

An das
 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
 Stubenring 1
 1010 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | A-1045 Wien
 T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
 E rp@wko.at
 W <http://wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom **Unser Zeichen, Sachbearbeiter** **Durchwahl** **Datum**
BMWA-56.141/0002-C1/4/2008 Rp 1269/08/TT/LA **4282** **03.09.2008**

Wettbewerbsregorganisationsgesetz 2008, Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Wirtschaftskammer Österreich begrüßt das in der letzten Zeit wachsende politische Interesse an einer aktiven Wettbewerbspolitik als wesentlichen Bestandteil der österreichischen Wirtschaftspolitik. Die österreichische Wirtschaft hat ein Interesse an einem modernen und effektiven Kartellrecht, sowie einer verlässlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes. Der vorliegende Entwurf wird als Beitrag zu dieser laufenden Diskussion begrüßt.

In weiterer Folge verweisen wir in unserer Stellungnahme auf wesentliche Grundsätze unserer früheren Stellungnahmen zu Reformschritten im Bereich des Wettbewerbsrechtes; danach wird zu wesentlichen Punkten des Entwurfes Stellung genommen. Da das Verhältnis dieses Entwurfes zu anderen Gesetzen noch klärungsbedürftig erscheint, kann vor allem ohne Zusammenschau der entsprechenden kartellgesetzlichen Bestimmungen eine abschließende Beurteilung nicht vorgenommen werden.

1. Wesentliche Grundsätze aus Sicht der Wirtschaft

1.1. Eine Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde

Wie bereits zur Novelle des Jahres 2002 betont, ist die Doppelgleisigkeit des österreichischen Amtsparteiensystems wettbewerbspolitisch fragwürdig. Zwar ist einzuräumen, dass in der Vollzugsrealität die Einrichtung zweier Aufgriffsbehörden am Beginn ihrer Tätigkeit durchaus nicht geschadet hat und das Engagement der handelnden Personen ein wichtiger Motor für die Entwicklung der kartellgerichtlichen Rechtsprechung war. In dem Ausmaß in dem die Bundeswettbewerbsbehörde zu einer funktionierenden Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde entwickelt werden kann, erscheint die Funktion eines eigenen Bundeskartellanwaltes nicht mehr notwendig. Wir sind zuversichtlich, dass bei entsprechender - auf breitem Konsens basierender - Vorbereitung, eine Zusammenführung der beiden Behörden hinkünftig erreicht werden kann. Insoweit wir der vorliegende Entwurf ausdrücklich begrüßt.

1.2. Ein Gesetz

Wie bisher bei jeder Reform des Kartellrechts in Österreich betont, ist es rechtsdogmatisch unbefriedigend, dass zwei Gesetze eine Materie regeln. Viele von berufenen Seiten gerügten Mängel und Ineffizienzen des gegenwärtigen Vollzuges ergeben sich aus dieser in erster Linie legistischen Spaltung. Zur Verbesserung der Rechtssicherheit in diesem Bereich war und ist eine wesentliche Forderung der österreichischen Wirtschaft die Zusammenführung von Kartell- und Wettbewerbsgesetz in einen einzigen Korpus.

Das weiterhin problematische Verhältnis zwischen den Regelungsgegenständen der beiden Gesetze tritt im vorliegenden Entwurf besonders deutlich hervor, da eine unklare Trennung zwischen dem Kartellverfahrensrecht und dem materiellen Kartellrecht vorgeschlagen wird (zB wird etwa der materielle Maßstab für die Bewertung der Zusammenschlüsse in das WettbewerbsG verschoben).

1.3. Trennung von Ermittlung und Entscheidung

So wie es das Recht der Wirtschaftsteilnehmer ist, durch funktionierenden Wettbewerb am Wohlstand der Volkswirtschaft beteiligt zu werden, ist es das Recht eines an einem Kartellverfahren Beteiligten, eine Entscheidung zu erhalten, die rechtsstaatlich und unparteiisch entsteht. Das heute geltende Kartellverfahren wahrt die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte des Einzelnen durch die Entscheidungsbefugnis der Kartellgerichtsbarkeit, die eine Art Sonderzivilgerichtsbarkeit darstellt. In der Literatur wird zu recht darauf verwiesen, dass es eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers darstellt, ob die Wettbewerbskontrolle grundsätzlich im verwaltungsbehördlichen oder zivilgerichtlichen Vollzugsbereich angesiedelt wird. Seit Ende der 1950-er Jahre gibt es in Österreich die Kartellgerichtsbarkeit; sie hat sich auch in den Zeiten nach dem Beitritt Österreichs zur EU stark gewandelt und bewährt. Die Qualität der Entscheidungen ist hoch; die Kartellgerichtsbarkeit hat sich als hartes, aber gerechtes Instrument des Wettbewerbsvollzugs erwiesen. Ein Abgehen von dieser bewährten Institution kann nur dann auf die Zustimmung der Wirtschaft vertrauen, wenn sie durch ein überlegenes System langfristig ersetzt werden kann. Ein solches System findet sich im vorliegenden Entwurf nicht; zu viele Fragen bleiben offen. Allerdings zeigt die laufende Diskussion, dass auch die Kartellgerichtsbarkeit nicht über alle Kritik erhaben ist und sich durch ihre Tätigkeit und Auftreten auch weiterhin bewähren muss.

Es darf auch an die - damals berechtigte - Kritik des Vollzugssystems vor 2002 erinnert werden, wonach es sowohl politisch als auch rechtlich problematisch ist, wenn ein und dieselbe Institution gleichzeitig Kläger, Gutachter und Richter ist. Dies galt für das „alte“ Sozialpartnersystem und würde durch eine Integration der BWB zu einer Einheitsbehörde wieder verwirklicht werden. Aufgrund der in der Wissenschaft breit vertretenen Auffassung, dass das Kartellrecht vor allem in Hinblick auf die gravierenden Rechtsfolgen weit in den Bereich des Strafrechtes hineinreicht, ist eine Trennung von Ankläger und Richter besonders geboten.

Wettbewerbspolitisch erscheint dagegen das Modell einer unabhängigen, nur dem Wettbewerb verpflichteten Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde, die aktiv und professionell agiert - eben die Wettbewerbsbehörde mit Biss, wie sie auch dem BMWA vorschwebt - dem Auslaufmodell einer Einheitsbehörde überlegen. Innerhalb der EU gibt es viele unterschiedliche Vollzugssysteme und Behörden mit durchaus unterschiedlicher Ausrichtung; richtig ist aber auch, dass die EU-Kommission vor allem mit der Einführung der VO Nr. 1/2003 den Druck auf die Mitgliedsstaaten verstärkt hat, „kleine Klone“ der Generaldirektion Wettbewerb zu schaffen. Der eigenständige Weg Österreichs durch die Kartellgesetznovelle 2005/2006 hat aber gezeigt, dass es auch vernünftige Alternativen gibt. Darüber hinaus sei festgehalten, dass ein Verweis auf andere Behördenstrukturen dann ins Leere geht, wenn die tatsächliche Rechtslage außer Acht gelassen wird. So ist ein Vergleich des dt. Bundeskartellamtes und der Rechtskontrollstruktur in Deutschland

mit der vorgeschlagenen Lösung nicht zweckmäßig, weil grundlegende Merkmale (zB behördeninterne Trennung Ermittlung - Entscheidung; unabhängige Beschlussenate entscheiden und nicht der Generaldirektor; Geltung wesentlicher Grundsätze der ZPO im Verfahren vor dem Bundeskartellamt; Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle) im Entwurf nicht angesprochen sind.

Bevor sinnvoll über die Entwicklung der BWB zu einer „Vollbehörde mit richterlichem Charakter“ diskutiert werden kann, wäre aber zu gewährleisten, dass die BWB als Ermittlungs- und Antragsbehörde lückenlos funktioniert. Daher erscheint es uns sinnvoll zuerst über Notwendigkeiten im Ermittlungsbereich zu diskutieren, die dem Entwurf aber so nicht zu entnehmen sind. Es wäre wünschenswert, wenn es eine Gegenüberstellung der Ermittlungsbefugnisse der BWB, der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes geben würde. Es sollte evaluiert werden wie häufig von welchen bestehenden Befugnissen tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Offenkundig nicht verwendete Befugnisse sollten gestrichen und notwendige neue Ermittlungsbefugnisse ergänzt werden.

Die österreichische Wirtschaft befürwortet nachhaltig - wie auch bisher - eine Stärkung der Bundeswettbewerbsbehörde; dies erfordert in erster Linie Verbesserungen im Bereich der Personal- und Sachressourcen.

2. Grundsätzliche Erwägungen zum vorliegenden Entwurf

2.1. Zum Vorwurf der fehlenden Effizienz im gegenwärtigen Vollzug

Im Regierungsprogramm der auslaufenden Gesetzgebungsperiode wurde eine Evaluierung des Kartellrechtes in Aussicht gestellt; diese hat bisher zu keinem Ergebnis geführt. Die im Allgemeinen Teil der Erläuterungen des Entwurfes getroffenen Feststellungen zur Ineffizienz des bestehenden Systems erscheinen auf Grund unserer Erfahrungen nicht immer zutreffend. Einmal stellen die von anderen Berechtigten als den Amtsparteien eingebrachten Anträge einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Kartellgerichtes dar - umso mehr, wenn man die Fusionskontrollverfahren abzieht, bei denen ja nur die Amtsparteien Anträge stellen können. Da auch eine vollintegrierte Behörde ihr Verfahren in einen Ermittlungs- und Entscheidungsteil gliedern muss, wobei die Entscheidung dann noch der Rechtskontrolle unterliegt, ist eine Zeitersparnis nicht zu erkennen. Dies belegen auch Verfahrensstatistiken von Brüssler oder Bonner Verfahren eindrücklich. Darüber hinaus trifft die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde nicht auf weniger Schwierigkeiten in der Rechtskontrolle als dies im Verhältnis Amtspartei - Kartellgericht jetzt schon der Fall ist. Wir verweisen auf die gesicherten Erkenntnisse der OECD zu diesem Thema.

Die Verfahrensdauern in Österreich bis zu einem rechtskräftigen Urteil sind schon heute relativ kurz; der diesbezügliche Vorwurf lässt sich nicht nachvollziehen. Unbestreitbar sind Verfahrensverzögerungen häufig auf eine mangelhafte Antragstellung der beteiligten Parteien zurückzuführen.

Sinkende Fallzahlen im kartellgerichtlichen Verfahren lassen sich einerseits durch die Übertragung der Zusammenschlussanmeldungskompetenz vom Kartellgericht auf die BWB erklären und durch die ausbleibende Antragstätigkeit von der ermittelungsbefugten Amtspartei - das Kartellgericht kann ja nicht die eigenen Fälle generieren. Private Antragsteller substituieren auch das eigene Prozessrisiko durch die Einbringung von Anregungen an die BWB. Das Problem der Durchsetzung von Auskunftsverlangen durch die BWB ist nicht neu; das angeführte Beispiel ist allerdings das einzige, oftmals wiederverwertete. Es kann davon ausgegangen werden, dass aufgrund der nunmehr gesicherten Rechtsprechung des OGH, bei Auskunftsverlangen diese Probleme nicht mehr auftreten werden. Sollte eine eigene Bescheidkompetenz der BWB einen echten Zusatznutzen darstellen, dann kann darüber zu diskutiert werden.

2.2. Entscheidungskompetenz der BWB

Es wird auf die Ausführungen zu Punkt 1.3. verwiesen. Problematisch erscheint auch die Zuweisung der Entscheidungsbefugnis im Bereich des NahversorgungsG, da diese in keiner Weise eine wettbewerbspolitische sondern eine rein mittelstandspolitische Rechtsmaterie ist. Die Regelung erklärt sich durch die Fortschreibung des neu vorgeschlagenen Vollzugssystems; das Problem stellte sich aber auch schon bei der Einräumung der Antragstellung an die BWB. Es bedeutet dies - am Ende des Tages - eine teilweise Abkehr der BWB vom Wettbewerbsprinzip und widerspricht grundsätzlich der Zielsetzungen des § 1 WettG.

Auch die Rechtfertigung für das Fortbestehen der Antragsstellung nach UWG würde mit der Einführung einer Einheitsbehörde entfallen. Nachdem wesentliche Sachverhalte - vor allem in Missbrauchsangelegenheiten - parallel nach KartG und UWG betrachtet werden können, sind Situationen zumindest abstrakt denkbar, wo die BWB in einem UWG Prozess unterliegt, aber in Wahrung des eigenen Rechtsstandpunktes eine dem gerichtlichen Urteil entgegenstehende Entscheidung trifft. Eine Vermengung von Antrags- und Entscheidungsbefugnis führt damit zu rechtsstaatlich bedenklichen Ergebnissen.

Die wortgleiche Übernahme der Bestimmung über einstweilige Verfügungen aus dem bestehenden KartG (§ 24 des Entwurfes) ist nicht sinnvoll, da diese sich als nicht praktikabel erwiesen hat. Eine Orientierung an der Bestimmung des Art. 8 der VO 1/2003 könnte sowohl im verwaltungs- als auch im gerichtlichen Verfahren zu einer schnelleren Erlassung eines einstweiligen Rechtsschutzes führen. Bei Einstweiligen Verfügungen der BWB sieht der Entwurf grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung vor. Die BWB hat auf Antrag des Rekurswerbers dem Rekurs aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wenn dies unter Abwägung aller beteiligten Interessen gerechtfertigt ist. Diese Bestimmung erscheint fragwürdig, weil eine verfolgende und entscheidende Behörde doch einen etwas anderen Zugang haben dürfte als ein Gericht und daher im Rahmen von Interessensabwägungen zu anderen Ergebnissen kommen kann. Daher sollte ein Rekurs grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben und nur in besonderen und begründeten Fällen sollte die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt werden können.

Aus dem gesamten Entwurf ist nicht ableitbar, wer die Entscheidungen als Bundeswettbewerbsbehörde treffen wird. Ist angedacht, dass der Generaldirektor die Entscheidungen monokratisch trifft oder werden - unabhängige - Beschlusssenate eingerichtet? Diese Regelungen stellen auch wesentliche Verfahrensgarantien dar und sollten im Gesetz festgeschrieben werden.

Die Einrichtung eines Rechtszuges von der BWB zur Kartellgerichtsbarkeit durch eine einfache verfassungsrechtliche Bestimmung (§ 35 des Entwurfes) widerspricht in der vorliegenden Form eindeutig den Intentionen der bisherigen Bundesstaatsreform, sowie der bisherigen Rechtsprechung des VfGH und dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung. Es ist auch nicht zu erkennen, ob der Rechtszug sukzessiv (Entscheidung der BWB entfällt mit dem Rechtsmittel) ausgestaltet sein soll oder nicht; eine solche müsste ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden (VfSlg 10.452/1985). Grundsätzlich wäre es aber aus Sicht der Wirtschaft ein sinnvoller Ansatzpunkt über eine Zentralisierung kartellrechtlicher Fragestellungen - auch im Bereich des Private Enforcement - bei der Kartellgerichtsbarkeit zu diskutieren.

Dem Entwurf ist insoweit zuzustimmen, dass das Problem der mangelnden Tatsachenkontrolle des bestehenden Systems (der OGH tritt als reine Rechtskontrollinstanz auf) zu lösen ist.

2.3. Neue Ermittlungskompetenzen

Die einzige echte Neuerung bei den Ermittlungsbefugnissen der BWB stellt § 39 (3) des Entwurfes dar, wo im Rahmen von Auskunftsverlangen und Urkundenvorlagen Geschäftsräume und -grundstücke auch gegen den Willen betroffener Unternehmer betreten, sowie Unterlagen eingesehen und geprüft werden dürfen. Über eine solche Ermittlungsmöglichkeit verfügt die EU-Kommission jedenfalls nicht; das Verhältnis dieser Vorschrift zu der Hausdurchsuchung in § 40 des Entwurfes ist völlig unklar - zumal erstere ohne richterlichen Befehl zulässig zu sein scheint.

2.4. Einschränkung des bestehenden Private Enforcement

Ein Gericht hat bei einem auf Antrag oder Klage eingeleiteten Verfahren die Pflicht, eine Entscheidung zu treffen. Bei der EU-Kommission, dem Bundeskartellamt und ähnlichen Institutionen gibt es allerdings kein förmliches Antragsrecht in Kartell- und Missbrauchsfällen; daher können diese Behörden aus Eigenem entscheiden, welche verfahrensrechtlichen Prioritäten sie setzen und welche Verfahrensanregungen aufgegriffen werden und welche nicht. § 23 (4) des Entwurfes versucht einen unserer Meinung nach unzulässigen Kompromiss zwischen den beiden Standpunkten zu ziehen. Dies bedeutet ein beträchtliches Minus im Zugang zum Recht gegenüber der bestehenden Situation.

2.5. Fragen im Zusammenschlusskontrollverfahren

Einerseits ist eine Verkürzung der Dauer des Fusionskontrollverfahrens auf vier Monate zu begrüßen; allerdings darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass sich der Instanzenzug verlängert und eine rechtskräftige Entscheidung dadurch wieder länger brauchen kann. In Hinblick auf die Fokussierung des erstinstanzlichen Verfahrens auf die BWB wäre es aus Unternehmersicht wünschenswert, möglichst frühzeitig mit den konkreten Bedenken der BWB konfrontiert zu werden (Statement of Objections). Die bisherige Praxis einer nicht näher begründeten Stellung eines Prüfungsantrages wird dazu jedenfalls nicht ausreichen.

2.6. Gebührenregelung

Die Übernahme der gerichtlichen Gebührenregelung erscheint überhaupt unverständlich; für Zusammenschlussanmeldungen gibt es eine einheitliche Gebühr, egal welchen Aufwand das Verfahren bedingt - und nur die wenigsten Verfahren bedingen einen die Anmeldegebühr übersteigenden Aufwand. Die in § 19 (2) geregelten Verfahrensgebühren übersteigen Vergleichswerte anderer Behörden (zB das Bundesvergabeamt) um ein Vielfaches. Bei amtsweigig eingeleiteten Verfahren kann die Behörde dann auch gleichzeitig die eigenen Kosten weiterreichen; das wäre so, wie wenn ein verdächtiger Ladendieb die Einschreitkosten eines Polizeibeamten, der ihn verfolgt tragen müsste. Das gesamte Gebührenrecht müsste - sollte die geplante Umstellung erfolgen - neu geregelt werden.

2.7. Anwaltsprivileg

Da mit der vorliegenden Novelle eine Annäherung des österreichischen Wettbewerbsrecht an bewährte europäische Regularien bezweckt ist, wäre auch in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob nicht auch sonstige Regelungen - deren Bestand auf europäischer Ebene unbestritten ist - in das österreichische Wettbewerbsverfahrensrecht integriert werden sollen. Dies betrifft insbesondere die Frage nach der Einführung des sogenannten "Anwaltsprivilegs" (legal professional privilege), das die Ermittlungsbefugnisse der Kommission hinsichtlich der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandanten einschränkt und derartige Unterlagen/Dokumente von einer Offenlegung ausnimmt. Dieses Privileg wurde auf europäischer Ebene durch den EuGH in der Rechtssache AM and S Europe Ltd v Commission (Case 155/79 [1982] ECR 1575) etabliert und zwischenzeitig durch weitere Judikate geschärft, sodass nunmehr von einem anerkannten Prinzip auf europäischer Ebene ausgegangen werden kann. Zur Verbesserung einer einheitlichen Rechtsanwendung ist die Einführung eines derartigen Anwaltsprivilegs auch auf österreichischer Ebene in Betracht zu ziehen.

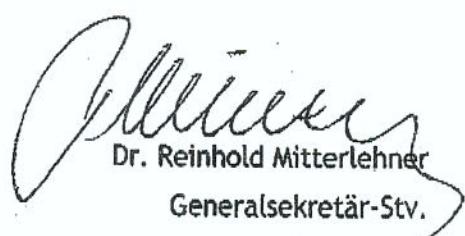
2.8. Abschließende Bemerkungen

Zu einem allfälligen neu überarbeiteten Entwurf behält sich die WKÖ vor, weitere Stellungnahmen abzugeben; ebenso behalten wir uns das Recht, zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes weiterreichende Beurteilungen vorzunehmen. Der Großteil der vorliegenden Änderungen des WettG besteht in der Übernahme der gegenwärtigen Bestimmungen des KartG; deshalb wurden der Besondere Teil der Erläuterungen extrem kurz gehalten. Wir meinen - einzelne Beispiele wurden oben angeführt - , dass für die Herbeiführung einer umfassenden Systemumstellung eine wesentlich umfassendere Diskussion und logistische Vorbereitung zu erfolgen hat.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Dr. Reinhold Mitterlehner
Generalsekretär-Stv.