

Univ.Prof. Dr. Hanspeter Hanreich
Gerichtlich beeideter Sachverständiger für Kartellangelegenheiten
Institut für höhere Studien

An das
Bundesministerium für
Wirtschaft und Arbeit
Abteilung C 1/4
Stubenring 1
1011 Wien

Wien, 20.8.2008

Betrifft: Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz 2008; Begutachtung
GZ: BMWA-56.141/0002-C1/4/2008

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich danke für die Übermittlung des Entwurfes für ein Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz 2008 und darf dazu wie folgt Stellung nehmen:

Die Wettbewerbspolitik ist ein besonders wichtiger Teil der Wirtschaftspolitik. Sie ist immer nur so gut, wie sie von den zuständigen Behörden betrieben wird. Die Effizienz der Behördenorganisation ist daher ein wesentlicher Bestandteil einer wirksamen Wettbewerbspolitik. Der vorgelegte Entwurf beschäftigt sich vor allem mit den Zuständigkeiten der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB).

Seit mehr als 100 Jahren wird in Österreich darüber diskutiert, ob das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen besser von einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde vollzogen werden soll. Im Kartellgesetz 1951 wurden zwei Art. 133 Z 4 - B-VG – Behörden, das heißt Verwaltungsbehörden mit richterlichem Einschlag, nämlich die Kartellkommission beim OLG Wien und die Kartelloberkommission beim OGH, mit der Vollziehung des Gesetzes betraut. Erst durch die 3. Kartellgesetznovelle 1958 wurde das Kartellgericht und Kartellobergericht geschaffen. Die Entscheidung für die Gerichtszuständigkeit war damals vor allem aus zwei Gründen gerechtfertigt:

- Seit Beginn der rechtlichen Befassung mit Wettbewerbsbeschränkungen Ende des 19. Jhdts. und bis in die 70er Jahre des 20.Jhdts. hinein, wurde das Kartellrecht überwiegend als Kartellprivatrecht gesehen. Es sollte vor allem die Rechtsverhältnisse der Kartellanten untereinander und die Stellung der Kartellaußenseiter regeln. Spezifisch sittenwidrige Vereinbarungen sollten bekämpft werden können. Selbstverständlich war schon immer die volkswirtschaftliche Relevanz dieser Vereinbarungen oder gesellschaftsrechtlichen Verbindungen klar, der juristische Ansatzpunkt lag aber im Privatrecht. Es war daher nahe liegend, Gerichte mit der Vollziehung des Kartellrechts zu betrauen.
- Die Unabhängigkeit einer Art. 133 Z. 4 – B-VG – Behörde oder eines Gerichtes wurde für den Vollzug des Kartellrechts zu Recht immer als Vorteil gegenüber einer Vollziehung durch eine weisungsgebundene Verwaltungsbehörde gesehen.

Die rechtliche und ökonomische Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen hat sich in den letzten Jahrzehnten stark verändert:

- Seit den 70er Jahren des 20. Jhdts. wurde die wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartellrechts immer deutlicher, was geschichtlich betrachtet auch mit der Teilnahme Österreichs an der EFTA zusammenhing. Die Einführung einer Zusammenschlusskontrolle, zu der man sich erst 1993 anlässlich der Teilnahme am EWR entschloss, war ein Meilenstein in diese Richtung. Man kann sagen, dass der EU-Beitritt Österreichs zu einem grundsätzlichen Wandel in der Einstellung gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen auch für rein österreichische Sachverhalte geführt hat. Obwohl das Gesetz noch immer Kartellgesetz genannt wurde, stand nicht mehr die Beurteilung privatrechtlicher Gebilde und Verhaltensweisen im Vordergrund, sondern der wirtschaftspolitische Gedanke, durch effizienten und fairen, internationalen Wettbewerb die Wirtschaft zu fördern. Erst das Kartellgesetz 2005 brachte den weitgehenden Gleichklang des materiellen österreichischen und europäischen Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Mit der weitgehenden Anpassung der österreichischen Vorschriften an Art. 81 ff EGV war es nicht getan. Die neue Verfahrensordnung der unmittelbar geltenden EG-Verordnung 1/2003 wirkte weit in die österreichischen Wettbewerbsbehörden hinein und erforderte begleitende Normen.
- Die Praxis der in den 90er Jahren des 20. Jhdts. eingeführten unabhängigen Regulierungsbehörden zeigte, dass das Modell der Art. 133 Z. 4 – B-VG – Behörden in vielen Fällen eingesetzt werden kann, in denen die Unabhängigkeit einer entscheidenden Verwaltungsbehörde erforderlich ist.
- Insgesamt kann gesagt werden, dass sich die öffentliche Einstellung zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewandelt hat. Wettbewerbspolitik wird endlich als wichtiger Teil der Wirtschaftspolitik erkannt und aus verschiedenen Anlässen, zuletzt als Mittel gegen die Inflation, eingefordert.

Auf die gerade beschriebenen Änderungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wurde vom Gesetzgeber in Bezug auf die Behördenorganisation bis jetzt nicht ausreichend reagiert obwohl entsprechende Pläne im noch geltenden Regierungsübereinkommen enthalten sind. Der vorgelegte Entwurf soll diesen Mangel offenbar beheben. Dass das bevorstehende Ende der verkürzten Legislaturperiode nur mehr eine Begutachtungsfrist von ca. drei Wochen ermöglicht und das mitten im Sommer, ist bedauerlich, war aber offenbar nicht zu ändern.

Durch Zusammenfassen des in den letzten Jahren aufgebauten Know-how in Wettbewerbsangelegenheiten in einer untersuchenden und entscheidenden Wettbewerbsbehörde erster Instanz soll nun die Vollziehung des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbessert werden. Der Entwurf sieht ausdrücklich die Unabhängigkeit der gesamten BWB vor, die nach wie vor beim BMWA eingerichtet sein soll. Ich begrüße diesen Ansatz. Ich bin darüber hinaus der Meinung, dass alle jene, die die zersplitterten Zuständigkeiten der österreichischen Wettbewerbsbehörden als ausgewogenes System erklären wollen, in dem sich die Spieler gegenseitig zu Höchstleistungen anspornen, nicht eine effiziente Wettbewerbspolitik anstreben, sondern lediglich die Aufrechterhaltung der eigenen Machtpositionen.

Der vorliegende Entwurf stellt nach meiner Ansicht auch keinen Angriff auf Kompetenzen der unabhängigen Gerichte dar. Kein Freund der Justiz wird behaupten können, dass das Betreiben von Wirtschaftspolitik eine legitime Aufgabe der Gerichte sei. Ich war viele Jahre als fachmännischer Laienrichter im Kartellgericht tätig und kann daher aus eigener Erfahrung sagen: Wirtschaftspolitische Diskussionen über Sachverhalte, die juristisch zu entscheidenden waren, führten oft zu Frustrationen der Berufs- und der Laienrichter ohne die Qualität der Entscheidungen verbessern zu können. Österreichische Zivilgerichte sind auch nicht dazu eingerichtet, komplizierte wirtschaftliche Sachverhalte auf eigene Initiative hin aufzuarbeiten. Darauf könnte man antworten: Die BWB wurde ja gerade zu dem Zweck geschaffen, um die relevanten Sachverhalte entscheidungsreif vorzubereiten. Aber: auch dabei war der Gesetzgeber nicht entschlossen genug. Entscheidende Ermittlungstätigkeiten dürfen nach geltendem Recht nur nach Auftrag des Kartellgerichtes durchgeführt werden.

In allen diesen Punkten würde der Entwurf zu Verbesserungen führen. Er muss nur mit zwei Problemen kämpfen:

- Erstens: Die Reform müsste eigentlich weiter gehen und endlich Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz zu einem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zusammenführen. Dazu fehlte offenbar bisher der entsprechende politische Wille.
- Zweitens: Der Entwurf bricht mit dem verfassungsrechtlichen Dogma der unbedingten Trennung von Justiz und Verwaltung. Die Verfassungen anderer demokratischer Staaten beweisen, dass diese Trennung nicht in der Art erfolgen muss, wie es in Österreich üblich ist. Z.B. kennt man gerade im deutschen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen die wechselnde Zuständigkeit zwischen der Verwaltungsbehörde Kartellamt und dem Beschwerdegericht. Außerdem geht ja auch in Österreich der Rechtszug in allen Verwaltungsangelegenheiten letztlich zu einem Gericht, nämlich zum Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof. Dass die Beschwerden an die Höchstgerichte nicht als Rechtsmittel angesehen werden, dient nach meiner Meinung nur dem Dogma der Trennung von Gericht und Verwaltung in der österreichischen Form. Das Modell, das im Entwurf vorgeschlagen wird, ist inhaltlich nichts anderes als die Einführung eines Sonder(verwaltungs)gerichts für Wettbewerbsangelegenheiten, das im Unterschied zum gegenwärtigen Zustand erst als Rechtsmittelinstanz arbeiten soll.

Ich möchte mich nicht auf die einzelnen Bestimmungen des Entwurfes beziehen, weil ich der Ansicht bin, dass legistische Mängel, die sicher an der einen oder anderen Stelle vorhanden sind, leicht beseitigt werden können, wenn sich der Gesetzgeber über die großen Züge des Entwurfes einig ist. Ich hoffe auf eine solche Einigung in der nächsten Legislaturperiode, vielleicht sogar im Rahmen einer hier als „große Lösung“ bezeichneten Zusammenführung von Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz. Der vorgelegte Entwurf kann jedenfalls auch dazu dienen, diese Gesamtlösung vorzubereiten.

Hanspeter Hanreich