



An das
Präsidium des Nationalrats
Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien

Wien, am 05.09.2008

Wettbewerbsreorganisationsgesetz 2008; Wettbewerbsgesetz 2008 (WettbG 2008) u.a.;

BMWA-56.141/0002-C1/4/2008

Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD erlauben sich zu oa Entwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

I. Allgemeines:

Vorweg ist kritisch anzumerken, dass das vom BMWA initiierte Vorhaben - obwohl dadurch eine tiefgreifende Änderung im österreichischen Kartellrecht bewirkt werden soll - mit dem BMJ als für das Kartellrecht zuständigem Ressort offensichtlich nicht abgestimmt ist. Aus dem übermittelten Entwurf (Artikel 1, 1. Abschnitt § 33 und § 41) ergibt sich zudem, dass der Willensbildungsprozess im BMWA selbst noch nicht komplett abgeschlossen ist. Die genannten Umstände sind nicht ohne Einfluss auf die legislative Qualität der zu beurteilenden Gesetzesinitiative geblieben.

Im Vorblatt und den Erläuterungen wird als Motiv für die Gesetzesinitiative die Notwendigkeit einer starken Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) mit Entscheidungsbefugnis genannt, um effiziente und effektive Entscheidungen rasch treffen zu können. Die

wettbewerbsrechtlichen Verfahren sollen erheblich beschleunigt werden. Im Bereich des Wettbewerbsrechts sei es von besonderer Bedeutung, dass Entscheidungen möglichst rasch getroffen werden. Die Komplexität der österreichischen Behördenorganisation stehe diesem Ziel im Wege. Um Effizienzproblemen begegnen zu können, müsse die BWB zu einer „Voll-Wettbewerbsbehörde“ erster Instanz nach dem Muster der Europäischen Kommission oder des deutschen Bundeskartellamts werden; als Rechtsmittelinstanzen sind das OLG Wien als Kartellgericht (Tatsacheninstanz) sowie der OGH als Kartellobergericht (Rechtsinstanz) vorgesehen. Dazu ist folgendes festzuhalten:

1. Im Prozess der Entscheidungsfindung stehen Raschheit und Richtigkeit in einem unauflösbaren Zielkonflikt. Es ist aus Sicht der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter verfehlt, das Ziel der Raschheit der Entscheidungsfindung isoliert auf Kosten der Richtigkeit zu fördern. Die schnellste Entscheidung ist wertlos, wenn sie im Instanzenzug keinen Bestand hat.

2. Nach bestehender Behördenorganisation werden - etwa im Missbrauchsverfahren - Missstände von der BWB untersucht und zum Gegenstand eines Antrags beim Kartellgericht gemacht, dessen Entscheidung einer Überprüfung durch den OGH unterliegt. Es werden demnach bereits nach geltendem Recht drei Behörden (BWB als Untersuchungsbehörde, Kartellgericht als Entscheidungsbehörde 1. Instanz, OGH als Rechtsmittelinstanz) aufeinander folgend tätig, ehe eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Auch der Entwurf sieht weiterhin drei Behörden vor (BWB als Entscheidungsbehörde 1. Instanz, Kartellgericht und OGH als Rechtsmittelbehörden); inwieweit daher durch die vorgeschlagenen Maßnahmen das Verfahren insgesamt beschleunigt werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

3. Die Erläuterungen zum Entwurf bemängeln, dass in der Praxis zwischen einem Wettbewerbsverstoß und einer Abstellungsentscheidung des Kartellgerichts mehrere Jahre liegen können. Diese Zeitspanne hängt aber einerseits vom Zeitpunkt der Antragstellung durch die BWB beim Kartellgericht ab und liegt daher insoweit bereits jetzt in der Ingerenz der BWB; andererseits ist bei komplexen Sachverhalten eine längere Verfahrensdauer auch

bei unverzüglicher Antragstellung unvermeidbar. Dass eine Zusammenlegung von Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnis daran nichts ändert, zeigt etwa die Dauer von komplexen Verfahren in Deutschland und vor der Europäischen Kommission, die ebenfalls jeweils mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Im Übrigen ist zu bedenken, dass unter Umständen lange Verfahrensdauern in Österreich dadurch teilweise wieder kompensiert werden, dass Entscheidungen des Kartellgerichts eine hohe Bestätigungsquote aufweisen und daher in aller Regel nicht neu aufgerollt werden müssen. Ob dies bei einer neu geschaffenen Entscheidungsbehörde, deren Organwalter mit dem Verfassen von Endentscheidungen nach durchgeführtem Beweisverfahren naturgemäß noch keinerlei Erfahrung besitzen, gleichermaßen der Fall wäre, bleibt abzuwarten.

4. Dass bereits die bisherige Behördenorganisation einen raschen Vollzug des Wettbewerbsrechts auch in komplexen Fällen ermöglicht, zeigt beispielhaft der Fall „Aufzugskartell“: Am 28.8.2006 langte eine Sachverhaltsdarstellung eines beteiligten Unternehmens bei der BWB ein, am 18.11.2006 versandte die BWB Auskunftsverlangen an beteiligte Unternehmen, am 30.1.2007 stellte die BWB einen Antrag auf Verhängung von Geldbußen gegen fünf Unternehmen, am 14.12.2007 erging die Entscheidung des Kartellgerichts (rund 150 Seiten Umfang). Über die dem OGH am 7.4.2008 vorgelegten sechs Rechtsmittel wird voraussichtlich im Oktober 2008 entschieden werden.

5. Die Erläuterungen zum Entwurf meinen, dass die bestehenden direkten Antragsrechte von Unternehmen wegen der ihnen fehlenden Ermittlungsbefugnisse die georteten Defizite nicht ausgleichen könnten. Insoweit ist auf die dem Kartellgericht bereits nach geltender Rechtslage zur Verfügung stehenden Ermittlungsbefugnisse zu verweisen: Im Anwendungsbereich des AußStrG werden nur relativ geringe inhaltliche Anforderungen an einen Antrag gestellt, und ein im Antrag behaupteter Sachverhalt ist in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes amtswegig zu prüfen, dies unter voller Wahrung des Gebots eines fairen Verfahrens (Art 6 EMRK).

6. Der im Entwurf vorgesehene Ausbau der BWB zu einer „Voll-Wettbewerbsbehörde“ nach dem Muster der Europäischen Kommission und des deutschen

Bundeskartellamt ist nach den vorgeschlagenen Bestimmungen einerseits nicht verwirklicht, andererseits wird an der Organisationsform der Europäischen Kommission Kritik geübt:

a) Das deutsche Bundeskartellamt ist in unabhängige Spruchkörper gegliedert und nicht nur – wie im Entwurf vorgesehen – einem allein unabhängigen Leiter unterstellt. Es kann einstweilige Verfügungen nur befristet auf ein Jahr erlassen (§ 32a GWB). Jeder Fall wird von einem Kollegialgremium, bestehend aus dem Vorsitzenden der jeweiligen Beschlussabteilung und zwei Beisitzern, entschieden. Es handelt sich um eine Mehrheitsentscheidung. Die Beschlussabteilung entscheidet unabhängig (Das Bundeskartellamt in Bonn, Organisation, Aufgaben und Tätigkeit, 17). Abgesehen von der Frage der organisatorischen Zuordnung dieser Entscheidungsgremien entspricht somit das in Deutschland geltende System der Entscheidungsfindung inhaltlich eher der derzeitigen österreichischen Rechtslage als den Vorgaben des vorliegenden Entwurfs.

b) Eine Studie der OECD – das Peer Review of Competition Law and Policy aus dem Jahr 2005 (abrufbar unter „<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>“) – ortete Schwächen und Reformbedarf in der Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Europäische Kommission. Insbesondere die Organisationsform als Einheit von Untersuchungsbehörde und Entscheidungsorgan wurde wegen unkontrollierter Ermessensübung („unchecked discretion“) in Frage gestellt und eine Trennung der investigativen und der entscheidenden Funktion als unumgänglich („inevitable“) bezeichnet. Dabei wurde auf das Vorbild des eigenständigen Gerichts für die Beamten der Europäischen Kommission verwiesen. Ein separates Kartellgericht ist nach Ansicht der OECD langfristig gesehen wünschenswert. Bereits im Annual Survey aus 2003 sprach die OECD vom Defizit des Systems der Europäischen Kommission wegen „the absence of checks and balances where the powers of initiation and decision are combined“.

In Österreich wies auch Wollmann in der Festschrift für Rainer Berchtold (S 674) darauf hin, dass die Europäische Kommission nach dem Inquisitionsprinzip als Ankläger und Richter fungiere und nicht alle Garantien einer objektiven Verfahrensführung gewährleiste. Auch er stellt die Frage, ob das europäische Vollzugssystem nicht in ein Gerichtssystem umgewandelt werden soll, bei dem die Dienststellen der Kommission nur als Ankläger, nicht aber als Entscheidungsorgan fungieren.

Auch der Aufhebung des nur kurz in Geltung gestandenen § 44a KartG 1988 - amtswegiges Einschreiten (des Kartellgerichts) durch das BGBl Teil I, Nr.62/2002 - lagen derartige Überlegungen zugrunde. Nach Auffassung der richterlichen Standesvertretungen würde die im Entwurf vorgesehene Behördenorganisation einen Rückschritt gegenüber der geltenden Rechtslage bedeuten, die den von der OECD vorgeschlagenen Reformen bereits entspricht.

II. Zum vorgesehenen Instanzenzug von einer Verwaltungsbehörde an ordentliche Gerichte:

1. Der nach Art 94 B-VG normierte Verfassungsgrundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung würde durch den vom Entwurf vorgesehenen Instanzenzug durchbrochen werden. Hinreichend nachvollziehbare Gründe, weshalb dies notwendig wäre, zeigt der Entwurf nicht auf. Vielmehr beschränkt sich dieser darauf, die vorgeschlagene Norm (Art 1, 1. Abschnitt, § 35 Abs 1) in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise durch eine Verfassungsbestimmung zu immunisieren.

2. Der Entwurf versucht die Probleme des - in der vorgesehenen Form in Österreich beispiellosen - Instanzenzugs allein mit einer Verfassungsbestimmung zu lösen, ohne die sich daraus ergebenden Probleme auch nur ansatzweise weiterzudenken. Insoweit werden die offenen verfahrensrechtlichen Probleme an das – in die Erstellung des vorliegenden Entwurfes offensichtlich nicht eingebundene – BMJ weitergereicht. Mangels jeder Regelung zu diesen Fragen kann dazu auch nicht Stellung genommen werden. Nur beispielsweise sei etwa darauf verwiesen, dass der Entwurf jegliche Antwort auf die Frage schuldig bleibt, wie das Kartellgericht als Tatsacheninstanz mit den Mitteln des AußStrG ein nach dem AVG durchgeführtes Beweisverfahren überprüfen soll, oder, welcher Verfahrensordnung Form und Inhalt des vorgesehenen Rechtsmittels „Rekurs“ unterliegen. Auf dem Boden geltenden Verfassungsrechts müsste bei Befassung einer nach dem AVG entscheidenden Verwaltungsbehörde in erster Instanz konsequenterweise der Rechtszug zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts (und zwar ohne Zwischenschaltung eines ordentlichen Gerichts) eingerichtet werden.

Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass sich im (ua als Vorbild genannten) deutschen Modell deshalb keine verfahrensrechtlichen Probleme stellen, weil dort die kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften einheitlich im GWB geregelt sind, wobei das Verfahren vor den Kartellbehörden erster Instanz als Verwaltungsverfahren, das Rechtsmittelverfahren als besonderes Verwaltungsstreitverfahren vor nach dem GWB zuständigen Beschwerdegerichten ausgestaltet ist (vgl. *Bunte*, Kartellrecht² 413 ff).

3. Der Entwurf geht davon aus, mit der Einführung einer zweiten Tatsacheninstanz (Zulässigkeit der Beweistrüge vor dem Kartellgericht) ein Rechtsschutzdefizit zu beseitigen. Dem ist entgegenzuhalten, dass de lege lata kein Rechtsschutzdefizit besteht, weil weder die EMRK noch eine innerstaatliche Vorschrift ein Recht auf ein mehrinstanzliches Verfahren gewähren, und zwar weder im Tatsachenbereich, noch im Bereich der rechtlichen Überprüfung.

4. Der Entwurf betont die Unabhängigkeit der neuen Entscheidungsbehörde. Im Gegensatz dazu wird nach dem Vorschlag aber nur der Generaldirektor der BWB weisungsunabhängig gestellt, nicht hingegen einzelne Entscheidungsträger der Behörde, die weiterhin den Weisungen des Generaldirektors bzw in dessen Abwesenheit des Leiters der Geschäftsstelle unterworfen bleiben. Solches ist mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens nicht vereinbar. Rechtsstaatlich bedenklich erscheint auch, dass die BWB – also deren Generaldirektor allein - Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der BWB die aufschiebende Wirkung versagen kann.

III. Zusammenfassung:

1. Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und die Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD lehnen den zu begutachtenden Entwurf aus den vorgenannten Gründen e n t s c h i e d e n a b.

2. Ein Bedarf, Wettbewerbsverfahren isoliert und ohne Bedachtnahme auf die Richtigkeit der darin getroffenen Entscheidungen zu beschleunigen, besteht nicht. Welche Organisationsform der Gesetzgeber für die effektivste hält, um Wettbewerbsrecht zu vollziehen, ist zwar letztlich eine politische Entscheidung, die aber angesichts ihrer Tragweite nicht vorschnell und ohne breite Diskussion getroffen werden sollte. Aus Sicht der richterlichen Standesvertretungen besteht jedenfalls angesichts der bisher bewährten Tätigkeit der in Kartellrechtssachen tätigen Kolleginnen und Kollegen im gegebenen organisatorischen Rahmen kein Änderungsbedarf.

3. Die vorgeschlagene, in bedenklicher Weise durch eine Verfassungsbestimmung abgesicherte organisatorische Mischform zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit bleibt jedenfalls Stückwerk, weil die verfahrensrechtliche Seite der angestrebten Reform völlig ausgeklammert wurde und sich der rudimentäre Entwurf damit einer abschließenden Stellungnahme entzieht. Die vorgesehene Zusammenlegung von Untersuchungsbehörde und Entscheidungsbehörde bedeutet nach Auffassung der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter und der Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD einen empfindlichen Rückschritt an Rechtsstaatlichkeit.

Mag. Charlotte Schillhammer
Vizepräsidentin

Dr. Klaus Schröder
Vorsitzender

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter

Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Seite 7 von 7

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

ZVR-Zahl 576439352