



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ**

BMJ-B9.100/0014-I 4/2008

Museumstraße 7  
1070 Wien

An das  
Bundesministerium für Wirtschaft und  
Arbeit  
Abteilung C 1/4  
Wettbewerbspolitik und –recht  
1011 Wien

Briefanschrift  
1016 Wien, Postfach 63

e-mail  
[kzl.b@bmj.gv.at](mailto:kzl.b@bmj.gv.at)

Telefon (01) 52152-0\*      Telefax (01) 52152 2829

Sachbearbeiter(in): Mag. Christian Auinger  
\*Durchwahl: 2126

**Betrifft:** Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz,  
Begutachtungsverfahren;  
Stellungnahme des BMJ

Mit Beziehung auf das Schreiben vom 12. August 2008 beehrt sich das Bundesministerium für Justiz, zu dem im Gegenstand genannten Entwurf wie folgt Stellung zu nehmen.

### **1. Allgemeines**

Vorweg hält das Bundesministerium für Justiz fest, dass es – ebenso wie das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit – an einer Stärkung der Wettbewerbskontrolle und -aufsicht, an der Verbesserung der Effizienz der zuständigen Behörden und am Ausbau der bisherigen Instrumente sehr interessiert ist. All das sollte freilich unter Wahrung rechtsstaatlicher Standards in einem System der „Checks and Balances“ erfolgen. Wettbewerbskontrolle und -aufsicht können nicht alleiniger Selbstzweck sein, sie müssen vielmehr in das bestehende System der verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Kontrolle eingebaut werden. Auch muss das öffentliche Interesse an einer effizienten Aufsicht und Kontrolle mit anderen gleich wichtigen oder auch wichtigeren Interessen abgewogen werden. Für einen wettbewerbsbehördlichen Fundamentalismus steht das Bundesministerium für Justiz nicht zur Verfügung.

Darüber hinaus ist es aus Sicht des Bundesministeriums für Justiz unabdingbar, in eine Neuregelung der Wettbewerbsaufsicht die Vertreter aller interessierten Kreise

ernsthaft einzubinden und Lösungen anzustreben, die von einem möglichst breiten Konsens getragen sind.

Mit Entschiedenheit tritt das Bundesministerium für Justiz der – lediglich im allgemeinen Teil der Erläuterungen zum Entwurf angesprochenen – Abschaffung des Bundeskartellanwaltes entgegen. Wie die Gespräche im Rahmen der gemeinsamen Evaluierung des Kartellrechts gezeigt haben, haben der Kartellanwalt und sein Stellvertreter mit äußerst bescheidenen Mitteln hervorragende Arbeit geleistet und entscheidend an der Qualitätssicherung in der täglichen Vollzugspraxis des österreichischen Kartellrechts mitgewirkt. Sie haben mindestens ebenso viel zum Vollzug des Kartellrechts beigetragen wie die Bundeswettbewerbsbehörde zum Vollzug des Wettbewerbsrechts. „Ein „Wettbewerb der Wettbewerbsbehörden“ entspricht marktwirtschaftlichen Prinzipien wie etwa auch der Wettbewerb zwischen mehreren Wirtschaftsforschungsinstituten; auch stellt niemand in Frage, dass für wirtschaftspolitische Angelegenheiten mehrere Ressorts zuständig sind und dabei auch im Wettbewerb stehen.

Der vorgeschlagene Entwurf wirft weiters eine Reihe von verfassungsrechtlichen Fragen auf. Im Besonderen gilt das für die Vereinbarkeit des Konzepts mit dem Grundsatz der Trennung der Justiz von der Verwaltung, für die Wahrung der Grundprinzipien des Art. 6 EMRK über ein faires Verfahren, für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ermächtigung einer Verwaltungsbehörde zur Verhängung von unter Umständen exorbitant hohen Sanktionen und für die Vereinbarkeit des Entwurfs mit den Grundsätzen des Art. 102 B-VG. Diese Fragen bedürfen einer vertieften Prüfung, zumal der Vollzug des Wettbewerbsrechts auf verfassungsrechtlich sicheren Füßen stehen sollte.

## **2. Effizienzdefizite im gerichtlichen Kartellrecht?**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit will den erstinstanzlichen Vollzug des Kartellrechts, der bisher vom Oberlandesgericht Wien wahrgenommen wurde, auf die aus der Wettbewerbsabteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit hervorgegangene Bundeswettbewerbsbehörde übertragen, der bisher die Funktion einer Amtspartei zugekommen ist. Das Kartellrecht soll demnach in erster Instanz nicht mehr von höchstqualifizierten Richtern eines Rechtsmittelgerichts, sondern von Verwaltungsorganen vollzogen werden. Dabei schlägt der Entwurf vor, den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung zu durchbrechen und einen Rechtsmittelzug von der Bundeswettbewerbsbehörde an

das Oberlandesgericht Wien und den Obersten Gerichtshof vorzusehen. Gleichzeitig sollen nach den Vorstellungen des Entwurfs wesentliche Teile des Kartellgesetzes in das Wettbewerbsgesetz übernommen werden.

Das Bundesministerium für Justiz unterstützt das grundlegende Anliegen des Entwurfs, die Effizienz des österreichischen Kartellrechtsvollzuges zu steigern. Die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs dient den Interessen von Unternehmen und Verbrauchern. Langfristig führt Wettbewerbsdruck zu Innovationen, Investitionen und damit zu Wohlfahrtsgewinnen. Die Förderung des "Prinzips Wettbewerbs" in der österreichischen Wirtschaft sollte daher sowohl in der noch laufenden wie auch in der kommenden Legislaturperiode ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers sein.

Allerdings ist der Begründung des Entwurfs, im kartellgerichtlichen Verfahren seien Effizienzprobleme festzustellen, mit aller Entschiedenheit entgegen zu treten. Auch wenn das österreichische Modell einer Kartellgerichtsbarkeit nicht dem europäischen „Mainstream“ entsprechen mag, hat es sich doch bewährt. Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht und der Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht haben in vielen, zum Teil durchaus medienwirksamen Entscheidungen gezeigt, dass sie die tiefgreifenden Reformen durch die Kartellgesetz-Novelle 2002 und das Kartellgesetz 2005 bewältigt haben. Die österreichische Kartellgerichtsbarkeit braucht sich auch im Hinblick auf Fall- und Erledigungszahlen vor einem Vergleich mit ausländischen Wettbewerbsbehörden in keiner Weise zu scheuen. Letztlich sichert sie rechtsstaatliche Standards auf höchstem europäischem Niveau.

Offenbar geht der Entwurf davon aus, dass die Bundeswettbewerbsbehörde – ungeachtet ihrer gewiss hervorragenden Medienarbeit – den an sie gestellten Erwartungen bisher nicht entsprochen habe. (Dies möchte das Bundesministerium für Justiz nicht näher kommentieren, weil es sich – anders als der Entwurf – nicht anmaßen will, die Tätigkeit einer ihm nicht unterstehenden Behörde zu bewerten oder zu kritisieren.) Wenn dem aber so sein sollte, so dürfte das wohl zum größten Teil auf die völlig unzureichende Personalausstattung dieser Behörde zurückzuführen sein. Sowohl im internationalen Vergleich mit vergleichbaren Ländern als auch im innerstaatlichen Vergleich mit anderen Wirtschaftsaufsichtsbehörden ist die personelle und sachliche Dotierung der Bundeswettbewerbsbehörde bescheiden. Dabei geht es nicht etwa um die beiden Stellen, die dieser Behörde mit der Auflösung der Einrichtung des Bundeskartellanwalts zuwachsen könnten, sondern um weit mehr Planstellen und

Mittel, um die notwendige Vorbildung der Bediensteten und um deren Aus- sowie Fortbildung. Eine solche Aufstockung der finanziellen und personellen Ressourcen und ein kohärentes Ausbildungskonzept sieht der vorliegende Begutachtungsentwurf aber nicht vor. Unter diesen Voraussetzungen kann aber nicht gesagt werden, ob das Vorhaben die an sich erstrebenswerten Verbesserungen in der Wettbewerbsaufsicht herbeiführen kann. Auch mutet es eigenartig an, wenn der Entwurf eine Behörde, die sich bislang anscheinend schwer getan hat, ihrer Funktion als Amtspartei und Antragstellerin bei den Gerichten nachzukommen, mit einer Entscheidungskompetenz ausstatten will.

### **3. Evaluierung des Kartell- und Wettbewerbsrechts**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat bedauerlicherweise keine Gelegenheit gefunden, seine rechtspolitischen Vorstellungen in die durch das Regierungsprogramm für die 23. Legislaturperiode initiierte Evaluierungsdiskussion einzubringen. Ebenso wenig hat es sein Vorhaben vor der Versendung zur allgemeinen Begutachtung mit dem für das Kartellrecht zuständigen Bundesministerium für Justiz abgestimmt. Die vielfältigen rechtlichen und praktischen Fragen der Umstellung der Kartellgerichtsbarkeit auf den Vollzug durch eine Wettbewerbsbehörde sind daher mit den am Kartellrecht interessierten Kreisen noch nicht einmal im Ansatz diskutiert worden. Darüber hinaus ist der Entwurf in weiten Teilen unvollständig. Etliche mit der Umstellung verbundene grundsätzliche Fragen werden auf diese Weise völlig offen gelassen. Er eignet sich daher nicht für eine ausreichende öffentliche Erörterung eines zukünftigen Gesetzes. Dies tut aber der Anerkennung keinem Abbruch, die dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit dafür gebührt, dass es einen – hoffentlich fruchtbaren – öffentlichen Diskurs über die optimale Struktur des österreichischen Kartellrechtsvollzugs und seine Stärkung initiiert hat.

### **4. Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit schlägt mit der „Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Bundeswettbewerbsbehörde“ de facto die Abschaffung der Kartellgerichtsbarkeit in erster Instanz vor. Nach den Erläuterungen hätten die unterschiedlichen Zuständigkeiten bei der Vollziehung gezeigt, dass eine starke Bundeswettbewerbsbehörde mit Entscheidungsbefugnis notwendig sei. Im Wettbewerbsrecht sei es von besonderer Bedeutung, dass Entscheidungen

möglichst rasch getroffen würden. Die Komplexität der österreichischen Behördenorganisation stehe diesem Ziel im Wege. Insbesondere in kartellgerichtlichen Verfahren über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seien nicht unerhebliche Effizienzprobleme festzustellen gewesen.

Mit der beklagten „Komplexität der österreichischen Behördenorganisation“ spricht der Entwurf die Trennung zwischen der der Bundeswettbewerbsbehörde zukommenden Ermittlungs- und Aufgriffsfunktion einerseits und der dem Kartellgericht zukommenden Entscheidungsfunktion andererseits an. Diese Trennung sichert aber nicht nur die Unvoreingenommenheit des Entscheidungsorgans. Sie gewährleistet auch effizienter die Verteidigungsrechte des belangten Unternehmens, als dies in einem auf dem Inquisitionsprinzip aufbauenden Verfahren der Fall wäre. Im gerichtlichen Strafrecht ist dies jedenfalls eine Errungenschaft, die verfassungsrechtlich vorgegeben ist und niemand in Zweifel ziehen würde.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Ausführungen in den Materialien zur Kartellgesetz-Novelle 2002 über die Abschaffung der Befugnis des Kartellgerichtes zum amtswegigen Einschreiten im öffentlichen Interesse verwiesen: Nach den Erläuterungen dieser – von Wirtschafts- und Justizressort gemeinsam eingebrachten – Regierungsvorlage wurde dem Kartellgericht damit eine rechtsstaatlich nicht unbedenkliche Doppelrolle zugewiesen. Die Amtswegigkeit könne das Kartellgericht in jedem Fall des amtswegigen Tätigwerdens dem Vorwurf der Parteilichkeit aussetzen. Diese Bedenken gelten aber gleichermaßen, wenn diese Doppelfunktion einer Behörde zukommen soll.

Der Entwurf bleibt für seine These, es seien im kartellgerichtlichen Verfahren über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht unerhebliche Effizienzprobleme festzustellen gewesen, Konkretisierungen und Nachweise schuldig. Derartige „Effizienzprobleme“ wurden weder in den Besprechungen zur Evaluierung des österreichischen Kartellrechts aufgezeigt noch in den jährlichen Berichten der Bundeswettbewerbsbehörde thematisiert. Offensichtlich dürften Probleme allerdings darin bestehen, dass es der Bundeswettbewerbsbehörde bisher nur unzureichend gelungen ist, von dem ihr zur Verfügung stehenden verfahrensrechtlichen Instrumentarium Gebrauch zu machen. So ist dem Bundesministerium für Justiz etwa kein einziger Fall bekannt, in dem die Behörde im Sinn der vom Entwurf propagierten Raschheit eine einstweilige Verfügung gemäß § 48 KartG 2005 beantragt hätte. Dabei wäre hervorzuheben, dass es nach dieser

Bestimmung weder der Bescheinigung einer subjektiven noch einer objektiven Gefährdung - wie in der Exekutionsordnung vorgesehen - bedarf und die Bescheinigung der Voraussetzungen für die Abstellung der Zuwiderhandlung ausreicht. Ferner dürfte es der Bundeswettbewerbsbehörde bisher nicht gelungen sein, die Möglichkeit der Hausdurchsuchung in österreichischen Kartellverfahren mit hinreichendem Aufklärungserfolg in Anspruch zu nehmen.

Zu den der Bundeswettbewerbsbehörde eingeräumten Ermittlungsbefugnissen deutet der Entwurf selbst an, die Behörde mache von diesen Befugnissen nur mehr geringen Gebrauch, weil sie sich mit Problemen konfrontiert sehe, die ihr die Judikatur des Obersten Gerichtshof als Kartellobergericht bereite. Nach der damit vermutlich angesprochenen Entscheidung 16 Ok 10/05 des Obersten Gerichtshofs ist bei der Beurteilung, ob eine unbeantwortet gebliebene Frage zum Gegenstand eines Auftrags des Kartellgerichts zur Auskunftserteilung gemacht werden kann, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Einerseits sind hier das Interesse der Behörde, die ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben wahrzunehmen, zu beachten, andererseits aber auch die Interessen des betroffenen Unternehmens, nicht über Gebühr in Anspruch genommen zu werden. Darüber hinaus ist im kartellgerichtlichen Verfahren über den Auskunftsantrag der Bundeswettbewerbsbehörde dem Gegner Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

Wenn es richtig sein sollte, dass die Bundeswettbewerbsbehörde sich durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung und das rechtliche Gehör der Gegenseite vor dem Kartellgericht von Ermittlungen abbringen lässt, wäre dies gewiss bedauerlich. Selbst wenn ihr aber die Durchsetzung ihrer Auskunftersuchen mit Bescheid durch den Gesetzgeber übertragen werden sollte, müsste sie vor der Erlassung eines solchen Bescheids die selben Kriterien berücksichtigen, wie sie der Oberste Gerichtshof in der genannten Entscheidung aufgestellt hat. Der völlige Ausschluss eines Rechtsbehelfs des zur Auskunft Herangezogenen wird mit rechtsstaatlichen Anforderungen nicht in Einklang zu bringen sein.

Wenn aber die Bundeswettbewerbsbehörde ihre Aufgabe, vermutete oder behauptete Wettbewerbsbeschränkungen zu untersuchen und durch die Stellung entsprechend fundierter Anträge beim Kartellgericht auf deren Abstellung zu dringen, nur unzureichend wahrnimmt, wird es auch für das Kartellgericht schwierig, Beweise zu erheben, die zu einer Abstellungsentscheidung führen können.

Letztlich sei auch darauf hingewiesen, dass das Wettbewerbsrecht – anders als das Justizwesen – in dem die unmittelbare Bundesverwaltung umschreibenden Katalog



des Art. 102 Abs. 2 B-VG nicht erwähnt wird. Damit stellt sich die Frage, ob die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf die Behörde mit diesen Grundsätzen in Einklang steht.

## **5. Umstellungsprobleme**

Eine Übertragung der erstinstanzlichen Zuständigkeit für den Kartellrechtsvollzug von spezialisierten Senaten des Oberlandesgerichtes Wien auf die bisher nur mit Aufgriff, Ermittlung und Antragstellung betraute Amtspartei „Bundeswettbewerbsbehörde“ würde für einen längeren Zeitraum einen immensen Umstellungsaufwand mit sich bringen. Die Bediensteten der Bundeswettbewerbsbehörde müssten sich erst Fertigkeiten und Grundlagen für die neue Entscheidungstätigkeit erarbeiten; das Oberlandesgericht Wien würde wohl in der ersten Zeit massiv mit Rechtsmitteln in Anspruch genommen werden. Dementsprechend groß wäre auch der zusätzliche Aufwand für betroffene Unternehmen und ihre Rechtsvertreter. Auch wären – jedenfalls für eine nicht vernachlässigbare Übergangszeit – merkliche Effizienzeinbußen des Kartellrechtsvollzugs zu befürchten. Diese Maßnahme würde daher einen Rückschlag für den effizienten Vollzug des Kartellrechts in Österreich bedeuten.

## **6. Trennung der Justiz von der Verwaltung**

Die Beseitigung der Kartellgerichtsbarkeit in erster Instanz wäre eine eindeutige Rücknahme rechtsstaatlicher Standards in Kartellverfahren: In der rechtswissenschaftlichen Literatur werden jedenfalls gewichtige Argumente dafür vorgetragen, dass die von den kartellrechtlichen Amtsparteien zu stellenden Anträge auf Verhängung von Geldbußen „einer strafrechtlichen Anklage“ im Sinn des Art. 6 EMRK gleichstehen und die dort vorgesehenen Rechtsschutzstandards auch für den Kartellrechtsvollzug einzuhalten sind. Nach der Menschenrechtskonvention kann aber über eine strafrechtliche Anklage nur ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht entscheiden. Auch sei hier an die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zur Begrenzung der Sanktionsbefugnisse im Verwaltungsstrafrecht erinnert, die durch die erstinstanzliche Zuständigkeit der Behörde zur Verhängung von unter Umständen exorbitant hohen Geldbußen unterlaufen werden könnte.

Der Vorschlag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit läuft - wie bereits ausgeführt - auch darauf hinaus, die derzeitige Trennung von Aufgriffs- und

Antragsfunktion einerseits und Entscheidungsfunktion andererseits aufzuheben. Diese Trennung sichert aber nicht nur die Unvoreingenommenheit des Entscheidungsorgans; sie gewährleistet auch effizienter die Verteidigungsrechte des Beschuldigten. Im gerichtlichen Strafrecht ist dies jedenfalls eine Errungenschaft des vorvorletzten Jahrhunderts, die verfassungsrechtlich vorgegeben ist und die niemand in Zweifel zieht.

Der verfassungsgesetzlich vorgegebene Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung hat in Österreich besonderes Gewicht und wurde bis dato noch nie in der vom Entwurf vorgeschlagenen Art und Weise durchbrochen. Mit dem Rechtsmittelzug von der Behörde zum Gericht würde ein Nebeneinander von gerichtlichem und verwaltungsbehördlichem Kartellrechtsvollzug geschaffen. Das machte es wieder es in weiten Bereichen erforderlich, gerichtliches und verwaltungsbehördliches Verfahrensrecht nebeneinander anzuwenden. Ohne besondere Anordnungen wären etwa in dem nach gerichtlichem Verfahrensrecht durchzuführenden Rechtsmittelverfahren erstinstanzliche Verfahrensfehler nach Verwaltungsverfahrensrecht zu beurteilen. Das im Entwurf mit „Rekurs“ bezeichnete Rechtsmittel hätte eine verfahrensrechtliche „Doppelfunktion“, zumal es sich gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde an ein Gericht wendete. Ohne nähere Anordnungen würden hierauf sowohl Bestimmungen des gerichtlichen Verfahrensrechts als auch verwaltungsrechtliche Bestimmungen anzuwenden sein. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass anders als der Entwurf das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen recht detaillierte Verweise auf das anzuwendende Verfahrensrecht enthält, wobei das Bundeskartellamt auch eine Reihe zivilprozessualer Bestimmungen anzuwenden hat.

An zentralen verfahrensrechtlichen Problemen, die der Entwurf ungeregelt lässt, fällt - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - auf:

Der Wechsel vom Inquisitionsverfahren zu einem kontradiktorischen Verfahren führte dazu, dass die Entscheidungsbehörde erster Instanz Partei des zweitinstanzlichen Verfahrens wäre. Dies kann bei bestehenden Modellen sukzessiver Kompetenz hingenommen werden, weil die Entscheidungsgrundlage vom Gericht gänzlich neu ermittelt wird. Sollte hingegen auf dem von der Verwaltungsbehörde erhobenen Sachverhalt aufgebaut und die Entscheidung lediglich an Hand von Rechtsmittelgründen überprüft werden, so wäre dies über die Verletzung der Waffengleichheit ein Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens.



Auf Grund der Entscheidungsbefugnis der Bundeswettbewerbsbehörde in erster Instanz müsste die Partei in zweiter Instanz sozusagen ihre Unschuld beweisen. Anders als etwa im sozialgerichtlichen Verfahren, wo regelmäßig ein Anspruch eines Versicherten verhandelt wird, ist im Kartellrecht ein Vorwurf Gegenstand des Verfahrens. Sollte – wie vorgesehen - ein für die Partei negativer Bescheid der Verwaltungsbehörde nicht bereits durch Klageerhebung endgültig außer Kraft treten, so läge es im gerichtlichen Verfahren an der Partei, diesen Vorwurf wieder zu entkräften.

Der Ausschluss der Anwendbarkeit des § 73 AVG würde bedeuten, dass weder ein Devolutionsantrag noch ein Fristsetzungsantrag möglich wäre.

Die Rechtsmittelgründe des zivilgerichtlichen Verfahrens passen nicht zu den Vorschriften des Verwaltungsverfahrens erster Instanz. Damit wären einerseits manche Verfahrensverstöße unanfechtbar, andererseits tadellos geführte Verfahren anfechtbar.

Eine bloß teilweise Anfechtung des Bescheides der Verwaltungsbehörde führte zu gemischten Entscheidungen „Bescheid/Urteil“.

Ebenfalls ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien im Folgenden nur kurz einige weitere verfahrensrechtliche Fragen und Anmerkungen dargelegt, die sich aus einer Verbindung des Verwaltungs- mit dem Gerichtsverfahren ergeben:

- Ausschluss der aufschiebenden Wirkung – Kann das Gericht diese Entscheidung abändern?
- Sind sämtliche Entscheidungen außer der Endentscheidung als "Verfahrensanordnung" zu betrachten, gegen die ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig ist, oder gibt es auch Zwischenbeschlüsse, über die das Gericht als zweite Instanz entscheidet?
- Kommt es zu einem Wiederaufleben des Bescheides der Verwaltungsbehörde bei Aufhebung der gerichtlichen Entscheidung durch die zweite gerichtliche Instanz?
- Verfahrensergänzung – Eine bloß teilweise Verfahrensergänzung würde nach anderen Regeln erfolgen.
- Gibt es eine Bindung an nicht bekämpfte Zwischenentscheidungen erster Instanz, oder kann das Gericht auch von Amts wegen Fehler der Verwaltungsbehörde wahrnehmen?

- Einstweilige Verfügungen – Kann (neben den Einstweiligen Verfügungen nach § 24 des Entwurfs) auch ein Antrag auf Einstweilige Verfügung bei Gericht zu anderen Punkten gestellt werden?
- Ist dem Gericht die Überbindung der Rechtsansicht an die Verwaltungsbehörde bei aufhebenden Entscheidungen möglich?
- Ist die Verwaltungsbehörde gehalten, die ständige Rechtsprechung der Kartellgerichte zu berücksichtigen?
- Sind Erhebungsaufträge bzw. Weisungen des Gerichts an die Verwaltungsbehörde möglich?
- Ausstellungen – Sind dienstaufsichtsbehördliche Maßnahmen des Gerichts hinsichtlich der Verwaltungsbehörde möglich?
- Richtet sich der Datenschutz im Verfahren nach verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Regeln?

Dieses Nebeneinander unterschiedlichen Verfahrensrechts mag in Deutschland, das sein System seit Jahrzehnten kennt, kein Problem verursachen; in Österreich würde das völlig neue Modell eines Instanzenzugs von einer Verwaltungsbehörde an ein Gericht aber für eine längere Übergangszeit zu massiver Rechtsunsicherheit und damit verbundenen Problemen für alle Beteiligten führen.

Auf internationaler und europäischer Ebene scheint sich ebenfalls zunehmend die Ansicht durchzusetzen, dass das aktuelle österreichische System einer Trennung der Aufgriffs- und Ermittlungsfunktion einerseits und der von Gerichten wahrgenommenen Entscheidungsfunktion andererseits Vorteile gegenüber dem in vielen Staaten üblichen Vollzug durch eine einzige Wettbewerbsbehörde aufweist: So führt der Bericht der OECD über das Wettbewerbsrecht in der Europäischen Union aus dem Jahr 2005 (<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>) aus, dass der Kartellrechtsvollzug durch die Europäische Kommission an Schwächen leidet, die aus der Verbindung der Ermittlungs- mit der Entscheidungsfunktion herrühren. Ferner verweist er auf Probleme, die aus dem Kartellrechtsvollzug durch hierarchisch organisierte Behördenstrukturen entstehen, und denkt eine eigene erstinstanzliche Kartellgerichtsbarkeit der Gemeinschaft an.

Auch andere europäische und internationale Entwicklungen sprechen dafür, den Kartellrechtsvollzug den Gerichten anzuvertrauen: Zum einen würde ein Kartellrechtsvollzug durch Gerichte der derzeit auf europäischer Ebene intensiv diskutierten Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Verstößen gegen das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden

Stellung entgegen kommen. Zum anderen bringt auch die auf internationaler Ebene wieder vermehrt eingeforderte individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellverstöße das Kartellrecht auch in denjenigen Staaten der Gerichtsbarkeit näher, die den Vollzug des Kartellrechts Wettbewerbsbehörden anvertrauen.

Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vorgesehene Behördenstruktur würde im Ergebnis auch zu einer Verlängerung der kartellgerichtlichen Verfahren führen. Dem erstinstanzlichen Verfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde würde ein dieses umfassend nachprüfendes Rechtsmittelverfahren vor dem Kartellgericht folgen, gegen dessen Entscheidung ein „Revisionsrekurs“ an das Kartellobergericht zulässig sein soll. Eine derartige Verfahrensverlängerung scheint schwerlich mit der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit verfolgten Beschleunigung in Einklang zu bringen sein; sie würde insbesondere zu Problemen bei der Zusammenschlusskontrolle führen.

Letztlich würde durch den vorgeschlagenen erstinstanzlichen Vollzug des Kartellrechts durch die Bundeswettbewerbsbehörde die Einbindung des Sachverständes der aus dem Bereich der Sozialpartner beigezogenen fachkundigen Laienrichter verloren gehen.

## **7 . Systematik des Entwurfs**

Der Entwurf kopiert zahlreiche Bestimmungen des Kartellgesetzes in das Wettbewerbsgesetz 2008, das im Übrigen aus überwiegend unverändert gebliebenen Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes besteht. Für eine solche Übernahme kartellrechtlicher Bestimmungen besteht aber ebenso wenig ein vernünftiger Grund wie für die Neukodifikation des Wettbewerbsgesetzes.

Diese Stellungnahme wird unter einem dem Präsidium des Nationalrats übermittelt.

15. September 2008  
Für die Bundesministerin:  
Dr. Georg Kathrein

Elektronisch gefertigt