer Frist von regelmäßig mehreren Wochen), die nicht selten direkt vom Rechtsvertreter der mutmaßlich an einem Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen beantwortet werden. Ein Nachteil schriftlicher Auskunftsverlangen in Hinblick auf die mögliche Wahrheitsfindung besteht auch darin, dass diese im Fall von geheimen Kartellvereinbarungen die betroffenen Unternehmen vor-

¹ Der Beitrag gibt ausschließlich die Privatmeinung der Autoren und nicht notwendigerweise die Ansicht der BWB wieder.

warnen, dass kartellrechtliche Ermittlungen eingeleitet wurden. Letzten Endes kann das dazu führen, dass Unterlagen vernichtet werden bzw Unternehmen ihre Verantwortungen gegenüber der BWB untereinander abstimmen. Zudem kann die BWB beim einfachen (schriftlichen) Auskunftsverlangen² keine Sanktionen verhängen, wenn diese vom Adressaten unbeantwortet bleiben. Daraus ergibt sich, dass die persönliche Einvernahme von Beteiligten und Zeugen aus Sicht einer Ermittlungsbehörde ein probates und zur Verifizierung von Kartellverstößen geeigneteres Instrument ist, während mutmaßliche Kartellanten solche Einvernahmen als Unsicherheitsfaktor sehen. Die persönliche Einvernahme von Zeugen kann ein rasches und zweckmäßiges Ermittlungsverfahren bewirken und damit der Verfahrensökonomie dienen. Die persönliche Einvernahme von Parteien eröffnet Unternehmen zudem die Möglichkeit – mittelbar über ihre Mitarbeiter – ihre Sicht der Dinge in einem frühen Verfahrensstadium darzulegen. Einvernahmen sind auch im Anschluss an Hausdurchsuchungen zielführend, weil Zeugen bzw Beteiligte dann gezielt mit bei Hausdurchsuchungen vorgefundenen Unterlagen konfrontiert werden können. Ein Unternehmen, das die Aussagen seiner Mitarbeiter zu verhindern oder behindern trachtet – weil es etwa ungünstige Aussagen befürchtet (ein Unternehmen kann seine Mitarbeiter nicht zu strafrechtlich relevanten Falschaussagen vor der BWB zwingen) – verzichtet somit in einem gewissen Ausmaß auf sein Parteigehör in diesem frühen Parteienstadium.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den bei Zeugeneinvernahmen und Beteiligteneinvernahmen nach nationalem Recht (WettbG, AVG) auftretenden Rechtsfragen. Auf das gemeinschaftsrechtliche Verfahrensrecht gemäß VO (EG) 1/2003³ wird im Zusammenhang verwiesen, wobei der Schwerpunkt der Betrachtung auf dem österreichischen (Verwaltungs-)Verfahrensrecht liegt. Zunächst wird der rechtliche Rahmen der Ermittlungstätigkeit der BWB gemäß § 11 WettbG dargestellt und auf einige grundlegende Fragen eingegangen, die in der Praxis bei Zeugeneinvernahmen auftreten. Das betrifft u.a. die Frage, wer Zeuge bzw Beteiligter ist, wer berechtigt ist, in Begleitung seines Rechtsanwalts zur Einvernahme

zu erscheinen bzw welche Aussageverweigerungsrechte unter Berücksichtigung der kartellgerichtlichen Rechtsprechung in Betracht kommen. In einem weiteren Teil sollen die bei der Durchführung von Einvernahmen auftretenden Probleme (bspw aussageunwilliger Zeuge) dargestellt werden. Im Fazit erfolgen einige Rückschlüsse in Bezug auf einige in der Praxis besonders relevante Themen.

II. Exkurs: Die Bundeswettbewerbsbehörde als ermittelnde Behörde

Die BWB wurde durch das Wettbewerbsgesetz⁴ als unabhängige Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde mit dem Ziel der Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs eingerichtet. Die BWB ist in Verfahren gemäß § 26 ff KartG Amtspartei.⁵ Die Weisungsfreiheit der BWB war zunächst durch die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 3 im WettbG verankert. Durch die B-VG-Novelle 2008⁶ wurde die Weisungsfreistellung von Organen zur Sicherung des Wettbewerbs und zur Durchführung der Wirtschaftsaufsicht in der Verfassung verankert und mit dem 1. Bundesverfassungsrechtsvereinbarung⁷ in § 1 Abs 3 WettbG als einfachgesetzliche Bestimmung neu beschlossen. Die Behördeneigenschaft⁸ der BWB, dh die Befugnis der BWB zu hoheitlichem Handeln, wurde in der Literatur anfangs teilweise bezweifelt.⁹ *Raschauer* begründete seine Zweifel an hoheitlichen Befugnissen der BWB mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes: Die Regierungsvorlage¹⁰ zur Wettbewerbsgesetznovelle 2005 des WettbG, die im Zusammenhang mit Auskunftsverlangen und Urkundenvorlage hoheitliche Befugnisse ausdrücklich vorgesehen hatte, wurde in Folge eines Abänderungsbeschlusses des Justizausschuss vom Gesetzgeber nicht beschlossen. Das WettbG sah in der Folge weiterhin keine ausdrücklichen Befugnisse zur Erlassung von Bescheiden vor. Als zusätzliches Argument gegen hoheitliche Befugnisse der BWB wurde die Befugnis zur Heranziehung von Sachverständigen unter bloß „sinngemäßer Anwendung“ des AVG durch § 11 Abs 2 WettbG ins Treffen geführt. Überzeugend geht *Matousek*¹¹ davon aus, dass diese Bestimmung die BWB zur

2 In praktischer Hinsicht ist zwischen einfachen und sanktionsbewehrten Auskunftsersuchen zu unterscheiden. Einfache Auskunftsersuchen können, vergleichbar der einfachen Ladung, formfrei je nach Ermessen der Behörde und den Erfordernissen des Einzelfalles schriftlich, mündlich oder telefonisch ausgesprochen werden (so *Thyri*, Kartellrechtsvollzug, Rz 209). Sanktionsbewehrte Auskunftsverlangen dagegen werden auf Antrag der BWB durch das Kartellgericht erlassen.

3 VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 1 vom 4.1.2003, S 1.

4 BGBl I 2002/62 idF BGBl I 2006/106.

5 § 40 KartG.

6 Art 1 BGBl I 2008/2.

7 Art 2 BGBl I 2008/2.

8 Unter Behörden sind Organe zu verstehen, denen hoheitliche Befugnisse übertragen wurden: vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 138.

9 *Raschauer*, Die Bundeswettbewerbsbehörde und Art 6 EMRK, ÖZW 2008, 30.

10 RV 942 BlgNR 22. GP,

11 *Matousek* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), Kartellgesetz 2005 (2007) zu § 11 WettbG, Rz 9 f.

Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide berechtigt.¹² Der VwGH billigte der BWB die Befugnis zur Bescheiderlassung im Zusammenhang mit dem Bundesauskunftsg zu.¹³ Gleichzeitig ging der VwGH in dieser Entscheidung von der Zulässigkeit einer Berufung gegen Bescheide der BWB an den BMWA (nun BMWFJ) im Fall der Ablehnung eines Auskunftsbegehrens als Angelegenheit der unmittelbaren Bundesverwaltung aus.

Die literarische Diskussion ist in Folge der Aufnahme der expliziten Bezugnahme auf die „Zuständigkeit zur Bescheiderlassung“ in § 20 Abs 2 WettbG¹⁴ durch den Gesetzgeber mittlerweile obsolet: Demnach entscheidet die BWB in Fällen, in denen sie zur Bescheiderlassung zuständig ist, in oberster Instanz. Ihre Entscheidungen unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die BWB nach der geltenden Rechtslage zur Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide befugt ist.

Gegenstand dieser Abhandlungen sind die Befugnisse der BWB im Zusammenhang mit Ermittlungen gemäß § 11 WettbG. Diese Ermittlungen sind kein Ermittlungsverfahren iSd §§ 39 ff AVG und münden nicht in einen (materiellrechtlichen) Bescheid¹⁵, sondern allenfalls in einen Antrag beim Kartellgericht. Sofern also im Folgenden von „Ermittlungen gemäß § 11 WettbG“ die Rede ist, ist damit kein Ermittlungsverfahren iSd AVG, sondern das durch die BWB durchzuführende Verfahren zur Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben gemeint.

III. Einvernahmen durch die Bundeswettbewerbsbehörde

3.1 Beteiligtenvernehmung

a) Beteiligtenbegriff des AVG

Beteiligte sind gemäß § 8 AVG Personen, die die Tätigkeit einer Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht. Die BWB führt Ermittlungen gemäß § 11 WettbG im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der ihr vor dem Kartellgericht

zukommenden Parteistellung¹⁶, mit der Durchführung der Europäischen Wettbewerbsregeln in Österreich¹⁷, mit der allgemeinen Untersuchung eines Wirtschaftszweigs¹⁸ und mit der Leistung von Amtshilfe¹⁹. Das österreichische KartG, bei dessen Vollziehung die BWB aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgaben als Amtspartei mitwirkt, beinhaltet Verbotsnormen, die an Unternehmen adressiert sind.²⁰ Unternehmen im Sinn dieser Verbotsnormen sind sowohl juristische als auch natürliche Personen. Unternehmensinhaber und Unternehmen sind als Beteiligte am Ermittlungsverfahren gemäß § 11 KartG zu qualifizieren. Ihnen kommen somit die Beteiligten zustehenden Rechte laut AVG zu, sofern § 11 Abs 2 AVG auf diese verweist.²¹

Die Handlungsfähigkeit juristischer Personen im Verwaltungsverfahren und damit auch ihre Vertretung richten sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.²² Diese Regel gilt auch im Verfahren vor der BWB.²³ Juristische Personen, auf die sich die Ermittlungen der BWB beziehen, werden damit vor der BWB in erster Linie von den nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften außenvertretungsbefugten Organen der Unternehmen, also Vorständen, Geschäftsführern und Prokuristen rechtlich repräsentiert. Diesen Personen kommt – für ihr Unternehmen – die Stellung von Beteiligten im Ermittlungsverfahren der BWB gemäß § 11 WettbG zu. Dieser Personenkreis ist von der BWB als „Beteiligte“ zu vernehmen. Gleiches gilt für natürliche Personen als Unternehmer, auf die sich die Ermittlungstätigkeit der BWB bezieht. Die Prokura ist gemäß § 50 UGB grundsätzlich außenwirksam nicht beschränkbar, sodass die Prokuristen als außenvertretungsbefugte Personen des Unternehmers bzw der juristischen Person gemäß § 9 AVG ebenfalls als Stellvertreter des beteiligten Unternehmens anzusehen sind.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Recht der Beteiligten bzw ihrer gesetzlichen Vertreter, sich – sofern nicht ihr persönliches Erscheinen ausdrücklich gefordert wird – durch eigenberechtigte natürliche, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten zu lassen. Bevollmächtigte müssen sich durch eine auf Namen oder Firma lautende

12 AA Raschauer, ÖZW 2008, 30 (31), der die „sinngemäße Anwendung“ des AVG auf sämtliche verfahrensrechtliche Handlungen gemäß § 11 Abs 2 WettbG bezieht. UE ergibt die grammatikalische Auslegung, dass der Gesetzgeber die „sinngemäße Anwendung“ lediglich für die Bestimmungen des AVG über Sachverständige gewollt hat; auch die apodiktische Formulierung des § 11 Abs 2 zweiter Satz WettbG („Die §§ ... sind anzuwenden“ impliziert nach Ansicht der Autoren eine Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln.

13 VwGH 20.5.2010, 2008/04/0093.

14 Diese Bestimmung wurde durch Art 96 BudgetbegleitG 2011, BGBl I 2010/111, „klarstellend“ – siehe die EB zur RV 981 BgNR 24. GP, 13 – eingefügt.

15 So auch Matousek (FN 8) Rz 9.

16 § 2 Abs 1 Z 1 KartG.

17 § 2 Abs 1 Z 2 KartG.

18 § 2 Abs 1 Z 3 KartG.

19 § 2 Abs 1 Z 4 KartG.

20 Insb § 1 und § 5 KartG.

21 Wiewohl § 11 Abs 2 WettbG nicht auf § 8 AVG verweist, ist aus Rechtsschutzgründen davon auszugehen, dass Vertreter von Unternehmen, auf die sich die Ermittlungstätigkeit der BWB bezieht, nicht als Dritte zu qualifizieren und daher als Beteiligte und nicht als Zeugen zu vernehmen sind.

22 § 9 AVG.

23 § 11 Abs 2 zweiter Satz KartG.

Vollmacht ausweisen, wobei bei berufsmäßigen Parteienvertretern die Berufung auf die erteilte Vollmacht den urkundlichen Nachweis ersetzt.

In der Praxis vernimmt die BWB statuarische Organe eines Unternehmens (Vorstände, Geschäftsführer, Prokuristen) als Beteiligte, wenn wahrscheinlich ist, dass sich ein Antrag der BWB als Amtspartei im kartellgerichtlichen Verfahren bzw in der Folge eine kartellgerichtliche Entscheidung gegen das Unternehmen richten könnte. Andere Dienstnehmer eines solchen Unternehmens werden von der BWB als Zeugen vernommen. Werden statutarische Organe eines Unternehmens einvernommen, gegen die kein Antrag auf Einleitung eines kartellgerichtlichen Verfahrens geplant ist, so sind diese als Zeugen zu vernehmen.

b) Verbot des Zwangs zur Selbstbeziehung

Die Rechtsstellung der Unternehmen und ihrer statutarischen Organe im Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG wirft einige grundrechtliche Fragen auf. Wie bereits erörtert handelt es sich bei diesem Verfahren nicht um ein Ermittlungsverfahren im Sinn des AVG oder des VStG, sondern um ein Ermittlungsverfahren *sui generis*, dessen Rechtsgrundlage im WettbG geregelt ist und das bezüglich des Verfahrensrechts auf einzelne Bestimmungen des AVG verweist. In diesem Sinne ist das Ermittlungsverfahren der BWB einem kartellgerichtlichen Verfahren vorgelagert. Die BWB hat in diesem Verfahren insbesondere die in § 11a WettbG verankerten Befugnisse zu Auskunftsverlangen, zur Einsicht in geschäftliche Unterlagen und zu „vor Ort“ Ermittlungshandlungen zum Erlangen von Auskünften. § 11a Abs 2 WettbG statuiert die Verpflichtung der Inhaber der Unternehmen bzw der gesetzlich oder statutarisch vertretungsbefugten Personen zur Erteilung entsprechender Auskünfte – „*es sei denn, sie setzen sich dadurch der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aus*“. Durch diese Einschränkung der Verpflichtung zur Auskunftserteilung wird das so genannte *nemo tenetur*-Prinzip (Verbot des Zwanges zur Selbstbeziehung) ausformuliert.²⁴

Das Verbot des Zwanges zur Selbstbeziehung ist in Art 90 Abs 2 B-VG für das Strafverfahren verfassungsrechtlich normiert und wird auch aus Art 6 EMRK abgeleitet. Die Rechtsprechung hat den Grundsatz dieses Verbots auch auf das Verwaltungsstrafverfahren ausgedehnt.²⁵ Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 11a Abs 2 WettbG ist davon auszugehen, dass dieser

Grundsatz „bei drohender strafgerichtlicher Verfolgung“²⁶ auch im Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG zur Anwendung gelangt. Allerdings ist bei der Beurteilung der Ermittlungsbefugnisse der BWB nach den Grundsatz des *nemo tenetur* zu berücksichtigen, dass sich die Ermittlungen der BWB gemäß § 11 und § 11a WettbG regelmäßig nicht gegen den Beteiligten *ad personam richten*, sondern gegen das von ihm vertretene Unternehmen, sodass das Entschlagungsrecht im Fall der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nur ausnahmsweise²⁷ greift.²⁸

Im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit zwischenstaatlichem Charakter gelangt die VO (EG) 1/2003 zur Anwendung. Die VO (EG) 1/2003 sieht im Fall unrichtiger, unvollständiger oder irreführender Angaben *von der Kommission* zu verhängende Geldbußen²⁹ und Zwangsgelder³⁰ gegen delinquente Unternehmen vor. Im österreichischen Kartellrecht ist die korrelierende Sanktionsnorm der §§ 29 Z 2 lit c und 35 Abs 1 lit c KartG *vom Kartellgericht* – und nicht von der BWB – zu vollziehen. Die Gerichte der Europäischen Union haben in ihrer Rspr die in VO (EG) 1/2003 verankerten Sanktionsbefugnisse der Kommission als unionsrechtskonform anerkannt. In diesem Sinne hat der EuG ein Auskunftsverweigerungsrecht eines Unternehmens nur insoweit anerkannt, als von dem betroffenen Unternehmen Antworten verlangt werden, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Nachweis zu erbringen hat.³¹ Die Kommission darf zufolge dieser Rechtsprechung Unternehmen dazu zwingen, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihnen eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und erforderlichenfalls die in ihrem Besitz befind-

24 Vgl dazu auch *Naumann*, Grundrechtliche Aspekte zum Auskunftsverlangen nach WettbG, ÖZW 2010, 141 (142).

25 VfSlg 11.923/1988; VfSlg 14.988/1994; VfSlg 15.600/1999.

26 Wesentlich erscheint den Autoren, dass das Entschlagungsrecht gemäß § 11 Abs 2 WettbG ausdrücklich auf drohende strafgerichtliche (und nicht: strafrechtliche) Verfolgung abstellt und damit enger ist. Der VfGH hat die Formulierung von Entschlagungsrechten im Fall strafrechtlicher Verfolgung weit ausgelegt und auch auf die Gefahr verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung ausgedehnt. Dies ist bei der präzisen Formulierung des § 11 Abs 2 WettbG dem Wortlaut nach nicht möglich.

27 In diesem Sinn auch *Neumann*, Grundrechtliche Aspekte zum Auskunftsverlangen nach dem WettbG, ÖZW 2010, 141 (142); vgl in der Lit *Reisner*, Das kartellgerichtliche Geldbußensystem (2007) 27. Nach dem geltenden Recht kommen als strafgerichtlich zu verfolgende Delikte in erster Linie wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren (Submissionskartelle) gemäß § 168 b StGB in Betracht.

28 Das Kartellgericht kann gem §§ 29 Z 2 lit c bzw 35 Abs 1 lit c KartG Geldbußen bzw Zwangsstrafen wegen unrichtiger, irreführender oder unvollständiger Angaben nach Erteilung eines Auftrages gemäß § 11a Abs 3 WettbG verhängen. Eine solche Sanktion richtet sich allerdings gegen das Unternehmen und nicht gegen das gesetzliche oder statutarische Organ des Unternehmens.

29 Siehe Art 23 Abs 1 lit a VO(EG) 1/2003.

30 Siehe Art 24 Abs 1 lit e VO(EG) 1/2003.

31 EuG 20.2.2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg 2001, II-729, Rn 66 f.

lichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen. Der EuG hat dies mit dem Argument begründet, dass dadurch die praktische Wirksamkeit des Kartellvollzugs durchgesetzt wird.³² Nach Ansicht des EuG kann die Pflicht zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen der Kommission und zur Vorlage von ihr angeforderter vorhandener Unterlagen jedenfalls den tragenden Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte und den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen. Schließlich hindere den Adressaten eines Auskunftsverlangens nichts daran, später im Verwaltungsverfahren oder in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsgerichten zu beweisen, dass die in seinen Antworten mitgeteilten Tatsachen oder die übermittelten Unterlagen eine andere als die ihnen von der Kommission beigemessene Bedeutung haben.³³

Obwohl es in der EU keine Harmonisierung des kartellrechtlichen Verfahrensrechts gibt und somit nationales Kartellverfahrensrecht anwendbar ist, kann diese durch den EuGH und EuG entwickelte Entscheidungspraxis in seinen Grundüberlegungen auch auf die österreichische Kartellrechtsordnung übertragen werden, um ein Kartellverfahren sicherzustellen, das im Einklang mit dem von Art 6 EMRK geforderten Verteidigungsrechten steht.³⁴ In diesem Sinne hat der OGH die vom EuGH erstellten Grundsätze auch für das österreichische Kartellrecht bestätigt, indem das Höchstgericht hervorhob, dass die Auskunftspflicht lediglich hinsichtlich Fragen, die auf ein Geständnis abzielen, nicht anwendbar ist, während Fragen, die auf Auskünfte tatsächlicher Art beschränkt sind, zu beantworten sind.³⁵ In einem weiteren Erkenntnis verwies der OGH auf den Erwägungsgrund 23 der VO 1/2003 nach welchem Unternehmer zwar nicht gezwungen werden können, Zuwiderhandlungen einzugestehen, sie aber durchaus verpflichtet sind, Fragen nach Tatsachen zu beantworten und auch Unterlagen vorzulegen, selbst wenn die betreffenden Unterlagen dazu verwendet werden könnten, den Beweis der Zuwiderhandlung zu erbringen. Wie der EuG in der og Entscheidung festgehalten hat, bleibt es dem Unternehmen unbenommen vor Gericht zu argumentieren, dass bestimmte mitgeteilte Tatsachen und Unterlagen eine andere Bedeutung haben als der ihnen von der

BWB beigemessene kartellrechtswidrige Hintergrund. Diesbezüglich hob der OGH hervor, dass lediglich Auskünfte über „innere Vorgänge“ geschützt sind, mit denen ein Unternehmen sonst das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen würde.³⁶

Oftmals ist die Grenzziehung nicht einfach und der konkreten Formulierung der Fragen kommt eine entscheidende Rolle zu. Es ist davon auszugehen, dass Fragen, die auf ein Geständnis betreffend wettbewerbswidriges Verhalten abzielen („*Warum haben Sie die Kartellvereinbarung abgeschlossen?*“), als Suggestivfragen nicht beantwortet werden müssen. Fragen an Beteiligte bzw deren Vertreter, die auf Auskünfte tatsächlicher Art abzielen („*Wurde in der Sitzung des Fachverbandes vom 1.1.2003 über Preiserhöhungen gesprochen?*“), sind jedoch immer zu beantworten.

c) Aussageverweigerungsgründe

Beteiligten stehen gemäß § 50 AVG – mit Ausnahme des Aussageverweigerungsgrundes eines unmittelbaren Vermögensnachteiles – dieselben Aussageverweigerungsgründe wie den Zeugen zu.³⁷ Beteiligte sind verpflichtet, Ladungen der Behörde Folge zu leisten und vor der Behörde auszusagen, widrigenfalls gegen sie Ordnungsstrafen verhängt bzw ihnen die Kostenfolgen auferlegt werden können.

3.2 Zeugenvernehmung

a) Zeugenbegriff des AVG

Das AVG kennt keine Begrenzung der Beweismittel. Als Beweismittel nach dem AVG kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falles der Wahrheitsfindung zweckdienlich ist.³⁸ Die Unbeschränktheit der Beweismittel gilt gemäß dem Verweis in § 11 Abs 2 WettbG auch im Ermittlungsverfahren der BWB gemäß § 11 WettbG. Herausragende Bedeutung im Verfahren vor dem BWB hat der Zeugenbeweis. Das Ziel der Ermittlungstätigkeit sind in erster Linie Absprachen, die insbesondere anhand von Zeugen und Urkunden nachgewiesen werden können. Zeugen sind Personen, die im Verfahren über wahrgenommene (selbst erlebte) Tatsachen eine mündliche Aussage machen, dh im Wesentlichen Auskunft über ihre eigene Wahrnehmung abgeben müssen.³⁹ Sie sind zum Erscheinen vor der Behörde und

32 EuG 20.2.2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg 2001, II-729, Rn 65 f; bestätigend EuG 29.4.2004, T-236/01, *Tokai*, Slg 2004, II-1181, Rn 402.

33 EuG 20.2.2001, T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke/Kommission*, Slg 2001, II-729, Rn 77 f; bestätigend EuG 29.4.2004, T-236/01, *Tokai*, Slg 2004, II-1181, Rn 402.

34 *Lukaschek/Matousek*, Auskunftspflichten gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde, *ecolex* 2007, 117 mwN.

35 OGH 11.10.2006, 16 Ok 7/06.

36 OGH 6.11.2007, 5 Ob 154/07v.

37 Siehe dazu unten 3.2.2.

38 § 46 AVG.

39 *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht* (2009) 182 ff.

zur Aussage verpflichtet.⁴⁰ Im Fall der Androhung der Vorführung in der Ladung (Ladungsbescheid) kann der Zeuge der Behörde vorgeführt werden.⁴¹ Zu Beginn der Vernehmung ist der Zeuge auf die gesetzlichen Gründe für die Verweigerung der Aussage, auf die Folgen einer ungerechtfertigten Verweigerung der Aussage und die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage aufmerksam zu machen.⁴²

b) Aussageverweigerungsgründe

Die Entschlagungsrechte der Zeugen sind in § 49 Abs 1 AVG aufgezählt. § 49 Abs 1 Z 1 AVG sieht ein Aussageverweigerungsrecht bezüglich Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen, einem seiner Angehörigen, einer mit seiner Obsorge betrauten Person, seinem Sachwalter oder seinem Pflegebefohlenen einen unmittelbaren Vermögensnachteil oder die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung zuziehen oder zur Unehre gereichen würde, vor. Dieses Aussageverweigerungsrecht schützt in erster Linie natürliche Personen, nämlich den Zeugen selbst und bestimmte andere natürliche Personen, deren persönliches Naheverhältnis zum Zeugen jene rechtlich schützenswert erscheinen lässt. In der Praxis spielt vor allem der Entschlagungsgrund des unmittelbaren Vermögensnachteils, der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung und der Unehre eine Rolle. Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung im Sinn des § 49 Abs 1 Z 1 AVG umfasst auch die Gefahr verwaltungsstrafrechtlicher Verfolgung.⁴³ Eine behauptete drohende Kündigung stellt wohl keinen zulässigen Aussageverweigerungsgrund dar. Der dadurch behauptete drohende Vermögensschaden ist nicht unmittelbar, und eine Kündigung anlässlich einer Zeugenaussage wäre gemäß § 879 ABGB nichtig.⁴⁴ Ein weiterer in der Praxis relevanter Aussageverweigerungsgrund ist die Offenbarung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen. Zum Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gibt es soweit ersichtlich kaum Rechtsprechung des VwGH. Die straf- und zivilrechtliche Judikatur hat sich ausführlich mit dem Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auseinandergesetzt. Betriebsgeheimnisse oder Geschäftsgeheimnisse sind demnach Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über

diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht.⁴⁵ Nach der jüngeren Rechtsprechung muss allerdings ein berechtigtes (dh rechtlich geschütztes bzw von der Rechtsordnung anerkanntes) Interesse an der Geheimhaltung bestehen.⁴⁶ Unlautere Geschäftspraktiken oder gesetzwidriges Verhalten zählen nach einer rezenten Entscheidung des OGH „in der Regel“ nicht zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁴⁷ Die Rechtsprechung des OGH, die in erster Linie im Zusammenhang mit lauterkeitsrechtlichen Entscheidung entwickelt wurde, lässt sich angesichts der zugrundeliegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers, die der OGH hier nachvollzieht, auch auf das Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG übertragen. Fragen nach Verstößen gegen das KartG begründen damit keinen zulässigen Entschlagungsgrund im Sinn des § 49 Abs 1 Z 2 AVG.

Die Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen ist auch nach der ständigen Rechtsprechung des Kartell(ober)gerichtes kein Grund, die Aussage vor der BWB bzw die Vorlage von Dokumenten zu verweigern, sofern gewährleistet ist, dass diese nicht an Unbefugte preisgegeben werden.⁴⁸ Das Kartellobergericht hat dies in 16 Ok 7/06 wie folgt begründet: *„Die BWB ist bei der Zusammenarbeit mit anderen Behörden verpflichtet, schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen iSd DatenschutzG zu beachten (§ 10 Abs 1 WettbG 2005). Gem § 39 Abs 1 KartG kann ein Verfahren, das auf Antrag einer Amtspartei eingeleitet worden ist, nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren verbunden werden, das auf Antrag einer Partei, die nicht Amtspartei ist, eingeleitet worden ist oder eingeleitet wird. Auch können am Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien in die Akten des Kartellgerichts Einsicht nehmen (§ 39 Abs 2 KartG). Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist den Befürchtungen der Rekurswerberin, ihre legitimen Datenschutzinteressen könnten außerhalb oder innerhalb eines kartellgerichtlichen Verfahrens verletzt werden, der Boden entzogen“.*

Im Zusammenhang mit einer Untersuchung im Bereich des Lebensmittelsektors durch die BWB hob das Kartellobergericht hervor, dass die Verweigerung von Informationen mit der Begründung, wonach *„es sich bei den angeforderten Informationen um Geschäftsgeheimnisse handelt, nach europäischer Rechtsprechung im Regelfall kein Auskunftsverweigerungsrecht [begründet], soweit ausreichende Sicherheit vor Preisgabe und unbefugter Verwertung der betreffenden Informationen ge-*

40 Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, I (2002) zu § 49 AVG, Anm 3.

41 Siehe dazu unten 3.3 und 4.2.

42 Siehe § 50 AVG.

43 Vgl Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 197 mwN. In kartellrechtlichen Zusammenhang kommen zB Verstöße gegen das PreisG in Betracht.

44 Vgl Trost, Die rechts- und sittenwidrige Kündigung, RdA 1987, 1 ff.

45 RIS-Justiz RS0079599.

46 OGH 14.2.2001, 9 ObA 338/00x.

47 OGH 19.9.2001, 9 ObA 180/01p.

48 Thyri, Kartellrechtsvollzug, Rz 641.

währleistet ist. Diesen Überlegungen ist auch im nationalen Bereich zu folgen⁴⁹. Den Ausführungen des KOG ist zuzustimmen, weil ansonsten kartellrechtliche Untersuchungen erheblich erschwert würden. Die Begründung des KOG gilt sowohl für das kartellgerichtliche Verfahren wie für das Ermittlungsverfahren durch die BWB; dies nicht zuletzt deshalb, weil es im Verfahren vor der BWB kein Recht auf Akteneinsicht gibt. In diesem Sinne unterblieb in § 11 Abs 2 WettbG der Verweis auf § 17 AVG, nach dem im AVG-Verfahren den Beteiligten ein Recht auf Akteneinsicht zu gewähren ist. Der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers schließt somit die Akteneinsicht der beteiligten Unternehmen, gegen die Ermittlungen geführt werden, aus.⁵⁰ Des Weiteren sind der BWB geoffenbarte Geschäftsgeheimnisse dadurch gesichert, dass die BWB – wie jede Behörde – gemäß Art 20 Abs 3 B-VG an die Amtsverschwiegenheit gebunden ist.

Im Fall des Vorliegens eines Aussageverweigerungsgrundes hat der Zeuge den Grund seiner Verweigerung der Aussage glaubhaft zu machen. Das Unterlassen der Belehrung über die gesetzlichen Aussageverweigerungsgründe verhindert die Verwertung des Beweises nach der Rechtsprechung des VwGH nicht.⁵¹ Im Fall der unbegründeten Aussageverweigerung kann der Zeuge zum Ersatz aller durch die Verweigerung entstandenen Kosten verpflichtet werden.⁵²

c) Wahrheitspflicht

Im Gegensatz zu den Beteiligten treffen Zeugen bei ihrer Aussage vor der BWB die Wahrheitspflicht. Verstöße gegen die Wahrheitspflicht sind strafrechtlich sanktioniert. Da die BWB in Ausübung ihrer Ermittlungsbefugnis gemäß § 11 WettbG als Verwaltungsbehörde zu qualifizieren ist,⁵³ ist die Falschaussage eines Zeugen vor der

BWB gemäß § 289 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zu bestrafen.

3.3 Ladung zur Vernehmung

Das WettbG verweist bezüglich der Ladung von Beteiligten und Zeugen auf § 19 AVG. Der Amtsbereich der BWB umfasst das gesamte Bundesgebiet, sodass die BWB Zeugen und Beteiligte im gesamten Bundesgebiet laden kann. Sowohl Beteiligte als auch Zeugen haben der Ladung Folge zu leisten. Die BWB hat in der Ladung Ort und Zeit der Amtshandlung sowie die Eigenschaft des Geladenen bei der Vernehmung (Beteiligter, Zeuge) anzugeben und allfällige mitzubringende Behelfe und Beweismittel anzuführen. Weiters muss sie bekanntgeben, ob der Geladene persönlich zu erscheinen hat oder die Entsendung eines Vertreters ausreicht.⁵⁴ Die BWB hat weiters die Möglichkeit, einen Ladungsbescheid zu erlassen. Bei dieser Vorgangsweise hat die BWB in der Ladung die drohende zwangsweise Vorführung oder Zwangsstrafe⁵⁵ in der Ladung anzudrohen und die Ladung zu eigenen Händen zuzustellen.⁵⁶ Im Fall des Fernbleibens von der Vernehmung ohne genügende Entschuldigung kann die BWB den Zeugen den Ersatz aller durch die Säumnis verursachten Kosten auferlegen und überdies eine Ordnungsstrafe verhängen.⁵⁷ Gegen die Ladung und gegen eine allfällige Vorführung ist kein Rechtsmittel zulässig.⁵⁸

3.4 Rolle des Rechtsbeistandes bei der Vernehmung

Die Entsendung eines Vertreters ist laut AVG nur für Beteiligte vorgesehen, die gemäß § 10 AVG das Recht haben, sich durch bevollmächtigte Vertreter vor der Behörde vertreten zu lassen. In der Ladung kann die Behörde ausdrücklich das persönliche Erscheinen der Beteiligten (im Fall juristischer Personen: deren gesetzlicher oder statutarischer Organe) fordern.⁵⁹ Auch im Fall der Aufforderung zum persönlichen Erscheinen könne sich gemäß § 10 Abs 5 AVG Beteiligte eines Rechtsbeistandes bedienen und auch in seiner Begleitung vor der Behörde erscheinen. In diesem Sinne sieht § 10 Abs 5 AVG folgendes vor: „Die Beteiligten können sich eines

49 OGH 30.5.2005, 16 Ok 38/05.

50 *Thyri*, Kartellrechtswollzug, Rz 623. *Thyri* verweist auf einen kritischen Beitrag von *Grunicke/Fellner*, RdW 2005, 533, die auf die ab 2008 geltenden Bestimmungen der §§ 51 und 52 StPO idF StrafprozeßreformG, BGBl I 2004/19 hinweisen, in denen ein solches Recht vorgesehen ist.

51 VwGH 11.7.2003, 2000/06/0173.

52 § 49 Abs 5 AVG.

53 Nach der Rechtsprechung des OGH ist die Privatwirtschaftsverwaltung nicht von § 289 StGB erfasst; als Verwaltungsbehörde iSd § 289 StGB sind nur jene Dienststellen (des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde) anzusehen, die zur Besorgung der Hoheitsverwaltung berufen, mithin nach den Rechtsvorschriften mit Anordnungsgewalt und Zwangsgewalt ausgestattet sind (OGH 6.8.1996, 11 Os 46/96). Aufgrund der oben unter Pkt 2 getroffenen Annahmen ist die Tätigkeit der BWB im Rahmen von Ermittlungen gemäß § 11 WettbG als hoheitliche Tätigkeit zu qualifizieren: Die BWB kann (verfahrensrechtliche) Bescheide erlassen und infolge der einschlägigen Bestimmungen des AVG förmliche Zeugenvernehmungen durchführen, sodass Falschaussagen vor der BWB iSd § 289 StGB als tatbildlich zu qualifizieren sind.

54 § 19 Abs 2 AVG; Beteiligte haben, sofern ihr persönliches Erscheinen nicht ausdrücklich gefordert wird, gemäß § 10 Abs 1 AVG das Recht, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen.

55 Die Zwangsstrafe darf dabei die Höhe von EUR 726,00 nicht übersteigen; siehe § 5 Abs 3 VVG.

56 Siehe § 19 Abs 2 AVG.

57 Siehe § 49 Abs 5 AVG.

58 Siehe § 19 Abs 4 AVG. Dies hat zur Folge, dass der Ladungsbescheid beim VwGH oder beim VfGH bekämpft werden kann; vgl *Thienell/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009) 137 mwN.

59 § 10 Abs 1 erster Satz AVG.

Rechtsbeistandes bedienen und auch in seiner Begleitung vor der Behörde erscheinen. Keine Aussage trifft § 10 Abs 5 AVG darüber, dass auch Zeugen dazu berechtigt wären. Das Beiziehen eines Rechtsbeistandes zur Vernehmung ist somit gemäß § 10 Abs 5 AVG, der vom Verweis des § 11 Abs 2 WettbG erfasst ist, den Beteiligten vorbehalten.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der VwGH⁶⁰ in einem älteren Erkenntnis auch einem Zeugen im Verwaltungsverfahren das Beiziehen eines Rechtsbeistandes zugestanden hat. Dieses Erkenntnis wird in der Praxis mitunter missverstanden. Gegenstand dieses Verfahrens vor dem VwGH war ein Bescheid auf Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen einen Beamten. Der Vorwurf gegen den Beamten bestand darin, dass dieser einer Weisung zur Abgabe einer Stellungnahme zu einer Aufsichtsbeschwerde nicht höchstpersönlich, sondern durch schriftliche Stellungnahme seines Rechtsanwalts nachgekommen war. Er habe dadurch seine Dienstpflichten verletzt, die die Übertragung an einen anderen – eben den Rechtsanwalt – ausschlossen. Der VwGH hob den Bescheid (Einleitung eines Disziplinarverfahrens) wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts auf. Er begründete dies damit, dass die belangte Disziplinarkommission *keine Feststellung* in die Richtung getroffen habe, dass im Vorfeld des Verfahrens *eine persönliche Stellungnahme* des Beamten *ausdrücklich gefordert* worden wäre. Der Beamte habe im Vorfeld des Disziplinarverfahrens, das sich in weitere Folge gegen ihn selbst richten sollte, die Stellung eines Zeugen gehabt. Weil seine Zeugenstellung *in der speziellen Situation* jener des Beschuldigten ähnlich gewesen sei und sich der Beamte in Erfüllung seiner Dienstpflicht (vom Vorgesetzten geforderte höchstpersönliche anstelle einer Stellungnahme durch den Rechtsbeistand) eigener Verfolgen aussetzen hätte können, sei er berechtigt gewesen, sich eines Rechtsbeistandes zu bedienen. Der vom Beamten *selbst gewählte* Rechtsbeistand könne den Beamten insbesondere über seine Aussageverweigerungsrechte bezüglich einzelner Fragen belehren. Eine eigene Darstellung des Sachverhalts in der schriftlichen Stellungnahme bzw eine Vertretung des Zeugen bei der Aussage scheidet selbstverständlich aus. Der Beamte habe daher keine Dienstpflichtverletzung begangen, indem er die von seinem Vorgesetzten per Weisung geforderte Stellungnahme schriftlich durch seinen Rechtsbeistand abgegeben habe.

In der Praxis wird mit Hinweis auf dieses Erkenntnis mitunter argumentiert, dass Rechtsbeistände der Unternehmen bei der Vernehmung von Zeugen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gemäß § 11 WettbG anwe-

send sein sollen. Diese Rechtsansicht ist bei näherer Betrachtung nicht haltbar. Zunächst ist festzuhalten, dass im zitierten Erkenntnis die Dienstpflichten eines Beamten zu beurteilen waren. Die Dienstpflichten standen im zugrunde liegenden Fall in einem Spannungsverhältnis zum Verbot des Zwangs zur Selbstbeichtigung. Das Disziplinarverfahren, das auf die Feststellung einer (behaupteten und vom VwGH verneinten) Dienstpflichtverletzung abzielte, wurde gegen den Beamten selbst eingeleitet. Schon in diesem Punkt unterscheidet sich die Stellung von Zeugen in Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG von jener des Beamten im referierten Sachverhalt: Zeugen im Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG haben kein Verfahren vor dem Kartellgericht zu gewärtigen, weil die subjektiven Adressaten der kartellrechtlichen Bestimmungen und Parteien eines allenfalls anschließenden Verfahrens vor dem Kartellgericht die Unternehmer – und nicht etwa deren organschaftliche Vertreter oder Dienstnehmer – sind.⁶¹ Unternehmer bzw deren gesetzliche und statutarische Vertreter sind allerdings ohnedies als Beteiligte und nicht als Zeugen zu vernehmen. Zu bedenken ist weiters, dass der VwGH im zitierten Erkenntnis der Tatsache besondere Bedeutung zumisst, dass der Beamte einen „*unabhängigen und von ihm selbst gewählten Rechtsbeistand*“ mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt hatte. Es ist daher ausgeschlossen, dass – wie mitunter gefordert – der Rechtsbeistand eines Dritten (idR des Unternehmers) bei einer Zeugenvernehmung durch die BWB zugegen ist. Die Gewährung der Anwesenheit des Rechtsbeistands eines Dritten bei der Vernehmung erscheint auch aus dem Blickwinkel der Amtsverschwiegenheit bedenklich.

Abgesehen davon führt die Beiziehung des Rechtsbeistands des Unternehmens (bzw in einem Naheverhältnis zu diesem stehenden Rechtsbeistand) zur Zeugenvernehmung zu einem Interessenkonflikt auf Seiten eines Rechtsbeistandes, der sowohl die rechtlichen Interessen des Unternehmens als auch jene des Zeugen zu wahren verpflichtet wäre. Losgelöst von der Frage, ob bei der Vernehmung eines Zeugen ein Rechtsbeistand anwesend sein darf, ist auch eine Beratung des Zeugen durch den Rechtsbeistand des betroffenen Unternehmens aufgrund der im Regelfall unterschiedlichen Interessen des Unternehmens und der betroffenen Dienstnehmer bereits aus standesrechtlichen Gründen überaus bedenklich. Während es im Interesse des Dienstnehmers liegt – im Lichte der strafrechtlich abgesicherten Verpflichtung zur wahren und vollständigen Aussage – die Fragen wahrheitsgemäß und vollständig zu beantworten, muss das nicht unbedingt im Interesse des Unternehmens liegen, dem

60 VwGH 13.12.1990, 90/09/0152 = VwSlg 13.340 A/1990.

61 In diesem Sinn auch *Matousek* (FN 9) Rn 33.

beträchtliche Bußgeldzahlungen drohen. Die Anwesenheit des Unternehmensanwaltes kann für den Zeugen sogar eine besondere Belastung bedeuten, weil er annehmen muss, dass dieser die Unternehmensführung über die Zeugenaussage des Dienstnehmers informieren wird und er bei wahrheitsgemäßer, für das Unternehmen ungünstiger Aussage, mit persönlichen Nachteilen rechnen muss. Es ist nicht auszuschließen, dass in bestimmten Situationen dadurch der Tatbestand der Doppelvertretung gemäß § 10 RAO erfüllt ist.⁶²

Zusammenfassend dienen Zeugeneinvernahmen bei der BWB im Regelfall dazu, Anträge beim Kartellgericht wegen eines Verstoßes gegen europäisches oder österreichisches Kartellrecht vorzubereiten. Diese Anträge richten sich (von seltenen Ausnahmefällen, in denen eine natürliche Person Unternehmer ist, abgesehen) gegen Unternehmen, nicht gegen physische Personen. Die zitierte Entscheidung des VwGH ist auf Ermittlungsverfahren gemäß § 11 WettbG nicht übertragbar: Das diesem Erkenntnis zugrundeliegende, dem persönlich disziplinarbeschuldigten Beamten vergleichbare, besondere Schutzbedürfnis des Zeugen fehlt im Ermittlungsverfahren vor der BWB. Die BWB gestattet daher Zeugen grundsätzlich nicht, bei der Einvernahme in Begleitung eines Rechtsbeistandes zu erscheinen.

3.5 Ablauf der Vernehmung vor der BWB

Laut Schrifttum und Rechtsprechung ist die Befragung von Zeugen auch telefonisch oder sonst formlos zulässig.⁶³ Selbst wenn eine solche formlose Befragung ohne Errichtung einer Niederschrift gemäß § 14 AVG im Einzelfall nicht die in § 15 AVG vorgesehene volle Beweiswirkung entfalten kann, ist ein dazu erstellter Aktenvermerk ein Beweismittel gemäß § 46 AVG. Erfahrungsgemäß präferiert die BWB jedoch die persönliche (förmliche) Einvernahme in der Behörde oder am Sitz der Auskunftsperson, weil sie die Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson in einem persönlichen Gespräch besser abschätzen kann. Telefonische Befragungen kommen insbesondere dann in Betracht, wenn eine rasche Informationsübermittlung notwendig ist oder lediglich einzelne Punkte mündlich bestätigt werden sollen bzw die Verwertung der angeforderten Informationen in

einem Antrag an das Kartellgericht nicht nötig erscheint.

Der Ablauf von Vernehmungen vor der BWB richtet sich nach dem AVG, auf das § 11 Abs 2 WettbG verweist. § 50 AVG legt in Grundzügen fest, wie die Behörde bei der Einvernahme von Zeugen zu verfahren hat. Die darin vorgezeichnete förmliche Vorgehensweise soll bewirken, dass dem Zeugen die Bedeutung dieses Vorgangs zum Bewusstsein kommt. Danach ist jeder Zeuge zu Beginn seiner Vernehmung über die für die Vernehmung maßgebenden persönlichen Verhältnisse (Identität, Verhältnis zu den Beteiligten) zu befragen und zu ermahnen, die Wahrheit anzugeben und nichts zu verschweigen. Am Anfang der Einvernahme hat die BWB den Zeugen auch auf die gesetzlichen Gründe für die Verweigerung der Aussage, auf die Folgen einer ungerichtfertigten Verweigerung der Aussage sowie auf die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage aufmerksam zu machen.⁶⁴ Letzteres betrifft eine allfällige Strafbarkeit des Zeugen (aber nicht des Beteiligten) für eine Falschaussage vor der BWB gemäß § 289 StGB.

Nach dieser Aufklärung folgt, sofern sich nicht ein Vernehmungshindernis herausstellt, die Befragung in der Sache, also über jene Tatsachen, die das Beweisthema bilden. Zum Wesen der Zeugeneinvernahme gehört zum einen, dass sie mündlich erfolgt, und zum anderen, dass sie in Frage des Vernehmenden und Antwort des Zeugen besteht.⁶⁵

3.6 Errichtung einer Niederschrift/eines Aktenvermerks

Über die Einvernahme von Zeugen oder Beteiligten ist eine Niederschrift aufzunehmen, die derart abzufassen ist, dass der Verlauf und der Inhalt der Verhandlung richtig und verständlich wiedergegeben wird. Alles nicht zur Sache Gehörige wird nicht in die Niederschrift aufgenommen. Nach Ansicht des VwGH ist in die Verhandlungsschrift jedes wesentliche Vorbringen eines Beteiligten aufzunehmen.⁶⁶ Jede Niederschrift hat zudem jedenfalls den Ort, die Zeit und den Gegenstand der Amtshandlung, die Bezeichnung der Behörde und die Namen des Leiters der Amtshandlung und der sonst mitwirkenden amtlichen Organe, der anwesenden Beteiligten und ihrer Vertreter sowie der etwa vernommenen Zeugen und Sachverständigen zu enthalten. Sie ist vom Leiter der Amtshandlung und den beigezogenen Personen zu unterfertigen, wobei bei mehr als drei Beteiligten Vereinfachungen vorgesehen sind.⁶⁷

62 Nach der standesrechtlichen Rsp darf der Rechtsanwalt die Vertretung (bzw Beratung) beider Parteien bereits dann nicht führen, „wo nur die Gefahr einer Interessenkollision vorliegt“; vgl etwa OGH 24.11.2008, 5 Bkd 1/08. In diesem Zusammenhang ist auch auf die neue Bestimmung des § 12a RL-BA hinzuweisen, die auch materielle Interessenkollisionen bei Rechtsanwälten verbietet; vgl dazu *Murko*, § 12a RL-BA neu – Fortentwicklung des Standesrechtes, *AnwBl* 2011, 359.

63 Siehe *Petsche/Urlesberger/Vartian*, Kartellrecht, § 11, Rz 26; *Hengstschläger/Leeb*, AVG, § 46, Rz 10 mwN.

64 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 50 Rz 1f.

65 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 50 Rz 3f.

66 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 14 Rz 1.

67 Siehe § 14 Abs 5 AVG.

Eine gemäß den Formvorschriften des § 14 AVG aufgenommene Niederschrift liefert – soweit keine Einwendungen erhoben wurden – über den Verlauf und den Gegenstand der betreffenden Amtshandlung den vollen Beweis. Gemäß § 15 AVG bleibt der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges jedoch zulässig. Die Beweislast für die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges oder der bezeugten Tatsache trifft allerdings denjenigen, der diese Behauptung aufstellt.⁶⁸ Dieser hat konkrete Gründe zur Entkräftung der Beweiskraft der Niederschrift vorzubringen (bspw dass seine Einwendungen nicht protokolliert worden seien),⁶⁹ während bloß auf Mutmaßungen gegründete Zweifel an der Vollständigkeit der Protokollierung für den Gegenbeweis nicht genügen. Die formell richtige Niederschrift hat somit die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde. Eine „Niederschrift“ liefert daher – unabhängig von der rechtzeitigen Erhebung zulässiger Einwendungen – insbesondere dann nicht den vollen Beweis über das darin Beurkundete, wenn sie entgegen § 14 Abs 2 AVG nicht alle anwesenden Personen⁷⁰ bzw nicht deren Funktion nennt, nicht vom Leiter der Amtshandlung iSd § 14 Abs 2 Z 3 AVG beurkundet wurde⁷¹ oder wenn sie keinen Hinweis enthält, ob ihr Inhalt verlesen oder auf das Verlesen verzichtet wurde.⁷² Ist eine Niederschrift mangelhaft so hat diese zwar nicht den in § 15 AVG normierten vollen Beweiswert, zählt aber als „einfaches“ Beweismittel im Sinne des § 46 AVG.⁷³ Dem Zeugen bzw Beteiligten wird die Niederschrift am Ende der Einvernahme zur Durchsicht vorgelegt und dieser kann um Korrekturen im Falle von Falschprotokollierungen ersuchen. Nach der Durchsicht und einer allfälligen Korrektur haben alle anwesenden Personen die Niederschrift zu unterfertigen. Erhebliche Zusätze oder Einwendungen der beigezogenen Personen wegen behaupteter Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Niederschrift werden in der Praxis der Behörde in einem Nachtrag aufgenommen und sind gesondert zu unterfertigen (abgesonderte Protokollierung). Solche Einwendungen sind spätestens zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Niederschrift zu erheben. Die endgültige Übergabe der Niederschrift erfolgt in der Regel erst nach Abschluss der Ermittlungen (oder zumindest nach Abschluss einer Ermittlungsphase). Insbesondere wenn die Einvernahme weiterer Zeugen bzw Beteiligten aus demselben Unternehmen nötig ist, wird in der Praxis der

BWB mit der Übermittlung des Protokolls zugewartet, weil ansonsten die Gefahr abgestimmter Zeugenaussagen besonders groß ist. Die Übermittlung des Protokolls in einer frühen Ermittlungsphase würde es dem Unternehmen zudem auch ermöglichen, frühzeitig festzustellen, ob ein Zeuge tatsächlich im Sinne des Unternehmens ausgesagt hat, weil das Unternehmen dies anhand der Niederschrift unmittelbar nach der Einvernahme überprüfen kann. Auch dies könnte – wie die Anwesenheit eines unternehmensnahen Anwalts während der Einvernahme – dazu führen, dass Zeugen Fragen „zurückhaltend“ oder unrichtig beantworten.

3.7 Weitergehende Ermittlungsbefugnisse nach dem WettbG

Die BWB ist gemäß § 11a Abs 1 Z 1 und Z 3 WettbG befugt – über § 11 Abs 2 WettbG hinausgehend, der auf die Einvernahmen nach dem AVG verweist – an Ort und Stelle alle für die Durchführung von Ermittlungshandlung erforderlichen Auskünfte zu verlangen. Diese Ermittlungsbefugnisse im Rahmen der sogenannten „freiwilligen Nachschau“ richten sich gegen den Unternehmer oder das Unternehmen sowie dessen statutarische Vertreter (also Beteiligte). Diese sind gemäß § 11a Abs 2 verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen, soweit sie sich nicht dadurch der Gefahr einer strafgerichtlichen Verantwortung aussetzen. Die BWB ist allerdings nicht befugt, diese Auskunftspflicht von sich aus mit Sanktionen durchzusetzen, dh falls die Verpflichteten keine Antwort abgeben wollen, kann im Falle einer Weigerung die Auskunftspflicht nur unter der Voraussetzung sanktionsweise durchgesetzt werden, dass das Kartellgericht auf Antrag der BWB die Erteilung von Auskünften bzw die Vorlage von Unterlagen binnen angemessener Frist mit Beschluss aufträgt (Auskunftersuchen per kartellgerichtlichem Auftrag, § 11a Abs 3 WettbG).⁷⁴

IV. Sanktionsbefugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde

4.1 Kostenfolgen bei Ladungen

Gemäß § 49 Abs 5 AVG können einem Zeugen (bzw iVm § 50 AVG einem Beteiligten), der einer Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht Folge leistet oder die Aussage ohne Angabe von Gründen verweigert oder auf seiner Weigerung beharrt, obwohl die vorgebrachten Gründe als nicht gerechtfertigt erkannt wurden, die Verpflichtung zum Ersatz aller durch seine Säumnis oder

68 Hengstschläger/Leeb, AVG § 15 Rz 3.

69 VwGH 25.5.2000, 98/07/0028.

70 VwGH 23.1.1997, 95/20/0376; 20.3.1997, 95/20/0606.

71 Vgl VwGH 5.9.2002, 99/21/0247.

72 VwGH 12.9.1978, 1929/77; 24.9.1997, 97/03/0025. Hengstschläger/Leeb, AVG § 15 Rz 2.

73 Hengstschläger/Leeb, AVG § 14 Rz 4f.

74 Thyri, Kartellrechtsvollzug, Rz 209.

Weigerung verursachten Kosten auferlegt werden. Die BWB hat den Zeugen in der Ladung auf die Kostenfolgen des unentschuldigtem Fernbleibens hinzuweisen und kann im Fall des unentschuldigtem Fernbleibens einen Kostenbescheid ausstellen. Die Pflicht zum Erscheinen entfällt gemäß § 19 Abs 3 AVG für den Fall, dass der Geladene durch Krankheit, Behinderung oder sonstige begründete Hindernisse vom Erscheinen abgehalten ist.

4.2 Zwangsmittel bei Ladungen

Gemäß § 19 Abs 3 ist die Anwendung von Zwangsmitteln gegen Zeugen und Beteiligte nur zulässig, wenn sie in der Ladung angedroht wurden und die Ladung zu eigenen Händen zugestellt wurde, dh Zwangsmittel sind bei einfachen Ladungen nicht zulässig. Die Umsetzung der Zwangsmittel obliegt nicht der BWB, sondern den Vollstreckungsbehörden⁷⁵. Als Zwangsmittel zur Durchsetzung von Ladungsbescheiden kommen die zwangsweise Vorführung als Anwendung unmittelbaren Zwangs gemäß § 7 VVG und – alternativ – eine Zwangsstrafe gemäß § 5 VVG in Betracht. Die Vollstreckung hat mit der Androhung des für den Fall des Zuwiderhandelns oder der Säumnis zur Anwendung kommenden Nachteiles zu beginnen. Das angedrohte Zwangsmittel ist beim ersten Zuwiderhandeln oder nach fruchtlosem Ablauf der für die Vornahme der Handlung gesetzten Frist sofort zu vollziehen. Gleichzeitig ist für den Fall der Wiederholung oder des weiteren Verzuges ein schärferes Zwangsmittel anzudrohen. Die Androhung der zwangsweisen Vorführung ist wohl das effektivste Mittel, das Erscheinen des Geladenen zu bewirken und kommt insbesondere dann in Betracht, wenn ein rasches Erscheinen des Geladenen vor der BWB notwendig ist.⁷⁶

Nach § 5 Abs 3 VVG dürfen die Zwangsmittel in jedem einzelnen Fall an Geld den Betrag von 726 Euro, an Haft die Dauer von vier Wochen nicht übersteigen (in der VwFormV sind jedoch lediglich Geldstrafen vorgesehen). Die Zwangsstrafe ist von der Vollstreckungsbehörde mittels einer Vollstreckungsverfügung zu verhängen, wobei dem Geladenen gegen die Verfügung grund-

sätzlich⁷⁷ die Möglichkeit der Berufung offensteht.⁷⁸ Um unzulässige Verzögerungen des Verfahrens durch den Geladenen zu verhindern, ist in Abweichung zu § 10 VVG gegen die Vorführung (dh den Vorführungsbescheid) gemäß § 19 Abs 4 AVG kein Rechtsmittel zulässig. Wurde im Ladungsbescheid von der BWB die zwangsweise Vorführung angedroht, so kann die Vollstreckungsbehörde eine dahingehende Verfügung anordnen, dh mittels Vorführungsbescheides die zwangsweise Vorführung bescheidmäßig anordnen. Erst auf Grundlage dieses Vorführungsbescheides darf der dem Ladungsbescheid entsprechende Zustand – das Erscheinen vor der Behörde – durch unmittelbaren Zwang iS von § 7 VVG, also durch den tatsächlichen Akt der Vorführung, hergestellt werden.⁷⁹ Gegen die Vorführungsverfügung ist – wie im Fall des Ladungsbescheides – lediglich eine Beschwerde an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts zulässig.⁸⁰

4.3 Ordnungsstrafen bei ungerechtfertigter Verweigerung der Aussage

Erscheint ein Zeuge oder Beteiligter nicht am Ort der Einvernahme, verlässt er den Ort der Einvernahme, um sich der Pflicht zur Aussage zu entziehen, oder verweigert er ungerechtfertigt die Aussage, kann gemäß § 34 Abs 2 iVm § 49 Abs 5 bzw § 50 AVG eine Ordnungsstrafe verhängt werden. Die Verhängung der Ordnungsstrafe mit Bescheid ist sodann im Protokoll schriftlich festzuhalten. Eine schriftliche Ausfertigung des Bescheides ist nur dann zu verfassen, wenn die Partei dies binnen 3 Tagen nach Verkündigung verlangt oder wenn die Partei nicht mehr anwesend war, etwa weil sie den Ort der Einvernahme verlassen hat. Die Verhängung einer Ordnungsstrafe als sitzungspolizeiliche Maßnahme erfolgt somit durch verfahrensrechtlichen Bescheid, auf den die Vorschriften des AVG anzuwenden sind.⁸¹ Der Instanzenzug gegen Ordnungsstrafe ist seit der AVGNovelle 2008⁸² der allgemeinen Instanzenzug.⁸³ Aufgrund der Bestimmung des § 20 Abs 2 WettbG kann eine Ordnungsstrafe verhängender Bescheid der BWB daher nur mittels Beschwerde bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts bekämpft werden.

75 Gemäß § 1 Abs 1 Z 2 lit a VVG iVm § 10 Abs 1 VVG, § 3 AVG fungiert die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde als Vollstreckungsbehörde. Im Regelfall wird dies die Bezirksverwaltungsbehörde sein, in deren Sprengel der Beteiligte bzw Zeuge seinen (Wohn-)Sitz hat.

76 Vgl VwGH 28.6.2001, 2001/11/0134. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 19 Rz 7.

77 Vgl die in § 10 Abs 2 VVG aufgezählten zulässigen Berufungsgründe.

78 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 19 Rz 23.

79 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 19 Rz 24.

80 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 19 Rz 24.

81 VwGH 19.8.1988, 85/12/0210; *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ (2009), Rz 275.

82 Art 7 Asylgerichtshof-EinrichtungG, BGBl I 2004/8.

83 Vgl dazu AB 371 BlgNR 23. GP, 18.

Fazit

Der Gesetzgeber hat mittlerweile klargestellt, dass die BWB zur Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide befugt ist. Sie ist damit eine vollwertige Behörde; dies auch mit Blick auf eine mögliche Strafbarkeit gemäß § 289 StGB, die eine Falschaussage vor einer Verwaltungsbehörde voraussetzt. Das Ermittlungsverfahren vor der BWB ist allerdings kein Ermittlungsverfahren, das in einen (materiellrechtlichen) Bescheid mündet und unterscheidet sich insofern vom herkömmlichen „Ermittlungsverfahren“ nach dem AVG. Aus diesem Grund sind nur ausdrücklich für anwendbar erklärte Bestimmungen des AVG im Ermittlungsverfahren der BWB anzuwenden. In der jüngeren Praxis wurde von mutmaßlichen Kartellanten teilweise die Forderung erhoben, dass als Zeugen geladene Mitarbeiter einen Rechtsbeistand zur Vernehmung beiziehen können. Die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes ist nach dem AVG allerdings nur bei Einvernahmen von Beteiligten vorgesehen. Zeugen haben kein Recht auf Beiziehung eines Rechtsbeistandes, weil sie vor der Behörde lediglich über ihre persönliche Wahrnehmung von Tatsachen aussagen sollen. In diesem Sinne sehen §§ 40 ff AVG auch nur eine Beteiligten-Öffentlichkeit vor. Es gibt ein (älteres) Erkenntnis des VwGH betreffend diese Frage, wobei die Situation in diesem Verfahren eine gänzlich andere war, weil die sehr spezielle Lage des Zeugen (Disziplinarverfahren eines Beamten) im entscheidungsrelevanten VwGH-Verfahren sehr nahe an jener eines Beschuldigten war. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass Zeugeneinvernahmen bei der BWB im Regelfall dazu dienen, Anträge an das Kartellgericht wegen des Verstoßes gegen europäisches oder österreichisches Kartellrecht vorzubereiten. Solche Anträge richten sich (abgesehen von seltenen Ausnahmefällen, in denen eine natürliche Person Unter-

nehmer ist) gegen Unternehmen, nicht gegen physische Personen. Das obige Erkenntnis geht somit von einer völlig anderen Ausgangslage aus, als sie bei den Ermittlungen der BWB auftritt: Ein vergleichbares, besonderes Schutzbedürfnis des Zeugen fehlt vor der BWB. Dies auch, weil der Grundsatz des Verbots des Zwanges zur Selbstbelastung bei Einvernahmen natürlicher Personen in Kartellverfahren insofern von geringerer Bedeutung ist, als abgesehen von Submissionskartellen eine persönliche strafrechtliche (wie auch verwaltungsrechtliche) Verantwortlichkeit in kartellrechtlichen Verfahren kaum vorkommt.

Die BWB hat demgemäß in ihrer Praxis – mangels Rechtsgrundlage – Zeugen nicht gestattet, bei der Einvernahme in Begleitung eines Anwalts zu erscheinen. Dies insbesondere auch, weil sich die Anwesenheit eines Rechtsanwalts bei dem zumeist bestehenden Naheverhältnis zum mutmaßlichen Kartellunternehmen hemmend auf die Aussagebereitschaft des einvernommenen Mitarbeiters auswirken kann. Der Ordnung halber bleibt anzumerken, dass auch das Argument, dass für die Geltendmachung von Aussageverweigerungsgründen ein Anwalt notwendig ist, nicht zutrifft: Denn wenn es das AVG den Zeugen überlässt, Aussageverweigerungsgründe geltend zu machen, dann liegt dem erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass Zeugen selbst zu beurteilen haben, ob solche Aussageverweigerungsgründe vorliegen oder nicht, und dass sie dazu – nach entsprechender Rechtsbelehrung durch die Behörde (§ 50 AVG) – auch in der Lage sind; dies ungeachtet des Umstands, dass sich Zeugen im Verwaltungsverfahren – im Gegensatz zu Beteiligten – mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht vertreten lassen können.