

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT e.V.
Österreichische Landesarbeitsgruppe

PER E-MAIL

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
Abteilung C 1/4
Wettbewerbspolitik und –recht
zH Herrn MR Mag.Dr. Walter FUCHS
1011 Wien
post@c14.bmwa.gv.at

cc: Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

05.09.2008

**Stellungnahme zum Entwurf für ein
Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz 2008
Ihre GZ: BMWA-56.141/0002-C1/4/2008**

Sehr geehrter Herr MR Dr. Fuchs!

Die Studienvereinigung Kartellrecht dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf für ein Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz 2008 (im Folgenden kurz **"der Entwurf"**), den das BMWA am 13.08.2008 zur Begutachtung ausgesendet hat.

Die Studienvereinigung Kartellrecht ist eine Vereinigung von Rechtsanwälten in Deutschland, Österreich und der Schweiz, die einen Arbeitsschwerpunkt im Bereich des Kartellrechts haben. Ziel der Studienvereinigung ist es, die Entwicklung des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts im deutschsprachigen Bereich zu fördern. Die Studienvereinigung Kartellrecht hat ca 800 Mitglieder, davon mehr als 30 österreichische Rechtsanwälte. Soweit ersichtlich, sind in der großen Mehrheit der Verfahren vor Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt und Kartellgericht, in dem sich Unternehmen, Verbände und/oder Verbraucherorganisationen von Anwälten vertreten lassen, Mitglieder der Studienvereinigung tätig. Angesichts dessen verfügt die Studienvereinigung über eingehende Erfahrungen aus der Sicht eines "Normunterworfenen" mit der Vollzugspraxis im österreichischen Wettbewerbsrecht. Die Studienvereinigung hofft, mit der vorliegenden Stellungnahme diese Erfahrungen in den aktuellen Prozess der Evaluierung des österreichischen Kartellrechtsvollzugs, dessen Ausfluss der Entwurf ist, einbringen zu können.

Das grundlegende Ziel des Entwurfs ist es, die Effizienz des österreichischen Wettbewerbsrechtsvollzuges zu steigern, in dem die Bundeswettbewerbsbehörde gestärkt wird. Dieses Ziel wird von der Studienvereinigung Kartellrecht nachdrücklich unter-

stützt. Die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs dient den Interessen von Unternehmern und Verbrauchern. Langfristig führt Wettbewerbsdruck zu Innovationen, Investitionen und damit zu Wohlfahrtsgewinnen. Die Förderung des "Prinzips Wettbewerbs" in der österreichischen Wirtschaft sollte daher nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht sowohl in der noch laufenden wie auch in der kommenden Legislaturperiode ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers sein.

Um dieses Anliegen wirklich zu fördern, ist es freilich von entscheidender Bedeutung, die sachpolitischen und gesetzgeberischen Prioritäten richtig zu setzen. Die Studienvereinigung Kartellrecht ist nicht davon überzeugt, dass der vorliegende Entwurf dem hinreichend Rechnung trägt. Im Einzelnen:

1. Zum Status quo des Wettbewerbsrechtsvollzugs in Österreich

- 1.1 Wie den Erläuterungen zum Entwurf zu entnehmen ist, war die Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde ("BWB") im Jahr 2002 nach Auffassung des BMWA ein wesentlicher (positiver) Schritt zur Verbesserung der Vollziehung des Wettbewerbsrechts. Seither hätten sich jedoch deutliche Vollzugsdefizite gezeigt. Insbesondere sollte es möglich sein, Entscheidungen innerhalb kürzerer Frist als bisher zu treffen. Zu diesem Zweck wird vorgeschlagen, die BWB in erster Instanz mit umfassenden Entscheidungsbefugnissen in allen Verfahren auszustatten, die derzeit vom Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht ("Kartellgericht") abgehandelt werden. Das Kartellgericht soll zukünftig die Rolle einer Rechtsmittelinstanz gegenüber den Entscheidungen der BWB (einschließlich der Möglichkeit zur Überprüfung von Tatsachenfeststellungen) spielen, mit anschließendem Rechtszug zum OGH als Kartellobergericht. Der Bundeskartellanwalt ("BKA") wäre nach Auffassung des BMWA in dieser neuen Struktur obsolet.
- 1.2 Die Studienvereinigung Kartellrecht teilt den Befund des BMWA in manchen Aspekten, in anderen hingegen nicht. Richtig ist, dass sich die **BWB** seit ihrer Einrichtung im Jahr 2002 als zentrales Vollzugsorgan des Kartellrechts in Österreich grundsätzlich bewährt hat. Nicht zuletzt durch geschickte (wenn auch mitunter aggressive) Pressearbeit hat sich die BWB rasch als zentraler Ansprechpartner für Verbände (einschließlich Verbraucherschutzverbänden), Unternehmen und Regulatoren etabliert und eine anerkannte Rolle im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörde eingenommen. Mit der BWB hat das Kartellrecht in Österreich erstmals ein "Gesicht" bekommen, was allein dem "Prinzip Wettbewerb" mehr Beachtung verschafft hat.

Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass die praktische Tätigkeit der BWB deutlich hinter dem öffentlichen Erscheinungsbild zurückgeblieben ist. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass Anträge der BWB beim Kartellgericht (sieht man von oftmals "leeren" Prüfungsanträgen in Fusionskontrollverfahren ab) über die Jahre konstant selten geblieben sind und jedenfalls deutlich weniger waren als die Verfahren, die über private Initiative (sei es von Unternehmen oder Verbänden) ein-

geleitet wurden. Ganz generell war und ist die BWB dazu "verdammt", auf Sachverhalte zu reagieren, die an die Behörde herangetragen werden. Von wenigen Ausnahmebereichen (insbesondere Energie) abgesehen, ist von einer proaktiven Wettbewerbspolitik wenig zu spüren. Auch in den Verfahren, mit denen die BWB befasst wurde, musste sie vorwiegend mit den Mitteln der Mediation und des außergerichtlichen Ausgleichs arbeiten. Letztlich erweckt das zumindest den Eindruck eines deutlichen Vollzugsdefizits.¹ Auf die Ursachen dieses Befundes ist noch zurückzukommen.

- 1.3 In der täglichen Vollzugspraxis hat der **BKAnw** – dessen Einrichtung 2002 auf konzeptionelle Bedenken gestoßen ist² – maßgeblich dazu beigetragen, dass die BWB ihre Aufgaben im Rahmen der limitierten Möglichkeiten mit hinreichender Berechenbarkeit, Nachdrücklichkeit und Augenmaß verfolgt hat. Der BKAnw fungierte kontinuierlich (nach dem Eindruck der Studienvereinigung: unter bewusstem Verzicht auf die plakative Herausstellung der eigenen Leistungen in der Öffentlichkeit) als konstruktiver Gesprächspartner der BWB, der Verbände und der Unternehmen und trug bislang entscheidend zur Qualitätssicherung in der täglichen Vollzugspraxis des österreichischen Kartellrechts bei. Das betrifft sowohl Fälle, in denen vor allem die Initiative des BKAnw die BWB zu einem Einschreiten bewogen hat, als auch Fälle, in denen der BKAnw die berechtigten Anliegen der verfolgten Unternehmen erkannt und gewahrt hat. Ermöglicht wurde dieser positive Einfluss durch die formal starke Position, die der BKAnw als – zumindest im Hinblick auf die Antragsrechte – gleichberechtigte Amtspartei innerhalb des geltenden Kartellrechts hat. Zu einer grundlegenden Beseitigung der Defizite im österreichischen Kartellrechtsvollzug war und ist freilich auch der BKAnw nicht in der Lage.
- 1.4 An den praktischen **Ursachen** für diesen Befund besteht nach etwas mehr als 6 Jahren der neuen Behördenorganisation kein Zweifel³: Der BWB mangelt es schon heute nicht an Aufgaben und gesetzlichen Befugnissen.⁴ **Die BWB ist jedoch nicht in der Lage, von diesen Befugnissen adäquat Gebrauch zu machen, weil ihr die dafür erforderlichen Ressourcen fehlen.** Um die BWB zu

¹ Dieses Defizit betrifft übrigens nicht bloß Verfahren, in denen man von der BWB Untersagungs- oder gar Bußgeldanträge erwarten würde, sondern auch Fälle, in denen sich Unternehmen an die Behörde wenden, um Rechtssicherheit für beabsichtigte Kooperationsvorhaben zu erlangen. Anders als in Deutschland (vgl. dort auch § 32c GWB) gibt es in Österreich keine etablierte "Duldungspraxis", in deren Rahmen die Wettbewerbsbehörden den Unternehmen Hilfestellung bei der Anwendung des Kartellrechts leisten. Vor allem bei neuartigen Rechtsfragen und/oder wirtschaftlich bedeutsamen Sachverhalten besteht dafür ein praktischer Bedarf.

² Vgl dazu die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 27.07.2001 zur KartG-Novelle 2001.

³ Die unzureichende Ressourcenausstattung der BWB wurde von der Behörde bereits in ihrem ersten Bericht an den Nationalrat gemäß § 2 Abs 4 WettbG (betrifft den Zeitraum 2002/03) deutlich aufgezeigt.

⁴ Was die Ermittlungsbefugnisse betrifft, gehen die Kompetenzen der BWB zB sogar über die Möglichkeiten hinaus, die der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zur Verfügung stehen. So kann die BWB Zeugen zur persönlichen Einvernahme vorladen, die Kommission hingegen nicht.

stärken, benötigt die Behörde keine erweiterten Kompetenzen. Was sie benötigt, wäre eine deutlich verbesserte "Personaldecke".⁵

1.5 Was damit konkret gemeint ist, erschließt sich am einfachsten, wenn man einen Blick auf den **Stellenplan der BWB** laut dem geltenden Bundesfinanzgesetz wirft. Nach dem "Doppelbudget" für die Jahre 2008 und 2009 stehen der BWB 14 Beamte und 19 Vertragsbedienstete zur Verfügung. Nur 2 Angehörige der BWB (nämlich der Generaldirektor und der Leiter der Geschäftsstelle) sind nach ihrer Einstufung (Funktionsgruppe 9 bzw Funktionsgruppe 6) dazu berufen, innerhalb der Behörde leitende Funktionen wahrzunehmen. Nahezu alle Beamten sind (bloß) der Funktionsgruppe 3, sämtliche Vertragsbedienstete der Bewertungsgruppe 3 zugeordnet. Im "Klartext" bedeutet dies, dass die **BWB bis heute weder Stabsstellen noch Abteilungen (Referate) – mit entsprechend qualifiziertem und honoriertem Führungspersonal – einrichten konnte**, wie dies bei "modernen" Wettbewerbsbehörden (etwa der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission oder dem deutschen Bundeskartellamt) selbstverständlich ist. Gemessen am geltenden Stellenplan muss innerhalb der BWB mit einer Führungsspanne von 1:16 gearbeitet werden, was nach allen Erkenntnissen der Organisationslehre ein praktisches Unding ist.

Es entspricht der völlig einhelligen Meinung aller Praktiker des österreichischen Kartellrechts, dass eine Stärkung des inländischen Wettbewerbsvollzugs nur unter der Voraussetzung erreicht werden kann, dass die Ressourcen der BWB substantiell aufgestockt werden. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist es zu diesem Zweck erforderlich, den Stellenplan der BWB dahingehend abzuändern, dass die Behörde **zumindest 8 bis 10 Stabsstellen bzw Abteilungen** einrichten kann.⁶ Die Leitung dieser Stabsstellen/Abteilungen müsste Beamten/ Vertragsbediensteten mit einer der Aufgabe adäquaten Einstufung (etwa Funktionsgruppe 5) übertragen werden. Selbstverständlich bedürften die "neuen" Stabsstellen und Abteilungen auch einer hinreichenden Anzahl von Mitarbeitern (beamtete Referenten und Vertragsbedienstete).

⁵ Ein besonders drastisches Anschauungsbeispiel für diesen Befund bietet der Umstand, dass das Kartellgericht bislang nur sehr wenige einstweilige Verfügungen erlassen hat. Die Tatsache, dass es derartige Entscheidungen – die eigentlich das Paradeinstrument zur Bewältigung aktueller Problemstellungen sein sollten – in so geringer Zahl gibt, wird im Entwurf als eine der Gründe für die Behördenreorganisation angeführt. Tatsache ist aber, dass – soweit ersichtlich – die BWB seit ihrem Bestehen in keinem einzigen Fall (!) beim Kartellgericht eine einstweilige Verfügung beantragt hat. Pointiert formuliert, wird dem Kartellgericht fehlende Effizienz vorgeworfen, obwohl es schlicht an dementsprechenden Anträgen der BWB mangelt. Die fehlende Antragstellung durch die BWB hat aber wiederum einen sachlichen Grund, nämlich die hohen Anforderungen, die eine einstweilige Maßnahme sowohl an die Ermittlungstätigkeiten der Behörde (es muss viel Sachverhalt in wenig Zeit ausgewertet werden), als auch an die prozessuale Umsetzung stellt. Gerade in diesem Bereich wurden die Möglichkeiten des heutigen Systems von der BWB mangels hinreichender Ressourcen nicht einmal ansatzweise auslotet.

⁶ Zum Vergleich: Das deutsche Bundeskartellamt verfügt derzeit (ohne Vergabekammern) über 11 Belegschaftsabteilungen und zusätzlich vier Stabsabteilungen, wobei die sogenannte "Grundsatzabteilung" wiederum spezialisierte Referate für (ua) ökonomische Grundsatzfragen, die Kartellbekämpfung oder die Zusammenarbeit innerhalb des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden eingerichtet hat. Vgl auch die E-Control, die über 10 Fachabteilungen unter der Leitung des Geschäftsführers verfügt, oder die RTR GmbH, die allein im Fachbereich Telekommunikation in 8 Abteilungen gegliedert ist.

In ihrer heutigen Form entspricht die Struktur, die der Gesetzgeber für die BWB vorgesehen hat, nicht annähernd den Aufgaben, die der Behörde übertragen wurden. Insoweit darf – bei allem Respekt und aller Würdigung der Leistungen, welche die heute im Amt befindlichen Mitarbeiter der BWB täglich erbringen – das deutliche Auseinanderklaffen von Anspruch und Wirklichkeit im österreichischen Wettbewerbsrechtsvollzug niemanden wundern.

- 1.6 Vor diesem Hintergrund sieht die Studienvereinigung Kartellrecht in § 10 Abs 1 des Entwurfs den mit Abstand wichtigsten "Hoffnungsschimmer", der von der Initiative des BMWA ausgeht. Dort ist vorgesehen, dass die Geschäftsstelle der BWB in Abteilungen gegliedert werden kann. Vertieft wird diese Hoffnung durch Art 6 des Entwurfes, wo – in der Art eines "Merkpostens" – Änderungen des Bundesfinanzgesetzes in Aussicht gestellt werden. Enttäuschend ist, dass diese – aus praktischer Sicht: zentralen – Veränderungen im Entwurf nicht näher ausgeführt sind.
- 1.7 Die Studienvereinigung Kartellrecht ist aufgrund ihres Einblicks in die Tagesarbeit der österreichischen Wettbewerbsbehörden davon überzeugt, dass der Resourcenstärkung der BWB sowohl inhaltlich als auch zeitlich absolute Priorität einzuräumen ist. **Bevor die interne Struktur der BWB nicht an die Erfordernisse einer vollwertigen Behörde angepasst wurden, macht die vom BMWA vorgeschlagene institutionelle Reform keinen Sinn** und wäre sogar – wenn man an einem effizienten Wettbewerbsschutz interessiert ist – "gefährlich". In diesem Kontext sind folgende Aspekte zu beachten:
 - **Die vom BMWA vorgeschlagene Reorganisation des Kartellrechtsvollzugs reduziert zunächst – auf mehreren Ebenen – die Möglichkeit, Kartellrechtsfälle zu verfolgen.** So würde der BKAnw, der gegenwärtig ua ein Korrektiv in Fällen der Untätigkeit der BWB ist, wegfallen. Darüber hinaus würden die Antragsrechte Privater stark beschnitten. Zwar sollen sich nach § 23 des Entwurfs zukünftig Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung haben, mit Anträgen an die BWB wenden können (dieses Antragsrecht würde das heute bestehende Antragsrecht beim Kartellgericht ersetzen). Anders als heute das Kartellgericht wäre die BWB freilich zu keiner Entscheidung verpflichtet. Vielmehr sieht § 23 Abs 4 des Entwurfes vor, dass die BWB von der Einleitung und Durchführung eines Verfahrens absehen kann, wenn ihr die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hiefür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung des Falles steht. Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht wäre es eine gesetzgeberische Fehlleistung, diese Vollzugsschienen (also die Antragrechte des BKAnw und/oder Privater beim Kartellgericht) zu beseitigen, bevor sichergestellt (und praktisch erwiesen) ist, dass diese Aufgaben in adäquater Weise von einer gestärkten BWB übernommen werden.

- Der Aufbau einer strukturell gestärkten BWB ist kein Unterfangen, das sich innerhalb weniger Wochen oder Monate bewerkstelligen ließe. Personen, die sich aufgrund ihrer Ausbildung und beruflichen Vorerfahrung zur Leitung von Stabsstellen und/oder Abteilungen einer zukünftigen BWB eignen, "fallen nicht vom Baum". Insbesondere wäre es verfehlt, schlüssig und einfach Beamte, die momentan andere Aufgaben innerhalb des BMWA oder in anderen Ministerien wahrnehmen (und nicht über spezifische Erfahrungen im angewandten Wettbewerbsrecht verfügen), in die BWB zu versetzen. Um die notwendige "Schlagkraft" zu entwickeln, müsste die BWB deswegen in großem Umfang Personen rekrutieren, die derzeit nicht im öffentlichen Dienst in Österreich tätig sind (etwa österreichische Beamte bei der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission), und/oder neue, junge Mitarbeiter (etwa Absolventen eines Studiums der Volkswirtschaftslehre) einstellen und einschulen. Darüber hinaus müssen die dann komplexeren behördlichen Abläufe geplant, implementiert und ausgetestet werden. Realistischerweise wird man davon ausgehen müssen, dass ein **mindestens ein bis zwei Jahren** ab Inkrafttreten eines neugefassten Stellenplanes notwendig sind, bis die BWB ernsthaft in der Lage wäre, die heutigen Aufgaben (i) des BKAnw und des Kartellgerichts zu übernehmen und (ii) direkte Antragstellungen privater Parteien und von Verbänden beim Kartellgericht entbehrlich zu machen. Die Aufstockung der Ressourcen der BWB einerseits und die Erweiterung ihrer Kompetenzen andererseits sind nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht daher Schritte, zwischen denen zumindest zwei Jahre liegen sollten.
- Diesem "Ablaufplan" kann nicht entgegengehalten werden,⁷ dass eine personelle Stärkung der BWB nur angebracht sei, wenn die Behörde Entscheidungsbefugnisse wahrnehme. Realistisch betrachtet macht es für die nötige Ressourcenausstattung keinen Unterschied, ob die BWB über die bei ihr anhängigen Fälle selbst entscheidet oder – so wie heute – sich "bloß" mit Anträgen an das Kartellgericht wendet. Die Anforderungen an einen qualitativ hochwertigen Antrag beim Kartellgericht, der das Gericht in die Lage versetzt, eine rasche Entscheidung zu treffen, sind nicht geringer als die Anforderungen an eine erstinstanzliche Entscheidung. Dass dies (in anderem Zusammenhang) auch vom BMWA so gesehen wird, zeigen die Verhältnisse in den regulierten Wirtschaftssektoren. Soweit ersichtlich, gibt es keine Bestrebungen, etwa die E-Control GmbH personell "auszuhungern", bloß weil es zusätzlich die E-Control Kommission gibt. Ebenso wenig ist es sachlich geachtigt, die BWB ressourcenmäßig unter Hinweis auf die Existenz des Kartellgerichts knapp zu halten.

⁷ So das BMWA implizit im Vorblatt des Entwurfs, wo angedeutet wird, dass erst die Betrauung der BWB mit Entscheidungsbefugnissen eine Anpassung des Personalstandes der Behörde erfordere.

- 1.8 Nach alldem ist es die klare Empfehlung der Studienvereinigung Kartellrecht, dass (zu begrüßende!) Ziel einer Stärkung der BWB vorrangig dadurch anzustreben, dass der Stellenplan der Behörde aufgabenadäquat angepasst wird.⁸ Daran anschließend sollte der BWB die nötige Zeit eingeräumt werden, um ihre neue Struktur zu einem funktionierenden organischen Ganzen zu verbinden. Die Studienvereinigung hält es für gut möglich, dass nach Durchführung dieser Maßnahmen viele der heute konstatierten Defizite im österreichischen Wettbewerbsrechtsvollzug auch ohne weitergehende Veränderungen auf Gesetzesebene nicht mehr bestehen werden.
- 1.9 Um eine Effizienzsteigerung in der österreichischen Wettbewerbspolitik zu erreichen, erscheint der Studienvereinigung Kartellrecht zudem eine weitere Maßnahme dringend erforderlich, die der vorgelegte Entwurf nicht beinhaltet. Dabei geht es um die **Klärung der Ministerialkompetenzen in Fragen des Wettbewerbsrechts**. Derzeit ist es so, dass das Bundesministerium für Justiz nach dem geltenden Bundesministeriengesetz für Angelegenheiten des Kartellrechts zuständig ist. Hingegen zählen Wettbewerbsangelegenheiten (dazu gehören auch Angelegenheiten der "Wettbewerbskontrolle") zum Aufgabenbereich des BMWA. Es ist offenkundig, dass über die genaue Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den beiden Ministerien Meinungsverschiedenheiten bestehen. Das praktische Ergebnis ist, dass sachlich zusammengehörige Materien (nämlich dass Kartellrecht samt Bestimmungen über die Kartellgerichtsbarkeit einerseits und die Aufgabenbefugnisse der BWB andererseits) in getrennten Gesetzen (KartG bzw WettbG) geregelt werden. Diese eigentümliche Vorgangsweise führt zu Schnittstellenproblemen, welche die praktische Anwendung des Kartellrechts unnötig behindern. Der einzige sinnvolle Weg wäre es, dem internationalen Standard entsprechend (vgl etwa das deutsche GWB) Fragen des Kartellrechts in einem einheitlichen, zusammengehörigen Text zu behandeln.
- 1.10 Für eine wirklich sinnvolle Reorganisation des Wettbewerbsrechtsvollzugs in Österreich heißt das: Parallel mit der Änderung des Bundesfinanzgesetzes (Stellenplan der BWB) sollte das Bundesministeriengesetz in einer Weise geändert werden, die entweder klare Zuständigkeiten für die Gesamtmautie "Kartellrecht" schafft, oder aber eine einvernehmliche Vorgangsweise der zuständigen Ministerien sicherstellt. Die Ausarbeitung der Details der zukünftigen Vollzugsstruktur sollten dann jenem/n Ministerium/ien überlassen bleiben, dem/nen zukünftig die Federführung in Angelegenheiten der Wettbewerbsaufsicht zugemessen wird. Die Studienvereinigung Kartellrecht hat den Eindruck, dass die Lösung der interministeriellen Kompetenzstreitigkeiten eine Grundvoraussetzung für eine sachdienliche Weiterentwicklung des österreichischen Kartellrechts ist.

⁸ Selbstverständlich ist zudem erforderlich, dass der BWB auch die nötigen Sach- und Finanzmittel zur Verfügung stehen (zB für den Zukauf externer Leistungen, wie statistische/ökonometrische Analysen etc). Soweit ersichtlich, wird dies derzeit – anders als bei der Personalausstattung – durch das BMWA hinreichend gewährleistet. Die Sach- und Finanzmittel müssten aber mit der vergrößerten Behörde "mitwachsen".

2. Grundsätzliche Anmerkungen zum Entwurf

Wie oben dargelegt, sieht die Studienvereinigung Kartellrecht das Manko der vorliegenden Initiative des BMWA vor allem darin, dass damit "das Pferd von hinten aufgezäumt wird", sprich: dass Fragen des Verfahrensrechts, die per se bestenfalls einen geringen Beitrag zur Steigerung der Effizienz des Kartellrechtsvollzugs leisten können, intensiv behandelt werden, die zentralen Fragen der Ministerialzuständigkeit und der budgetären Vorsorge aber weitgehend ausgeklammert bleiben. Die Studienvereinigung empfiehlt, die nachgeordneten Themen, mit denen sich der Entwurf befasst, zugunsten der wirklich prioritären Fragen zurückzustellen.

Das bedeutet freilich nicht, dass der Entwurf des BMWA nicht Elemente enthält, die zukünftig durchaus diskussionswürdig sind. Das betrifft etwa die Umgestaltung des Kartellgerichts in ein Rechtsmittelgericht, welches auch zu einer Überprüfung von Tatsachenfeststellungen aus erster Instanz berufen ist. Wie in den Erläuterungen zum Entwurf richtig festgehalten wird, bringt die fehlende Tatsachenüberprüfung erinstanzlicher Entscheidungen heute ein signifikantes Rechtsschutzdefizit mit sich. Besonders spürbar ist dieses Rechtsschutzdefizit im Bereich der Fusionskontrolle, bei der sich das Kartellgericht in erster Instanz fast zur Gänze auf die Beurteilung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen verlassen muss (aus Zeitgründen ist im Normalfall weder eine gründliche Erörterung noch die Einholung eines Zweitgutachtens möglich), ohne dass die Arbeit des Sachverständigen auch nur im Rechtsmittelverfahren einer Überprüfung unterliege. Die vom BMWA vorgeschlagene Vollzugsstruktur ist eine (wenn auch nicht notwendigerweise die einzige) Möglichkeit, um diesem Defizit zu begegnen.

Im Folgenden möchten wir deswegen zu einigen grundlegenden Fragen der vom BMWA vorgeschlagenen Vollziehungsstruktur Stellung nehmen. Zu betonen ist nochmals, dass die Diskussion insoweit verfrüht erscheint, als nach unserer Überzeugung der Ressourcenausstattung der BWB die absolute Priorität zukommen sollte.

2.1 Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Zusammenlegung der Ermittlungs- und Entscheidungsfunktion in Angelegenheiten des Art 6 MRK.

Die Trennung der Justiz von der Vollziehung (Verwaltung) ist ein wichtiger Verfassungsgrundsatz, der im vorliegenden Entwurf nur unzureichend beachtet erscheint. Künftig soll die BWB sowohl als ermittelnde Behörde als auch als Entscheidungsorgan erster Instanz fungieren. Dafür gibt es in Fällen behördlicher Bewilligungen bzw Nichtuntersagungen (zB Fusionskontrolle) durchaus gute Argumente, wenn dadurch eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden kann.

Entscheidungen durch die ermittelnde Behörde selbst sind aber in Kartellstrafsachen (§ 27 des Entwurfs) bzw generell in Angelegenheiten, die Art 6 MRK unterliegen (also auch Eingriffen in "civil rights") höchst problematisch. Eine Doppelfunktion als ermit-

telnde Anklagebehörde und Entscheidungsträger verhindert nach aller praktischen Erfahrung die gebotene Objektivität des öffentlich-rechtlichen Eingriffs, insbesondere bei der Beweiswürdigung. Zudem wird bei einer möglichen Strafhöhe von 10% eines Jahresumsatzes die Grenze einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Zuständigkeit von Verwaltungsstrafbehörden deutlich überschritten.

Die Mindestanforderung wäre daher, dass innerhalb der BWB eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der ermittelnden Abteilung einerseits und dem Spruchkörper andererseits erfolgt, der allenfalls auch als Tribunal (zB als Art 133 Z 4-Behörde mit einem Justizrichter als Vorsitzenden) organisiert werden könnte.

Dass der Rechtszug gegen Entscheidungen der BWB an ein Zivilgericht mit voller Tatsachenkognition erfolgen soll, wird grundsätzlich begrüßt. Unausgegoren erscheint aber der verfahrensrechtliche Weg, den der Entwurf dabei vorschlägt. Die BWB soll das AVG anwenden (§ 33 des Entwurfs). Gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden müsste systematisch das Rechtsmittel der Berufung an eine Verwaltungsbehörde oder an ein Verwaltungsgericht offen stehen. § 35 des Entwurfs sieht hingegen einen Rekurs an das Kartellgericht vor, wobei das Gericht im „Rekursverfahren“ die ZPO oder (wie bisher) das AußStG anwendet. Hier gibt es eine Fülle von verfahrensrechtlichen Schnittstellenproblemen (zB: Wer ist für die Zurückweisung eines verspäteten Rekurses zuständig? Gilt im Rekursverfahren vor dem Kartellgericht ein Neuerungsverbot? Ist das Kartellgericht auch berufen, Verfahrensfehler der BWB aufzugreifen, obwohl die BWB nach AVG vorgeht, das Gericht aber AußStG oder ZPO anzuwenden hat? etc), die der Entwurf zur Gänze offen lässt

2.2 Bestandskraft von Entscheidungen der BWB

Der Entwurf sieht vor, dass die BWB neben der Entscheidung in der Hauptsache unter gewissen Umständen auch einstweilige Verfügungen ("EV") erlassen kann. Dabei wurde in § 24 des Entwurfs weitgehend die Regelung des derzeitigen § 48 KartG übernommen.⁹ Allerdings sind im kartellgerichtlichen Verfahren bei Erlass einer EV subsidiär die Regeln der EO anzuwenden. Dies ist nach dem Entwurf unklar, weil die BWB nach dem AVG entscheidet.¹⁰ Regelungsdefizite sind "vorprogrammiert". Hier wäre eine Klarstellung/Präzisierung wünschenswert.

Abzulehnen ist, dass die BWB nach dem Entwurf eine EV offenbar selbst dann erlassen dürfte (bzw – ohne Ermessen – auf Antrag zu erlassen hat), wenn diese Massnahme weder dringlich ist noch dafür ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Für eine EV sollten zumindest die in § 36 Abs 2 des Entwurfs genannten Kriterien erforderlich sein. Das erscheint deswegen unverzichtbar, weil Rekurse gegen eine EV nach § 24 Abs 2 des Entwurfs grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben. Die Verpflichtung der BWB, einem Rekurs auf Antrag die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, federt dies nicht hinreichend ab. In der Praxis bedeutet diese Regelung näm-

⁹ Mit der konsequenten Abweichung, dass die EV nun nicht mehr bloß auf Antrag erlassen wird.

¹⁰ Es fehlt auch ein entsprechender Verweis auf das VVG.

lich, dass eine EV der BWB selbst in Fällen, in denen es an der Dringlichkeit mangelt und/oder die Interessensabwägung offenkundig zugunsten des Rekurswerbers ausfällt, zunächst einmal vier bis sechs Wochen in Kraft ist, bevor diese Wirkung wieder aufgehoben wird. Es gibt Konstellationen, in denen innerhalb dieses Zeitraumes den betroffenen Unternehmen bereits ein signifikanter Schaden entstehen kann.

Dazu kommen neuerlich rechtsstaatliche Bedenken, wenn eine Behörde, die ohnehin schon Ermittlungs- und Entscheidungsfunktion in sich vereint, auch noch über die Frage entscheidet, ob einem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben werden soll. Statt dessen wäre (parallel zu § 64 Abs 2 dGWB)¹¹ eine Bestimmung zu empfehlen, wonach das Kartellgericht dem Rekurs aufschiebende Wirkung zuerkennen kann.

In Anlehnung an § 44 AußStG soll der BWB zudem die Möglichkeit zustehen, in der Hauptsache die aufschiebende Wirkung eines Rekurses auszuschließen (§ 36 Abs 2 des Entwurfs). Auch dadurch kann die BWB in einer Sache, die sie selbst entschieden hat, eine sofortige Rechtsverbindlichkeit ihrer Entscheidung herbeiführen. Dies ist nicht zuletzt aufgrund der zu erwartenden langen Dauer eines Rekursverfahrens vor dem Kartellgericht (welches auch Tatsacheninstanz wäre) nicht unproblematisch. Hier enthält – zB – das dGWB differenziertere Lösungen. Nach Auffassung der Studienvereinigung wäre zumindest geboten, dass auch in diesem Fall das Kartellgericht einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung durch die BWB (mit von der Rekursentscheidung gesondertem Beschluss) aufheben kann.

2.3 Notwendige Rechtsschutzgarantien in Verfahren vor der BWB

Die weitreichenden Ermittlungsmöglichkeiten der BWB, die gemäß dem Entwurf durch entsprechende Zwangsmittel abgesichert werden sollen, erfordern einen besonderen Schutz legitimer Interessen von Unternehmen, gegen die seitens der BWB Untersuchungen geführt werden. Man darf nicht übersehen, dass die BWB fast ausschließlich in Bereichen tätig ist, die den Rechtsschutzgarantien des Art 6 MRK unterliegen. Insofern wird die BWB – sollte sie zur Entscheidungsbehörde erhoben werden – in noch höherem Masse als heute auf die Einhaltung eines "Fair Trial" zu achten haben. Dazu gehört etwa das Recht auf Akteneinsicht (auch in Ermittlungsergebnisse, welche die Position der verfolgten Unternehmen stützen), das Recht zur persönlichen Befragung von Belastungszeugen etc.

Ein Ausfluss des "Fair Trials" gemäß Art 6 MRK ist auch das sogenannte "Anwaltsprivileg", das im EG-Kartellrecht und in vielen nationalen Kartellrechtsordnungen im Interesse einer geschützten Beratung von Unternehmen explizit anerkannt ist.¹² Um das

¹¹ Diese Bestimmung sieht vor, dass im Falle einer Beschwerde gegen eine Verfügung, die mittels einstweiliger Anordnung erlassen wurde, das Beschwerdegericht anordnen kann, dass die angefochtene Verfügung ganz oder teilweise erst nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens oder nach Leistung einer Sicherheit in Kraft tritt.

¹² Vgl dazu jüngst EuG 17.9.2007, AKZO, T-125/03 und T-253/03, insb Rz 117ff.

österreichische Recht auch diesbezüglich auf den Stand einer modernen Wettbewerbsordnung zu bringen, schlägt die Studienvereinigung folgenden Zusatz in § 39 WettbG (Auskunftsverlangen und Urkundenvorlage) vor:

"Von der Vorlagepflicht und Prüfung ausgenommen sind im Interesse des Rechts auf Verteidigung der Schriftwechsel zwischen Unternehmer bzw Unternehmervereinigung einerseits und Rechtsanwalt andererseits, einschließlich eines früheren Schriftwechsels, der mit dem Gegenstand dieses Verfahrens im Zusammenhang steht, sowie all jener Schriftstücke, die vom Unternehmer bzw der Unternehmervereinigung allein zu dem Zweck erstellt worden sind, die rechtliche Beratung eines Rechtsanwalts anzufordern und/oder zu ermöglichen."

Auch in § 40 (Hausdurchsuchung) sollte eine entsprechende Bestimmung klarstellen, dass Anwaltskorrespondenz von der Untersuchung ausgenommen ist.

2.4 Sonderbestimmungen für Fusionskontrollverfahren

Allgemein

Das Nebeneinander von KartG und WettbG erschwert nach Auffassung der Studienvereinigung die praktische Anwendbarkeit des österreichischen Kartellrechts erheblich (vgl bereits Punkt 1.9. oben). Bei Umsetzung des vorliegenden Entwurfs würde dies insbesondere auf die Fusionskontrolle zutreffen, deren geplante Neugestaltung mit dem geplanten Wettbewerbsreorganisationsgesetz alleine nicht möglich ist, sondern zudem weitgehende Anpassungen im Kartellgesetz notwendig wären. Das betrifft etwa den Zeitrahmen, der dem Kartellgericht für die Überprüfung (auch als Tatsacheninstanz!) von Entscheidungen der BWB zur Verfügung stehen soll. Auch sonst erschwert es die Rechtsanwendung, wenn das materielle Fusionskontrollrecht auf zwei Gesetze aufgeteilt ist (Verbotsmaßstab im WettbG, andere materielle Bestimmungen wie zB Berechnung von Umsatzerlösen, wirtschaftliche Betrachtungsweise, Berechnung von Marktanteilen etc im KartG [§§ 20ff]).

Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs hat die Studienvereinigung folgende Anmerkungen:

§ 11 Abs 2: Vorgesehen ist, dass die Prüfungsfristen erst mit Einlangen der vollständigen Anmeldung zu laufen beginnen sollen. Aus Sicht der anmeldenden Unternehmen unverzichtbar wäre eine Regelung, wonach ein Verbesserungsauftrag (vgl § 13 des Entwurfs) **innerhalb einer bestimmten Frist** zu ergehen hat, und eine Zurückweisung wegen Unvollständigkeit jedenfalls **nicht mehr nach Eröffnung der Phase II** möglich ist.

Im Zusammenhang mit der Frage der Unvollständigkeit ist auch die Existenz eines **Formblattes** von großer Bedeutung. Auch wenn sich das derzeitige "freiwillige Modell" durchaus bewährt hat, sollte nach wie vor die Möglichkeit für den zuständigen Minister

bestehen, durch Verordnung ein solches Formblatt zu erlassen. (Diese Bestimmung war bis dato in dem ansonsten in vielen Punkten wortgleichen § 10 Abs 2 KartG geregelt und ist nunmehr in § 11 des Entwurfes nicht enthalten).

§ 12: Es stellt sich die Frage, ob eine "doppelte" Sanktionierung einer unvollständigen Anmeldung notwendig ist. Bei nicht vollständiger Anmeldung sollen einerseits die Fristen nicht zu laufen beginnen, andererseits aber auch eine Zurückweisung der Anmeldung möglich sein. Sinnvoll wäre jedenfalls, der Behörde einen größeren Ermessensspielraum einzuräumen (nach dem derzeitigen Entwurf hat die BWB wohl zwingend den Antrag zurückzuweisen, wenn die Verbesserung nicht innerhalb der eingeräumten Frist erfolgt)

§ 13 Abs 3: In Abs 3 sollte geregelt werden, dass den Anmeldern in der Mitteilung der Einleitung der Phase II **die wesentlichen** (wenn auch nur auf Basis der ersten Prüfung) **Gründe für die Einleitung der Phase II mitgeteilt werden**. Dies erfolgt beispielsweise auch in Verfahren nach der europäischen Fusionskontrollverordnung und ist für eine geordnete Diskussion zwischen Anmeldern und Behörde in Phase II unverzichtbar.¹³

§ 14: § 14 entspricht weitgehend § 12 KartG. Im Sinne des Effizienz- und Beschleunigungsgedankens wäre es notwendig, nach dem Vorbild der europäischen Fusionskontrollverordnung einen konkreten Ablauf für die Durchführung der Phase II (wie etwa Übermittlung von Beschwerdepunkten, Akteneinsicht, Fristen für die Vorlage von möglichen Zusagen, uu auch die Beauftragung von Gutachtern) vorzusehen.

In Abs 5 sollte darauf hingewiesen werden, dass die Entscheidungen erst **nach Rechtskraft** veröffentlicht werden dürfen. Dies gilt im Übrigen auch für die Bestimmung in § 13 Abs 2 letzter Satz betreffend die Veröffentlichung von Beschränkungen oder Auflagen. Insgesamt sollte eine Bestimmung vorgesehen werden, wonach sämtliche Veröffentlichungen nur unter **Rücksichtnahme auf Geschäftsgeheimnisse** der betroffenen Unternehmen zu erfolgen haben.

§ 15: Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich die Möglichkeit einer Fristverlängerung mit Zustimmung der Anmelder. Allerdings sollte auch hier - dem Vorbild der Fusionskontrollverordnung entsprechend - eine Verlängerung nicht grenzenlos möglich sein. Zweckmäßig wäre eine **maximale Verlängerung der Fristen** in Phase I um **zwei Wochen** und der Fristen in Phase II um **weitere vier Wochen** einzuführen.

¹³ Schon jetzt werden Prüfungsanträge häufig von der BWB begründet (auch wenn nach der bisherigen Regelung "leere" Prüfungsanträge dennoch zu einer Einleitung der Phase II führen).

- 13 -

Für eine Diskussion dieser Stellungnahme stehen die Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read "H. Wollmann".

H. Wollmann