

# Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen

## Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich

Nr. 84, 2010





---

# Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen

---

## Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich

**Nr. 84, 2010**

---

# BEIRAT FÜR WIRTSCHAFTS- UND SOZIALFRAGEN

## Mitglieder:

Günther Chaloupek  
Dinah Djalinous-Glatz  
Martin Gleitsmann  
Peter Kaluza  
Ralf Kronberger  
Georg Kovarik  
Maria Kubitschek  
Christoph Michelic  
Nikolaus Morawitz  
Guenther Rohrer  
Rene Schindler  
Christoph Schneider  
Wolfgang Tritremmel  
Ernst Tüchler  
Josef Wöss

## Geschäftsführer:

Thomas Delapina  
Andreas Henkel

## Ständige Experten:

Karl Aiginger  
Silvia Angelo  
Erich Kühnelt  
Rudolf Lichtmannegger  
Josef Moser

## Assistenz der Geschäftsführung:

Andreas Schneider  
Thomas Zotter

ISBN 978-3-901466-15-1

---

Medieninhaber: Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen, Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien,  
Tel. (0) 5 90 900/4270; Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1041 Wien, Tel. (01) 501 65/2284; <http://www.sozialpartner.at>

## VORWORT

Ziel der vorliegenden Studie des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen über die Zukunft des Wettbewerbsvollzugs in Österreich ist es, nach den grundlegenden Reformen der Jahre 2002 und 2006 Bilanz zu ziehen und Empfehlungen für eine weitere Entwicklung zu geben. Damit ist gleichzeitig das Erreichte und noch zu Erreichende in der nationalen Wettbewerbspolitik erarbeitet worden, wobei im Dienste der Effizienz der Fokus der Studie auf das politisch und wirtschaftlich Machbare gelegt wurde. Hierzu sind 16 Interviews mit Kartell- und Wettbewerbsrechts-ExpertInnen sowie den MitarbeiterInnen des Wettbewerbsvollzugs durchgeführt worden. Im Weiteren sind auch 2 Studienreisen zu den deutschen und ungarischen Wettbewerbsbehörden unternommen worden, um Informationen über Erfahrungen und Praxis des dortigen Wettbewerbsvollzugs aus erster Hand zu erhalten. Alle Gespräche sind dokumentiert und befinden sich für alle interessierten LeserInnen im Anhang. Ziel dieser Studie ist es darüber hinaus, allen Wettbewerbs-AkteurInnen und politischen EntscheidungsträgerInnen sowohl Anstöße als auch Anregungen zur Weiterentwicklung der heimischen Wettbewerbspolitik zu geben. Aus diesem Grund hat sich der Beirat dazu entschlossen, seine Position über die künftigen Herausforderungen einer proaktiven Wettbewerbspolitik auch im Rahmen dieser Studie darzustellen. Diese Beirats-Studie soll auch ein Beitrag zu dem von der Bundesregierung beschlossenen Evaluierungsprozess sein.

Funktionierender Wettbewerb fördert Innovation, Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und Wohlstand. Bei fairen Wettbewerbsbedingungen profitieren somit sowohl die UnternehmerInnen und ArbeitnehmerInnen als auch die KonsumentInnen und SteuerzahlerInnen sowie die Administration über marktgerechte Preise, Produktvielfalt, Qualität und eine effiziente Ressourcenverteilung. Österreich wird häufig eine geringe Wettbewerbsgesinnung attestiert; daher sollte es ein Ziel einer proaktiven nationalen Wettbewerbspolitik sein, das Verhältnis zum marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu verbessern.

Die österreichischen Sozialpartner sind seit den Anfängen des österreichischen Kartellrechts Akteure in der nationalen Wettbewerbspolitik. Sie verfügen nach geltendem Recht über ein allgemeines Antragsrecht bei Kartell- und Missbrauchsfällen. Darüber hinaus bringen die MitarbeiterInnen der Sozialpartner ihr Fachwissen sowohl auf institutioneller Ebene (Wettbewerbskommission, fachkundige LaienrichterInnen am Kartellgericht und Kartellobergericht) als auch im Rahmen von Arbeitsgruppen zur Weiterentwicklung des Wettbewerbs- und Kartellgesetzes ein.

Um den LeserInnen den Einstieg in die Studie zu erleichtern, sei der Aufbau kurz skizziert: Eingangs gibt es eine Zusammenfassung der Studie

sowie eine Auflistung von Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des österreichischen Kartellrechtsvollzuges. Anschließend beginnt die Studie mit dem 1. Kapitel, welches sich mit allgemeinen wettbewerbspolitischen Überlegungen für Österreich beschäftigt. Im 2. Kapitel werden die organisationsrechtlichen Aspekte und hier vor allem die Institutionenfrage behandelt. Darauf folgen im 3. Kapitel die verfahrensrechtlichen Aspekte mit Vorschlägen für schnellere und treffsichere Kartellverfahren. Das 4. Kapitel betrachtet die materiellrechtlichen Aspekte zur Stärkung der inhaltlichen Wettbewerbsaufsicht. Die Dokumentation der Interviews befindet sich im Anhang.

Der Beirat dankt allen ExpertInnen und MitarbeiterInnen, die an der Erarbeitung dieser Studie beteiligt waren. Ein besonderer Dank ergeht an den/die GeschäftsführerIn der Arbeitsgruppe Ulrike Ginner und Theodor Taurer.

Soweit in diesem Text in weiterer Folge personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

Wien, im April 2010

*Die Vorsitzenden des  
Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen*

Georg Kovarik  
*Österreichischer Gewerkschaftsbund*

Maria Kubitschek  
*Bundesarbeitskammer*

Nikolaus Morawitz  
*Landwirtschaftskammer Österreich*

Christoph Schneider  
*Wirtschaftskammer Österreich*

# INHALT

## ZUSAMMENFASSUNG UND POLITISCHE EMPFEHLUNGEN .....8

<b>1. ALLGEMEINER TEIL - WETTBEWERBSPOLITIK IN ÖSTERREICH</b> .....	14
1.1. Wettbewerbspolitische Grundsatzüberlegungen.....	14
1.2. Einfluss der Europäischen Union und Bedarf einer nationalen Wettbewerbspolitik.....	16
1.3. Rolle der Sozialpartner in der österreichischen Wettbewerbspolitik .....	17
1.4. Bilanz zur Entwicklung seit 2002 .....	17
1.5. Aktionsplan „Zukunft der Wettbewerbspolitik“ .....	19
<b>2. ORGANISATIONSRECHTLICHER TEIL – ZUR INSTITUTIONENFRAGE</b> .....	21
2.1. Allgemeine Erwägungen .....	21
2.1.1. Historischer Rückblick .....	21
2.1.2. Blick über die Grenzen .....	22
2.1.3. Problemaufriss .....	23
2.2. Kartellgerichte als Entscheidungsbehörden beibehalten .....	25
2.2.1. Einleitende Betrachtungen.....	25
2.2.2. Vor- und Nachteile des kartellgerichtlichen Vollzugs...	26
2.2.3. Internationaler Behördenvergleich .....	29
2.3. Bundeswettbewerbsbehörde als effiziente Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde gestalten .....	31
2.3.1. Mehr Prävention und Rechtssicherheit durch Antragstellung beim Kartellgericht .....	31
2.3.2. Transparenzvorschriften verbessern .....	32

2.3.3. Ressourcen der Behörde stärken .....	33
2.3.4. Politische Verantwortlichkeit und Leistungskontrolle ausbauen .....	35
2.3.5. Interne Organisationsstruktur überdenken.....	36
<b>2.4. Bundeskartellanwalt als sinnvolle Ergänzung zur BWB erhalten .....</b>	<b>36</b>
<b>2.5. Know-how der Wettbewerbskommission stärker nützen .....</b>	<b>38</b>
<b>2.6. Das Verhältnis Wettbewerbsaufsicht und Sektorregulierung klären .....</b>	<b>39</b>
<b>2.7. Ein nationales Netzwerk für den Kartellrechtsvollzug schaffen (Austrian Competition Network; ACN).....</b>	<b>40</b>
<b>3. VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL – SCHNELLERE UND TREFFSICHERE VERFAHREN.....</b>	<b>42</b>
<b>3.1. Zusammenschlusskontrolle.....</b>	<b>42</b>
3.1.1. Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich .....	42
3.1.2. Kooperative Gemeinschaftsunternehmen.....	43
3.1.3. Wettbewerblich erheblicher Einfluss .....	43
3.1.4. Erhöhung der Schwellenwerte .....	44
3.1.5. Multiplikatorenverordnung .....	45
3.1.6. Stop-the-clock Verfahren .....	46
3.1.7. Ministererlaubnis.....	46
<b>3.2. Bußgeldverfahren .....</b>	<b>47</b>
3.2.1. Allgemeine Überlegungen und Praxis .....	47
3.2.2. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung .....	48
3.2.3. Kronzeugenregelung.....	48
<b>3.3. Feststellungsanträge für bereits beendete Zuwerhandlungen.....</b>	<b>49</b>
<b>3.4. Zweite Tatsacheninstanz.....</b>	<b>50</b>
<b>3.5. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen .....</b>	<b>51</b>
<b>3.6. Auskunftsverlangen - selbstständige Bescheidkompetenz der BWB?.....</b>	<b>51</b>
<b>3.7. Allgemeine Ermittlungsbefugnisse der BWB .....</b>	<b>52</b>
<b>3.8. Gerichtlich bestellte Sachverständige .....</b>	<b>53</b>
<b>3.9. Einstweilige Verfügungen .....</b>	<b>53</b>
<b>3.10. Antragsrechte der Regulatoren.....</b>	<b>54</b>
<b>4. MATERIELLRECHTLICHER TEIL – WETTBEWERBS- AUF SICHT INHALTLICH STÄRKEN .....</b>	<b>55</b>
4.1. Wettbewerbsmonitoring gesetzlich verankern .....	55
4.2. Verstärkte Aufsicht gegen Marktmachtmissbrauch.....	56
4.3. Branchenuntersuchungen .....	57

4.4. Schadenersatz bei Kartellrechtsverstößen weiter entwickeln („Private Enforcement“)	58
4.5. Regierungsprogramm für mehr Wettbewerb bei den Freien Berufen umsetzen	59
4.6. Bagatellbestimmungen vereinheitlichen	60

<b>MITGLIEDER DER ARBEITSGRUPPE</b>	<b>61</b>
-------------------------------------	-----------

<b>ANHANG:</b> Protokolle der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“	<b>62</b>
--	-----------

## ZUSAMMENFASSUNG

In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung der Wettbewerbspolitik im Rahmen der Allgemeinen Wirtschaftspolitik auf europäischer und nationaler Ebene beschäftigen sich die Sozialpartner in der vorliegenden Studie mit der Bedeutung des Wettbewerbs für Wachstum und Beschäftigung und legen Empfehlungen für künftige Reformmaßnahmen vor. Die Sozialpartner erweisen sich damit auch weiterhin als wichtige wirtschaftspolitische Gestalter im Zusammenhang mit der Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs auf den Märkten – dies zum Wohl der Konsumenten und Unternehmen.

Der Beirat fordert die Ausarbeitung einer umfassenden wettbewerbspolitischen Gesamtstrategie („Grand Design“) von den politisch verantwortlichen Stellen ein. Ziel ist es, das Wettbewerbsbewusstsein in der österreichischen Volkswirtschaft zu stärken.

In Bezug auf die Evaluierung der Reformen des Kartell- und Wettbewerbsrechts seit 2002 kommt der Beirat zu einer grundsätzlich positiven Bewertung. Verbesserungsbedarf wird vor allem in einer aktiveren Wettbewerbsaufsicht durch die Bundeswettbewerbsbehörde, im Setzen von klaren wettbewerbspolitischen Schwerpunkten und in einer verbesserten Transparenz der Entscheidungsprozesse geortet.

Hinsichtlich der Institutionenfrage halten die Sozialpartner am bewährten System der Gewaltentrennung fest, wonach der Kartellgerichtsbarkeit weiterhin die Entscheidungskompetenz zukommt und die Ermittlungs- und Aufgriffshandlungen von Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt vorgenommen werden.

Der Gesetzgeber hat es bisher verabsäumt die Bundeswettbewerbsbehörde als schlagkräftige Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde zu gestalten. Daher werden in der vorliegenden Studie Wege aufgezeigt, wie die Bundeswettbewerbsbehörde ihrem gesetzlichen Auftrag – auch im Zusammenspiel mit anderen Behörden – besser nachkommen kann. Die Sozialpartner vertreten die Ansicht, dass eine unabhängige, aus dem politischen Weisungszusammenhang entlassene Behörde einer verstärkten Leistungskontrolle unterliegen und politische Verantwortung für ihr Handeln tragen muss.

Das wirtschaftliche und wettbewerbspolitische Know-how der Wettbewerbskommission sollte stärker genützt werden und die vom Gesetzgeber im Jahr 2002 intendierte Rolle als Beratungsorgan sollte weiterentwickelt werden.

Durch die Vorschläge des Beirats in Bezug auf die verfahrensrechtlichen Fragestellungen soll gewährleistet werden, dass Verfahren schneller und treffsicherer abgewickelt werden können.

Die Zusammenschlusskontrolle sollte in mehreren Punkten novelliert werden. Unter anderem sollte zur Vermeidung von Umgehungshandlungen (z.B. 24,9% Beteiligungen) der Tatbestand des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ in die Zusammenschlussregeln aufgenommen werden. Die in der Diskussion vorgebrachten Anregungen die Schwellenwerte zu erhöhen, um damit die Anzahl der Zusammenschlussanmeldungen zu reduzieren, wird vom Beirat nicht als erforderlich gesehen. Darüber hinaus sollte auch die Einführung einer Ministererlaubnis nach deutschem Vorbild überlegt werden, wonach wettbewerbsrechtlich untersagte Zusammenschlüsse bei Vorliegen anderer wichtiger politischer Prioritäten freigegeben werden können.

Im Bußgeldverfahren sollte zur Gewährleistung eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens die diesbezüglichen Regeln präzisiert werden. Um die Kronzeugenregelung effizienter zu gestalten wäre zu überlegen, die Immunisierung auch auf die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen auszudehnen.

Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass Schadenersatzansprüche von durch Wettbewerbsverstöße Geschädigten ausreichen, um eine kartellgerichtliche Entscheidung zu erhalten; damit wird der Zugang zu Schadenersatz erleichtert.

Der Beirat vertritt die Auffassung, dass eine Beschleunigung der Verfahren zur Auskunftserlangung erstrebenswert wäre, ebenso was die Erlassung von Einstweiligen Verfügungen betrifft. Schlussendlich sollten die allgemeinen Ermittlungsbefugnisse der BWB an die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission angeglichen werden.

In materiellrechtlicher Hinsicht tritt der Beirat für eine verbesserte qualitative Wettbewerbsaufsicht ein, dies vor allem durch die gesetzliche Einführung eines systematischen, kontinuierlichen und transparenten Wettbewerbsmonitorings, durch eine verbesserte Aufsicht gegen missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung sowie durch eine umfassendere Kompetenz für die Beauftragung von Branchenuntersuchungen.

Um den Reformdruck aufrecht zu erhalten, werden die Sozialpartner über diese Studie hinaus eine neuerliche Evaluierung der bis 2013 gesetzten Schritte vornehmen (Aktionsplan „Zukunft der Wettbewerbspolitik“).

## **DIE SOZIALPARTNER VERSTÄNDIGEN SICH AUF FOLGENDE EMPFEHLUNGEN:**

### **ALLGEMEINER TEIL:**

- Als Ausdruck des allgemeinen politischen Willens – Wettbewerb zu fördern und die Wettbewerbsgesinnung in Österreich zu verbessern – sollte sich das „Grand Design“ einer proaktiven Wettbewerbspolitik (wettbewerbspolitische Strategie) sowohl im Regierungsprogramm der Bundesregierung als auch in konkreten Handlungen der zuständigen Ministerien wiederfinden.
- Es ist ein Jahresbericht darüber zu erstellen, welche Umsetzungsschritte und Maßnahmen seitens der Bundesregierung bzw. der zuständigen Ministerien stattgefunden haben, um die Weiterentwicklung der wettbewerbspolitischen Strategie verfolgen und messen zu können („Lagebericht Wettbewerb“).

### **ORGANISATIONSRECHTLICHER TEIL:**

- Die Kartellgerichte sind als Entscheidungsbehörden beizubehalten. Es ist zu prüfen, ob die Kartellgerichte nicht auch eine zentrale Rolle bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen als Vorfragen in privaten Schadenersatzprozessen übernehmen können.
- Die Ressourcen der Bundeswettbewerbsbehörde sind zu verstärken. Bei Budget- und Personalhoheit ist ihr größere Autonomie einzuräumen; dafür ist im Gegenzug die Verantwortlichkeit und Leistungskontrolle zu verschärfen.
- Die Transparenz über Entscheidungen und Maßnahmen der Wettbewerbsbehörden ist zu verbessern.
- Der Bundeskartellanwalt ist als sinnvolle Ergänzung im Behördengefüge zu erhalten; seine Ermittlungersuchen an die Bundeswettbewerbsbehörde sollten formalisiert werden.
- Das Know-how der Wettbewerbskommission ist besser zu nutzen; dazu ist es sinnvoll, die Gutachtenstätigkeit zu öffnen und

der Kommission geringfügige eigene Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Die Kommission sollte in Hinkunft in das Auswahlverfahren für den Generaldirektor der Bundeswettbewerbsbehörde fachlich eingebunden werden.

- Die Aufgabenteilung zwischen allgemeiner Wettbewerbsaufsicht und Sektorregulierung ist dahingehend zu verbessern, dass durch eine intensivere Kooperation bereits im Vorfeld eine wechselseitige Bedachtnahme auf die Entscheidungen und Maßnahmen der jeweils anderen Behörde stattfindet.
- Der allgemeine Informations- und Wissensaustausch zwischen den wettbewerbsrechtlichen Akteuren ist in einem nationalen Netzwerk (ACN) zu bündeln.

## VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL:

### *Zusammenschlussverfahren:*

- Die Regelung im KartG über kooperative Gemeinschaftsunternehmen sollte an die EG-Fusionskontrollverordnung angepasst werden.
- Um Prüfmöglichkeiten auch unterhalb der 25%-Beteiligungsschwelle zu ermöglichen, sollte der in Deutschland bereits verwirklichte Tatbestand des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ auch in die österreichische Fusionskontrolle aufgenommen werden.
- Es sind Multiplikatorenregelungen mittels Verordnung zu erlassen, um auch die Prüfung von Fusionen in wettbewerblich sensiblen Branchen, die aufgrund der geringen Umsätze nicht der Fusionskontrolle unterliegen, zu ermöglichen.

### *Bußgeldverfahren und Kronzeugenregelung:*

- Im Sinne einer Verfahrensgarantie sollten im KartG präzisere Kriterien für die Bemessung der Geldbuße – in Anlehnung an den Allgemeinen Teil des StGB – festgelegt werden.

- Ein Geldbußenantrag sollte die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Anklageschrift erfüllen.
- Es sollte eine Diskussion darüber geführt werden, die Kronzeugenregelung auch im Hinblick auf die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen auszudehnen.
- Die Praxis der Bundeswettbewerbsbehörde zur Durchführung des Kronzeugenprogrammes sollte anstelle eines Handbuchs im Rahmen einer Rechtsverordnung geregelt werden.

*Sonstiges:*

- Die Bestimmung über Feststellungsanträge für bereits beendete Zuwiderhandlungen sollte an die Praxisbedürfnisse angepasst werden, auch die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen sollte das rechtliche Interesse begründen.
- Die Möglichkeit, das Kartellobergericht nicht nur als Rechtsinstanz, sondern auch als Tatsacheninstanz zu bemühen, sollte einer Überprüfung unterzogen werden.
- Die Bestimmungen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im KartG sollten praxisgerecht gestaltet werden.
- Die Durchsetzung von Auskunftsverlangen der Bundeswettbewerbsbehörde ist zu optimieren. Zur Herbeiführung einheitlicher Kompetenzen bei europäischen und nationalen Ermittlungshandlungen sollte eine Anpassung der Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde an diejenigen der Europäischen Kommission vorgenommen werden.
- Das Verfahren zur Erlangung Einstweiliger Verfügungen ist zu optimieren.

**MATERIELLRECHTLICHER TEIL:**

- Die Einrichtung eines kontinuierlichen und transparenten Wettbewerbsmonitorings ist als Grundlage einer proaktiven Wettbewerbspolitik gesetzlich vorzusehen. Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung ist als erster Schritt umgehend die Wettbewerbskommission mit der Ausarbeitung eines Konzeptes zu befassen.

- Die Aufsicht im Bereich des Marktmachtmissbrauches ist zu optimieren.
- Da Branchenuntersuchungen auch im öffentlichen Interesse liegen, sollte es auch möglich sein, dass die für Wettbewerbsfragen zuständigen Bundesminister Branchengutachten an die BWB in Auftrag geben.
- Für Geschädigte von Kartellverstößen sind die gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung legitimer Schadenersatzansprüche zu verbessern. Unabdingbar ist hierbei jedenfalls eine Verbesserung des Informationszugangs für Geschädigte betreffend die endgültigen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden.
- Das im Regierungsprogramm festgelegte Vorhaben, wonach es bei den Freien Berufen aus wettbewerbspolitischen und aus beschäftigungspolitischen Erwägungen mehr Wettbewerb geben soll, ist rasch umzusetzen.
- Eine Anpassung der österreichischen Bagatellkartell-Regelung an das EU-Recht ist vorzunehmen.

# 1. ALLGEMEINER TEIL – WETTBEWERBSPOLITIK IN ÖSTERREICH

## 1.1 Wettbewerbspolitische Grundsatzüberlegungen

Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union gewinnt die Wettbewerbspolitik zunehmend an Bedeutung und rückt auch verstärkt in die öffentliche Wahrnehmung. Auch aus der Lissabon Strategie und die daran anschließenden Überlegungen, welche unter anderem das Ziel verfolgen, Europa zum wettbewerbsfähigsten Wirtschaftsraum zu gestalten, geht hervor, dass Europa bei der Erreichung von mehr Wachstum und Beschäftigung neben anderen Politikbereichen auch auf einen funktionierenden Wettbewerb setzt.

Die neue EU2020 Strategie, welche auf die vier Fundamente – Innovation, Wettbewerbsfähigkeit, Umweltschutz und sozialer Zusammenhalt – gestützt ist, setzt bei ihrer Zielerreichung auch auf die Wettbewerbspolitik.

Fairer Wettbewerb ist der „Motor“ einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung. Er motiviert Unternehmen ihre Produkte und Dienstleistungen laufend zu verbessern, fördert Innovation und schafft so für den Wirtschaftsstandort Österreich Wachstum und Beschäftigung. Bei fairen Wettbewerbsbedingungen profitieren Konsumenten und Unternehmen durch marktgerechte Preise, eine größere Produktvielfalt, bessere Qualität und nehmen Anteil am technischen und wirtschaftlichen Fortschritt. Wettbewerb ist, jenseits aller ideologischen Vorstellungen, zentraler Verteilungsmechanismus einer Marktwirtschaft. Allerdings ist er kein Selbstzweck; sein Beitrag liegt darin, die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt zu optimieren.

Wettbewerb bezeichnet die Möglichkeit für Unternehmen und Konsumenten, auf der Marktgegenseite unter Alternativen wählen zu können und Leistungen bzw. Produkte zu Wettbewerbspreisen zu beziehen. Hohe Marktkonzentrationen gefährden eine solche Wahlmöglichkeit und sind daher ordnungspolitisch kritisch zu beurteilen, sie sind ein wesentlicher Grund für die Einschränkung der Funktionsfähigkeit von Märkten. Davon ausgenommen sind technisch bedingte, sogenannte natürliche Monopole, diese sind allerdings subsidiär entsprechend zu regulieren.

Wettbewerbsbeeinträchtigungen gehen zu Lasten aller anderen Unternehmen und deren Arbeitnehmer, wirken sich ferner negativ auf den Leistungsanreiz zu Innovation und Effizienz aus und bringen damit den Innovator um seinen gerechten Kreativlohn. Aus Konsumentensicht be-

deuten Wettbewerbsverzerrungen regelmäßig höhere Preise, eine geringere Produktvielfalt und Qualität sowie eine geringere Auswahl an Anbietern. Die negativen Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft sind beträchtlich.

Damit der Wettbewerb seine positive Kraft entfalten kann, bedarf es eines politischen Bekenntnisses zu einer ernsthaften Wettbewerbsgesinnung, klarer Rechtsnormen und einer effizienten und schlagkräftigen Aufsicht.

Wettbewerb ist allerdings nicht in allen Wirtschaftsbereichen gesellschaftlich optimal. So unterliegen Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse (Leistungen der Daseinsvorsorge) auch anderen Wertungskriterien. Hierbei muss sichergestellt sein, dass für alle Bevölkerungskreise der Zugang zu qualitativ hochwertigen, leistbaren und flächendeckenden Dienstleistungen gewährleistet ist. Die Verantwortung zur Sicherstellung und Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen war und ist zentrale Aufgabe der Politik.

Wettbewerb ist kein Selbstläufer. Dort wo Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden sollen, stellt die Sicherung oder Schaffung der für einen solchen Wettbewerb erforderlichen Bedingungen eine ständige Herausforderung dar, sowohl hinsichtlich des Verhaltens der Akteure auf diesen Märkten als auch in Hinblick auf eine effiziente und schlagkräftige Wettbewerbsaufsicht.

Eine wichtige Anforderung an eine effektive Wettbewerbspolitik ist somit ein genauer Zuschnitt dieser Regeln auf die Bedürfnisse von Wirtschaft und Konsumenten. Die Inhalte ihrer Regeln müssen ständig hinterfragt und schnellen Entwicklung der Wirtschaftszweige, für die sie gelten, angepasst werden. Dabei gilt es auch darauf zu achten, dass die Wettbewerbsregeln klar und einfach zu handhaben sind und die mit ihrer Einhaltung verbundenen Kosten in einer ausgewogenen Relation stehen.

Wettbewerbspolitik ist neben anderen Politikbereichen wie Industrie-, Arbeitsmarkt-, Forschungs-, Konsumentenschutzpolitik etc. ein essentieller Bestandteil der allgemeinen Wirtschaftspolitik. Die Wettbewerbspolitik kann als typische Querschnittsmaterie nicht separat betrachtet werden, sondern muss einen integralen Bestandteil der allgemeinen Politik bilden. Dabei ist sicherzustellen, dass ein ausgewogenes System mit allen anderen politischen Bereichen hergestellt wird (Wettbewerbspolitische Gesamtstrategie, „Grand Design“<sup>1)</sup>). Durch dieses Zusammenspiel wird die bestmögliche Unterstützung und Förderung für die Wirtschaft und damit auch für den Konsumenten garantiert, um so zur Maximierung der allgemeinen Wohlfahrt beizutragen.

Gerade zum jetzigen Zeitpunkt, also in Anbetracht der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise, muss auch betont werden, dass eine ak-

---

1) Böhme et al., 19. Teilstudie zum WIFO-Weißbuch „Wachstum und Beschäftigung“, 2006

tive Wettbewerbspolitik einen Beitrag zum nachhaltigen Wachstum der Wirtschaft leisten kann, indem Unternehmen auf innovative Weise ihre Geschäftsstrategie auf Verbraucherwünsche ausrichten und langfristig Investitionen tätigen. In diesem Zusammenhang betont die Europäische Kommission in ihrer Strategie Europa 2020 insbesondere Investitionen im Energie- und Umweltbereich als auch die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft. Auf Dauer gesehen wirkt funktionierender Wettbewerb auf Grund seines preisdämpfenden Effekts Kaufkraft stärkend und kann außerdem allfälligen überschießenden inflationären Tendenzen entgegen wirken.

## **1.2 Einfluss der Europäischen Union und Bedarf einer nationalen Wettbewerbspolitik**

Die Europäische Union und dabei insbesondere die Europäische Kommission haben einen maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung des österreichischen Kartell- und Wettbewerbsrechts. Wesentliche wettbewerbspolitische Impulse kommen aus Brüssel, die Entwicklung in Österreich wird von einer großen Mehrheit der im Rahmen der Interviews zur Studie Befragten als Ergebnis der Anpassung an das europäische Kartellrecht gesehen.

Dies ist im Sinne der Harmonisierung zwar positiv zu werten, allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarkts nicht nur von der Umsetzung, sondern insbesondere auch durch nationale Initiativen im Bereich Wettbewerbspolitik der Mitgliedstaaten maßgeblich unterstützt werden und damit die Effektivität der Maßnahmen seitens der EU verbessert wird. Im Sinne der Leitlinien der europäischen Wettbewerbspolitik sollten die Mitgliedstaaten also auch selbständig aktiv tätig werden und nicht nur ausführende Organe in Umsetzung von europäischen Vorgaben sein.

Vielfach wird in den Interviews darauf verwiesen, dass eine aktive Wettbewerbspolitik nicht deutlich genug abgebildet ist. Die Sozialpartner teilen diese Ansicht. Es ist daher wichtig, dass Österreich für den Bereich der Wettbewerbspolitik eine Strategie entwickelt und aktive Ziele formuliert, den Weg ihrer Umsetzung skizziert und diese anschließend konsequent umsetzt. Als Ausdruck des allgemeinen politischen Willens sollte sich das „Grand Design“ im Regierungsprogramm der Bundesregierung als auch in konkreten Handlungen der zuständigen Ministerien wiederfinden. Sinnvoll wäre es in diesem Zusammenhang auch, einen Jahresbericht darüber zu erstellen, welche Umsetzungsschritte und Maßnahmen stattgefunden

haben, um die Weiterentwicklung der wettbewerbspolitischen Strategie verfolgen und messen zu können („Lagebericht Wettbewerb“).

### **1.3 Rolle der Sozialpartner in der österreichischen Wettbewerbspolitik**

Die Sozialpartner haben sich seit jeher zu einer aktiven Wettbewerbspolitik bekannt und hier Verantwortung übernommen. Die Rolle der Sozialpartnerschaft im Rahmen des Kartellrechtsvollzugs hat sich seit der Kundmachung des Bundesgesetzes über die Regelung des Kartellwesens vom 4. Juli 1951 (BGBl. Nr. 173) zum Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (BGBl. I 61/2005) ebenso grundlegend gewandelt, wie die wirtschaftspolitische Haltung gegenüber Kartellen im Allgemeinen. Bis Ende 2002 waren die Mitglieder des Paritätischen Ausschusses als gesetzliche Gutachter des Kartellgerichts im Wesentlichen für die Ermittlungen und volkswirtschaftliche Expertise im österreichischen Kartellrechtsvollzug verantwortlich. Darüber hinaus kam den Sozialpartnerorganisationen als Amtsparteien neben dem Bund eine maßgebliche Rolle im Aufgriff von Wettbewerbsproblemen zu.

Die Sozialpartner sind nach wie vor wichtige Akteure und Ansprechpartner in der nationalen, aber auch europäischen Wettbewerbspolitik. Sowohl auf institutioneller Ebene (Wettbewerbskommission, fachkundige Laienrichter am Kartellgericht und Kartellobergericht) als auch im Rahmen der von den zuständigen Ministerien einberufenen Arbeitsgruppen zur Weiterentwicklung des Wettbewerbs- und Kartellgesetzes bringen die Mitarbeiter der Sozialpartner ihr Expertenwissen in Wettbewerbsfragen ein. Ein wesentlicher Beitrag für die Entwicklung einer proaktiven Wettbewerbspolitik wurde auch im Rahmen des Sozialpartner-gestützten Weißbuches des WIFO „Mehr Beschäftigung durch Wachstum auf Basis von Innovation und Qualifikation“ vom Oktober 2006 und vor allem der Teilstudie 19 „Wettbewerb und Regulierung“ dokumentiert.

### **1.4 Bilanz zur Entwicklung seit 2002**

Das österreichische Kartellrecht unterliegt bereits seit mehreren Jahrzehnten einem beständigen Anpassungsprozess an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union. Bereits im Rahmen der Kartellgesetznovelle 1999 (BGBl. I 126/1999) hat der Gesetzgeber die Notwendigkeit eines politisch unabhängigen Aufgriffs von Wettbewerbsfällen erkannt und das

Kartellgericht zum amtswegigen Einschreiten neben den Sozialpartnerorganisationen und dem Bund bevollmächtigt.

Die große Novelle 2002 brachte eine grundlegende Systemumstellung in der kartellrechtlichen Vollzugsorganisation. An Stelle der Sozialpartnerinstitutionen als Amtsparteien traten die beiden neu geschaffenen Institutionen Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt; weiters wurde die Wettbewerbskommission als beratendes Gremium eingerichtet. Das neue Kartellgesetz 2005 verbunden mit einer Novelle des Wettbewerbsgesetzes brachte einen weitgehenden materiell rechtlichen Gleichklang mit dem europäischen Wettbewerbsrecht sowie eine Anpassung des nationalen Verfahrensrechtes an die neue Verordnung Nr. 1/2003<sup>2</sup>.

Sowohl das Regierungsübereinkommen für die 23. (Oktober 2006 bis Oktober 2008) als auch das für die 24. Gesetzgebungsperiode (2008 bis 2013) sehen eine Evaluierung der letzten Novellen des Wettbewerbs- und Kartellrechts vor. Dazu fanden einige Arbeitsgespräche zwischen dem Bundesministerium für Justiz, dem damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und den sonstigen beteiligten Kreisen statt; im Ergebnis ist diese Evaluierung allerdings noch nicht abgeschlossen.

Die Bilanz der wettbewerbsrechtlichen Reformen seit 2002 in Österreich wird von der Mehrheit der Interviewpartner positiv gesehen. Österreich hat mit der Reform 2002 an internationale Standards angeschlossen. Aus Sicht der Mehrzahl der Gesprächspartner werden allerdings das Fehlen einer klaren wettbewerbspolitischen Schwerpunktsetzung und mangelnde Transparenz aufgezeigt. Zu wünschen wäre auch eine aktivere Wettbewerbsaufsicht und eine klare Verantwortlichkeit für die strategische Zielformulierung der nationalen Wettbewerbspolitik. In erster Linie wurde von Anwaltsseite die bestehende Kompetenzzersplitterung im Kartell- und Wettbewerbsrecht kritisch beurteilt.

Die Sozialpartner stimmen dieser Bilanz grundsätzlich zu; sie versuchen im Rahmen dieser Studie Problemlösungen für die Defizite in den einzelnen Bereichen zu finden. Wie bereits festgehalten, ist die Wettbewerbspolitik grundsätzlich eine Querschnitts- und Koordinierungsmaterie, welche viele ministerielle Kompetenzen berührt. Es ist damit Aufgabe der Bundesregierung, eine politische Gesamtstrategie auszuarbeiten und kohärente Wettbewerbsregeln aufzustellen. Welches Ministerium für welche Belange dabei zuständig sein soll, ist eine autonome Entscheidung der Bundesregierung. Es ist dabei wünschenswert, dass die wettbewerbspolitische Gesamtstrategie in einem einzigen verantwortlichen Ressort erarbeitet werden soll; das gleiche gilt für die legislativen Regeln. Dabei erscheint

---

2) Verordnung Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:de:PDF>

es aber nicht zwingend notwendig, die Verantwortung für die politische Strategie und deren legislative Umsetzung in einem Ressort zu vereinigen.

## **1.5 Aktionsplan „Zukunft der Wettbewerbspolitik“**

Die Sozialpartner sehen ebenfalls den Bedarf, die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich zu verbessern. Im Rahmen der vorliegenden Studie möchten die Sozialpartner ihre gemeinsame Position über die künftigen Herausforderungen an eine aktive Wettbewerbspolitik darstellen. Dazu sind einerseits Fragen der Behördenorganisation zu behandeln, andererseits das anzuwendende Recht zu analysieren und bei beiden Bereichen Verbesserungsvorschläge zu erarbeiten. Auch in Bezug auf eine proaktive Wettbewerbspolitik gilt es, klare politische Verantwortlichkeiten auszumachen.

Bei Berücksichtigung aller relevanten Argumente bleibt aus Sicht der Sozialpartner bereits einleitend festzuhalten, dass ein Systemwechsel von der Entscheidungskompetenz der Kartellgerichtsbarkeit hin zur Entscheidungskompetenz der BWB – auf Basis der gegenwärtigen Umstände – weder kurz- noch mittelfristig zu einer Verbesserung des Wettbewerbsvollzugs in Österreich beitragen kann. Es wird auch daran erinnert, dass die budgetären Sanierungsaufgaben jedenfalls bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode notwendige zusätzliche Investitionen in einen Systemumbau unwahrscheinlich erscheinen lassen – besonders in Anbetracht des Umstandes, dass selbst in Zeiten der Hochkonjunktur keine große Bereitschaft dazu vorhanden war. Davon abgesehen vertreten die Sozialpartner generell die Ansicht, dass die Trennung von Ermittlung und Entscheidung – wie im derzeitigen System abgebildet – einen rechtsstaatlichen Wert für sich darstellt und davon nicht ohne zwingende Notwendigkeit abgegangen werden soll.

Um die Zeit zu nutzen und das System für die Zukunft offen weiterzuentwickeln, sind aber – unabhängig von der budgetären Machbarkeit – zahlreiche Verbesserungen vor allem in verfahrens- und materiellrechtlichen Belangen kurzfristig umsetzbar. Mit konkreten Vorschlägen befassen sich die weiteren Ausführungen in dieser Studie.

Um den Reformdruck aufrecht zu erhalten, der BWB die Möglichkeit zu geben, ihre internen Organisationsprojekte umzusetzen und eine allfällige Umsetzung der in dieser Studie vorgeschlagenen Maßnahmen durchführen zu können, wird der Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen 2013 neuerlich eine Arbeitsgruppe mit der Beurteilung der bis dahin umgesetzten Maßnahmen sowie allfälliger Reformnotwendigkeiten beauftragen,

die dann bis etwa 2018 umgesetzt werden könnten. Jedenfalls sollte in den nächsten Jahren – im Interesse einer modernen Wettbewerbspolitik und einer Effektivierung der Wettbewerbsdurchsetzung in Österreich – der Hauptfokus der Entwicklung weniger auf dem unfruchtbaren Streit um Entscheidungsbefugnisse liegen, sondern auf eine Verbesserung der Wettbewerbsgesinnung bei Konsumenten und Unternehmen, Politik und Öffentlichkeit schlechthin. Zusätzlich bedarf es künftig eines entschlosseneren Wettbewerbsvollzugs.

Diese Studie soll schließlich auch ein Beitrag im Rahmen des von der Bundesregierung beschlossenen Evaluierungsprozesses sein.

## 2. ORGANISATIONSRECHTLICHER TEIL – ZUR INSTITUTIONENFRAGE

### 2.1 Allgemeine Erwägungen

#### 2.1.1 *Historischer Rückblick*

Es ist unstrittig, dass es dem österreichischen Gesetzgeber obliegt, sich bei der Ausgestaltung des nationalen Kartellrechtvollzuges für ein System des zivilgerichtlichen oder des verwaltungsbehördlichen Vollzugsmechanismus zu entscheiden. Aus der Rechtstradition der 50-er Jahre heraus hat sich in Österreich der sondergerichtliche Vollzug in der Form der Kartellgerichtsbarkeit beim Oberlandesgericht Wien in erster und dem Obersten Gerichtshof in zweiter und letzter Instanz entwickelt. Diese wurde in ihrer Funktion als zentrale Entscheidungsbehörde bis 2002 durch Institutionen der Sozialpartner unterstützt; seit Mitte 2002 haben die neugeschaffenen Wettbewerbsbehörden Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und Bundeskartellanwalt (BKAnw) die Aufgaben der Ermittlung und des Aufgriffs von Wettbewerbsverstößen übernommen.

Die Gründe für die heutige Behördenorganisation und -struktur in Österreich sind in den wirtschafts- und rechtspolitischen Realitäten und Zusammenhängen der Jahre 2000/2001 zu finden, wobei die Einsichten einer Reformnotwendigkeit des österreichischen Kartellrechtvollzuges weiter zurückreichen. Bereits seit dem Beitritt Österreichs zur EU im Jahr 1995 war evident geworden, dass langfristig eine moderne Wettbewerbsaufsicht auch in Österreich geschaffen werden muss. Die Umsetzung eines Systems klassischer Wettbewerbsbehörden hat dann immerhin sieben Jahre gedauert und war auch getragen durch die Reformnotwendigkeiten infolge der Anpassung der nationalen Rechtslage an die neue EU-Kartellverfahrensverordnung (VO 1/2003).

Als wesentliches Defizit wurde immer das Fehlen eines unabhängigen Aufgriffs verstanden, weshalb in einem ersten Schritt das Kartellgericht zur Einleitung von Verfahren *ex officio* zuständig gemacht worden ist (amtswegiges Einschreiten; § 44a KartG 1988, KartGNov 1999). Diese Entwicklung erwies sich aber bald als unbefriedigend, weil sich die Vereinigung von Aufgriff und Entscheidung (auch bei einer gerichtlichen Arbeitsteilung) in einer Hand als mit dem Verständnis einer unabhängigen Gerichtsbarkeit schwer vereinbar erwiesen hat; auch ist die Möglichkeit der Durchführung eigener Ermittlungen durch ein Gericht – selbst

in Verfahrensarten, die vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werden – nur sehr eingeschränkt möglich und bleibt weit hinter dem zurück, was eine klassische Wettbewerbsbehörde nach internationalen Vorbild vermag<sup>3</sup>.

Die Kartell- und Wettbewerbsgesetznovelle 2002 wandelte die Wettbewerbsabteilung des Wirtschaftsministeriums in die unabhängige Bundeswettbewerbsbehörde um. Der Bundeskartellanwalt wurde gänzlich neu geschaffen und dem Justizminister unterstellt. Ebenfalls wurde die Wettbewerbskommission als beratendes Organ neu eingerichtet. Das neue Kartellgesetz 2005 brachte dann nach einhelliger Auffassung endgültig ein modernes inhaltliches Regelwerk (Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht nach europäischem Vorbild) in die österreichische Kartellrechtsordnung – wobei sich die Initiativen zur Neufassung des Kartellrechtes auf breite Basis und allgemeine Akzeptanz stützen konnten.

Seit 2006 ist die Frage nach der Entscheidungskompetenz erster Instanz und die Stellung der BWB und des BKANw immer stärker in den Vordergrund getreten und hat zu politischen Kontroversen geführt. Dies wurde erstmals im Budgetbegleitgesetz 2007<sup>4</sup> offensichtlich, wo im Rahmen eines Entwurfes für eine Wettbewerbsgesetznovelle 2007 des damaligen BMWA die Bestimmungen über den Bundeskartellanwalt aus dem Kartellgesetz hätten gestrichen werden sollen. Die anhaltenden Bestrebungen mündeten in den Vorschlägen für ein Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz<sup>5</sup> während des Wahlkampfes 2008. Darin wurde im Wesentlichen die Übertragung der erstinstanzlichen Entscheidungsbefugnis auf die BWB in allen kartellrechtlichen Verfahren vorgesehen; die Kartellgerichtsbarkeit sollte mit einfachem Verfassungsgesetz die Rechts- und Tatsachenkontrolle übernehmen. Beiden Entwürfen war mangels Konsens kein Erfolg beschieden.

Bislang war es ein wesentliches Ziel des Gesetzgebers, den Kartellrechtsvollzug von „Interessenkollisionen und politischen Rücksichtnahmen“ zu befreien<sup>6</sup>. Dies wurde in Österreich zweifach umgesetzt; zum Ersten ist die Entscheidungsbefugnis in Kartellangelegenheiten bei spezialisierten Senaten der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit, namentlich dem Kartellgericht und dem Kartellobergericht, angesiedelt. Seit der Novelle 2001/2002 ist die Rolle der Sozialpartner im Vollzug weitgehend reduziert worden. Zweitens ist die BWB in ihrer Tätigkeit und v.a. der Generaldirektor weisungsfrei und unabhängig gestellt. Die Freistellung von der Bindung an

---

3) Siehe dazu: Die Ermittlungskompetenzen europäischer Wettbewerbsbehörden im Überblick, 2008 <http://www.bmwfj.gv.at/Wirtschaftspolitik/wettbewerbspolitik/Documents/Ermittlungsbefugnisse.pdf>

4) [http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME\\_00014/pmh.shtml](http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00014/pmh.shtml)

5) [http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME\\_00224/pmh.shtml](http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIII/ME/ME_00224/pmh.shtml)

6) Siehe die EBs zur Kartellgesetznovelle 2001/2002, S.3 [http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXI/ME/ME\\_00223/imfname\\_000000.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXI/ME/ME_00223/imfname_000000.pdf)

Weisungen des vorgesetzten Organs erfolgt seit 1. Jänner 2008 gemäß Art. 20 (2) Zif.5 B-VG durch einfaches Gesetz.

### *2.1.2 Blick über die Grenzen*

Bei Analyse der Behördenstrukturen in anderen Ländern ist festzuhalten, dass sich die einzelnen Vollzugssysteme überwiegend aus autonomen, nationalen Rechtstraditionen entwickelten; es ist ein Wesensmerkmal vor allem solcher Systeme, die bis vor kurzem Wettbewerbsrecht und -kontrolle nicht kannten (MOE-Länder) und diese ohne nationales Vorbild aufbauen konnten, dass große Vorbilder wie die Federal Trade Commission (FTC) in den USA oder der verwaltungsbehördliche Ansatz der EU zum Behördenaufbau herangezogen worden sind. Die europäische Wettbewerbspolitik war und ist gegenüber dem nationalen Vollzugaufbau immer neutral; wesentlich ist die Effektivität des Systems und die Fähigkeit mit der Europäischen Kommission und mit dem Netzwerk der anderen nationalen Wettbewerbsbehörden zusammen zu arbeiten. Ein effektiver und effizienter Vollzug ist in den unterschiedlichsten Ausgestaltungsvarianten (gerichtlich, quasigerichtlich, Verwaltungsbehörden-System) denkbar. Wesentlicher Parameter für die Effizienz einer Behördenstruktur ist neben einer Optimierung der Zusammenarbeit innerhalb des Vollzugssystems die Ausstattung der beteiligten Behörden mit den notwendigen Ressourcen.

### *2.1.3 Problemaufriss*

In einer Gesamtschau der jüngeren Entwicklungen der Kartellbehördenorganisation ist festzuhalten, dass die Institutionenreform 2001/2002 von allen Experten einhellig als eine wichtige und richtige Systementscheidung hin zu einem unabhängigen modernen Kartellrechtvollzug in Österreich gesehen wird. Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen BWB, BKAAnw und Kartellgericht haben sich grundsätzlich bewährt.

Im Rahmen der geführten Gespräche mit Kartell- und Wettbewerbsrechtsexperten hat sich in Bezug auf das österreichische Vollzugssystem ein sehr differenziertes Bild gezeigt. Die strikte Trennung zwischen den Aufgriffsbehörden Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde – letztere auch als Ermittlungsbehörde – und dem Kartellgericht als Entscheidungsbehörde wird wegen der dadurch ermöglichten objektiven und qualitativ hochwertigen Entscheidungsfindung<sup>7</sup> von der Mehrheit der Experten positiv angesehen.

---

7) Dem entspricht auch der Umstand, dass die Gewaltenkumulierung, wie dies in der Praxis der Europäischen Kommission verwirklicht ist, im internationalen Kontext zunehmend kritisiert wird (OECD, Competition Law and Policy in the European Union, Paris, 2005).

Von manchen wird das bestehende österreichische Vollzugssystem allerdings als „(zu) kompliziert“ bezeichnet, wobei folgende Punkte dafür zentral zu sein scheinen: erstens der Umstand, dass Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse in der ersten Instanz nicht in einer Hand liegen<sup>8</sup>, und zweitens die Dualität der beiden Amtsparteien als Aufgriffsbehörden.

Jedenfalls werden im geltenden System Probleme im Bereich der behördlichen Schwerpunktsetzung bzw. der hinsichtlich der Anzahl gering erscheinenden Aufgriffs- und Ermittlungstätigkeiten gesehen; auch wurde der Wunsch nach verbesserter Transparenz geäußert.

Einigkeit herrschte auch bei der Frage nach einem Koordinierungsbedarf zwischen allgemeiner Wettbewerbsaufsicht und den Regulierungsbehörden für bestimmte Wirtschaftssektoren [z.B. die Rundfunk und Telekom Regulierungs GmbH (RTR) und die E-Control GmbH (E-Control)]. Von allen Experten, die dazu eine Meinung abgegeben haben, wurde ausgedrückt, dass diese jedenfalls verbesserungswürdig sei.

Aus der Beobachtung der laufenden Anwendungspraxis zeigen sich für die Sozialpartner folgende Defizite im bestehenden System:

- Geringe Antragstellung an das Kartellgericht trotz vorhandener Fallzahlen bei der BWB – dies führt dazu, dass viele Rechtsfragen ungeklärt bleiben und das Kartellrecht seine präventive Funktion nicht erfüllen kann.
- Intransparente Entscheidungsfindung: Das Schicksal bzw. der Ausgang eines der Behörde gemeldeten Beschwerdefalles wird nicht ausreichend transparent kommuniziert und erfolgt oftmals sehr schleppend. Die Beschwerdeführer vermissen auch die konkrete Begründung, warum ein Fall nicht aufgegriffen wird.
- Fehlende Schwerpunktsetzung der BWB über den Einzelfall hinaus.
- Ausstattung der BWB in qualitativer und quantitativer Hinsicht im internationalen Vergleich und im Verhältnis zu den wichtigsten Sektorregulatoren unterdurchschnittlich.
- Politische Verantwortung und Leistungskontrolle hinsichtlich der BWB nicht ausreichend umgesetzt; damit wird in keinster Weise die behördliche Unabhängigkeit in Frage gestellt.
- Fluktuation der den Kartellrechtssenaten des OLG zugewiesenen Richter.
- Fehlende Ermittlungskompetenz des BKANw.
- Know-how der Wettbewerbskommission wird nicht ausreichend genutzt.

---

8) Vereinzelt Stimmen verneinen auch praktische Probleme bei der Betrauung eines Gerichts mit der Entscheidungsbefugnis erster Instanz zu erkennen; siehe Bornkamp/Grafunder: General Report in Köck/Karollus, The Modernisation of European Competition Law – Initial Experiences with Regulation 1/2003, FIDE XXIII Congress Linz 2008, Congress Publication Vol.2, S. 498

- Koordination zwischen den Behörden der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht und den Behörden der Sektorregulierung ist verbesserungsbedürftig, fehlender Know-how-Transfer und Abstimmung in Einzelfragen.

## **2.2 Kartellgerichte als Entscheidungsbehörden beibehalten**

### *2.2.1 Einleitende Betrachtungen*

Aus der Beobachtung der laufenden Anwendungspraxis und der überwiegenden Meinung der Experten gelangen die Sozialpartner zur Auffassung, dass sich die gegenwärtige Entscheidungsstruktur des Kartellrechtvollzugs in Österreich grundsätzlich bewährt hat. Die strikte Trennung zwischen den Aufgriffsbehörden Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde – letztere auch als Ermittlungsbehörde – und dem Kartellgericht als Entscheidungsbehörde wird wegen der dadurch ermöglichten objektiven und qualitativ hochwertigen Entscheidungsfindung als Best-Practice-Beispiel angesehen.

Aber gerade die Frage, welcher Behörde in welchem Verfahren eine formale Entscheidungskompetenz zustehen soll, war Kernpunkt der „Reformansätze“ der vergangenen Jahre; die Antwort darauf – hier BWB, da Kartellgerichtsbarkeit – spaltet die „kartellrechtliche Community“. Die Expertengespräche weisen auf die verschiedenen Überlegungen und Ansätze hin.

Im Text des geltenden Regierungsbereinkommens für die 24. Gesetzgebungsperiode heißt es im Kapitel Justiz: „Ermittlungsbefugnis (BWB) und Entscheidungsbefugnis (Kartellgericht) sind, um ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten, wie bisher zu trennen.“ Wie bereits aus den oben angestellten Erwägungen hervorgeht, gibt es keine grundsätzlich richtige oder falsche Lösung, nur unterschiedliche Wege, die je nach Ausgestaltung effizient oder weniger effizient sein können. Es darf für eine Systembetrachtung auch keine Rolle spielen, welche individuellen Ursachen für Systemmängel verantwortlich sind. Ein wohlabgestimmtes Vollzugssystem sollte lückenlos auch bei Versagen einzelner Komponenten funktionieren.

### *2.2.2 Vor- und Nachteile des kartellgerichtlichen Vollzugs*

Für eine Beibehaltung der Kartellgerichtsbarkeit als Entscheidungsbehörden spricht der Umstand, dass Österreich über einen im internationalen Vergleich gut ausgebauten individuellen Rechtsschutz im Bereich

des Wettbewerbsrechts verfügt; das heißt, dass Unternehmen und Unternehmensverbände unabhängig von der Tätigkeit der Amtsparteien durch eigene Antragstellung vor dem Kartellgericht eine Entscheidung erwirken können. Üblicherweise steht mit Entscheidungsbefugnis ausgestatteten Wettbewerbsverwaltungsbehörden ein ausschließliches Aufgriffsermessen zu. In diesem Punkt zeigt sich das bestehende österreichische Vollzugssystem im internationalen Vergleich überlegen. Das Kartellgericht ist bundesweites Kompetenzzentrum für Wettbewerb sowohl für die öffentliche als auch die private Rechtsdurchsetzung. Dies wird vor allem im Bereich der Missbrauchsaufsicht deutlich, wo die meisten Anträge nicht von den Amtsparteien, sondern von dritter Seite eingebracht werden.

Für das Kartellgericht als Entscheidungsbehörde erster Instanz spricht auch die unbestrittene richterliche Unabhängigkeit und damit eine vollständige Resistenz gegenüber politischen Einflussnahmen. Das Gericht sieht sich in seinem Selbstverständnis als generell unpolitisch, auch wenn jede kartellrechtliche Entscheidung einen wettbewerbspolitischen Kern in sich trägt. Die BWB verfügt seit ihrer Gründung 2002 über eigene Unabhängigkeitsbestimmungen; allerdings ist eine verfassungsrechtlich explizit zu garantierende Unabhängigkeit einer Verwaltungsbehörde dann unvollkommen, wenn sie nicht über eine weiterreichende Personal- und Budgethoheit verfügt. Dies gilt umso mehr als die BWB eben keine Entscheidungsbehörde ist und nicht nur Anträge stellt, sondern mit ressourcenintensiven Ermittlungsaufgaben befasst ist. Außerdem stößt die Unabhängigkeit der Mitarbeiter der BWB in Hinblick auf die monokratische Einrichtung der Behörde dort an Grenzen, wo die eigentlichen Entscheidungen durch die jeweiligen Sachbearbeiter – in Weisungsabhängigkeit gegenüber dem Generaldirektor – ausgearbeitet werden, dann aber das eigentliche Behördenhandeln allein dem Generaldirektor obliegt (im Gegensatz zur Konstruktion des deutschen Bundeskartellamtes mit seinen Beschlussabteilungen). Aus den Erfahrungen mit der Entscheidungsstruktur der Regulierungsbehörden lässt sich klar ableiten, dass eine kollegiale Entscheidungsfindung die Unabhängigkeit der Entscheidungsträger verstärkt. Daher unterstützt das Prinzip der Kollegialität auch den Vorsitz führenden Richter in den Senaten der Kartellgerichtsbarkeit.

Es gibt keinen „idealen“ Entscheidungsmechanismus bei einer Verwaltungsbehörde, das zeigen auch die internationalen Beispiele. Ein ausgewogenes System der „Checks and Balances“ in einer BWB neu zu finden, ist jedenfalls anspruchsvoller und mit größerem Aufwand verbunden als das gegenwärtige System der Kartellgerichtsbarkeit beizubehalten.

Ein weiterer wichtiger Vorteil der Kartellgerichtsbarkeit zeigt sich in der ausbildungsbedingten Professionalität der Richter des Oberlandesgerichtes Wien, Entscheidungen zu treffen. Ein wesentlicher Teil der Richteraus-

bildung fokussiert darauf, Beschlüsse und Urteile auszuarbeiten; erreichen sie die Stufe des Oberlandesgerichtes, haben sie bereits tausende Entscheidungen gefasst. Bei der Entscheidungsfindung geht es einerseits um die formalen Aspekte („Wie schreibe ich einen korrekten Urteilsentwurf?“), andererseits um materielle und Verfahrensaspekte („Welche Verfahrensgarantien und -abläufe muss ich beachten, um eine rechtsstaatliche Entscheidung zu treffen?“). Die Ausarbeitung eines Antrages als Partei ist mit einer rechtsstaatlichen Entscheidung in keiner Weise vergleichbar.

Eigene Ausbildungsvorschriften wie z.B. in § 13 Finanzprokuratorgesetz gibt es für die Mitarbeiter der BWB nicht, ein kohärenter Ausbildungsplan für die Belange der Wettbewerbsaufsicht ist zumindest nach außen hin nicht erkennbar.

Eine Verbindung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis – über die eingeschränkte Pflicht des Kartellgerichtes zur materiellen Wahrheitsfindung hinaus – trägt die Gefahr in sich, dass die Organe, die über beide Gewalten verfügen, nach der Durchführung weitreichender Untersuchungsmaßnahmen nur noch eingeschränkt fähig sind, eine objektive Entscheidung zu treffen. Dass zwischen dem wettbewerbspolitischen Gestaltungswillen einer Wettbewerbsbehörde und einer rechtsstaatlichen Entscheidung sogar in ausgereiften Behördensystemen manchmal zu unterscheiden ist, wurde in den Vorgängen um die von der Europäischen Kommission untersagten Unternehmenszusammenschlüsse in den Rechts-sachen *Airtours/First Choice*, *Tetra Laval/Sidel* und *Schneider Electric/Legrand 2002* dokumentiert, wo seitens der Europäischen Gerichtsbarkeit u.a. schwere Versäumnisse in der Beweiswürdigung aufgedeckt und aus diesem Grund die Untersagungsentscheidungen wieder aufgehoben wurden.

Da das Kartellrecht umfassend die Rechtssphäre von Wirtschaftssubjekten und -abläufen berühren kann und den Sanktionen u.a. strafrechtlicher Charakter zukommt, ist hier auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien besonders zu achten.

Ein wesentliche Schwäche der Kartellgerichtsbarkeit, wie sie heute besteht, liegt allerdings in der Fluktuation der den Kartellrechtssenaten des OLG Wien zugewiesenen Richter; diese ist einerseits bedingt durch die Materie selbst, da das Kartellgericht ein erstinstanzliches Verfahren durchzuführen hat und der Karriereweg zum OGH über die Rechtsmitteltätigkeit der zweiten Instanz erfolgt; andererseits steigert die geführte Diskussion über die „Abschaffung der Kartellgerichtsbarkeit“ nicht die Motivation der dort tätigen Richter.

Schließlich wird der Kartellrechtsvollzug innerhalb der Richterschaft und der Justizverwaltung nach wie vor als etwas „Fremdes“ betrachtet. Kartellgerichtliche Einzelfallentscheidungen sind eben nicht nur Ergeb-

nisse objektiver Rechtsanwendung; sie beinhalten auch ein mehr oder weniger großes Maß an wirtschafts- bzw. wettbewerbspolitischem Entscheidungsermessen. Daran knüpft der von manchen Experten geäußerte Gedanke an, wonach klassisch Streitige Verfahren weiterhin vor dem Kartellgericht geführt werden könnten, während eher verwaltungsförmliche Verfahren wie z.B. die Fusionskontrolle in erster Instanz vor der BWB abgeführt werden könnten. Es ist denkbar, dass vor der BWB vor allem im kurzem Wege zu verhandelnde Auflagen und ähnliche Verfahrenserledigungen gewisse Effizienzen bringen könnten. Demgegenüber verbessert eine Konzentration der Entscheidungsbefugnis bei nur einer Institution die Kohärenz zwischen den Entscheidungsarten und den Wertungen im Kartell-, Missbrauchs- und Fusionskontrollbereich.

Die Sozialpartner kommen nach Abwiegen aller Vor- und Nachteile zu dem Schluss, dass der Konzentration bei nur einer Entscheidungsbehörde der Vorzug vor einer Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse zu geben ist.

Eine im internationalen Vergleich rasche Abwicklung des Verfahrens gewährleistet auch der nur zwei Instanzen durchlaufende Rechtskontrollmechanismus, der durch eine endgültige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Rechtssicherheit beiträgt. In den Expertengesprächen wurde auch releviert, inwieweit die Hinzufügung einer neuen ersten Instanz auf Ebene der Handelsgerichtsbarkeit die Probleme der Tatsachenkontrolle lösen könnten. Die Verlängerung des Instanzenzuges würde jedenfalls den Vorteil der Raschheit des Verfahrens abschwächen. In dem Ausmaß, in dem der Übergang der Entscheidungsbefugnis auf die BWB von den Experten mit dem Argument kritisiert wird, dass dies mit einem langfristigen Lernprozess einhergeht, bis das gegenwärtige Rechtsschutzniveau wieder erreicht werden könnte, gilt dies in ähnlichem Ausmaß für die Neuschaffung einer Kartellgerichtsbarkeit auf Ebene der Handelsgerichte.

Weiters ist überlegenswert, das Kartellgericht infolge seiner Spezialisierung auch im Rahmen zivilgerichtlicher Verfahren um private Schadenersatzansprüche aus Wettbewerbsverstößen – quasi im Wege einer Vorabentscheidungsinstanz – zuständig zu machen.

Zum manchmal geäußerten Kritikpunkt, ein Gericht könne im Rahmen der Kooperation der Wettbewerbsbehörden mit der Europäischen Kommission nicht das leisten, was eine verwaltungsrechtlich organisierte Wettbewerbsbehörde zu leisten im Stande ist, bleibt festzuhalten, dass zwar die Verbindung der Zusammenarbeit im europäischen Netzwerk der Wettbewerbsbehörden (ECN) zwischen Ermittlung und Entscheidungsbehörde in Österreich fehlt, aus dieser Tatsache heraus allerdings noch kein Systemmangel offenkundig geworden ist. Im Wesentlichen kooperiert die BWB mit der Kommission und den anderen europäischen Wettbewerbsbehörden im ECN gut; auch auf der Ebene der Entscheidungsbe-

hörde übermittelt das Kartellgericht zeitgerecht regelmäßig seine im Senat beschlossenen Entscheidungsentwürfe an die Europäische Kommission. In einzelnen Verfahren hat es bisher auch schon einen funktionierenden Informationsfluss zwischen der Kommission und dem Kartellgericht gegeben. Ein systemimmanentes Minus für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechtes in Österreich ist hier nicht festzustellen.

### *2.2.3 Internationaler Behördenvergleich*

Der Beirat hat im Rahmen seiner Erhebungen auch versucht, internationale Behördenorganisationsformen näher zu beleuchten. Daher wurden auch Expertengespräche mit dem Oberlandesgericht Düsseldorf und dem Bundeskartellamt in Bonn bzw. mit der ungarischen Wettbewerbsbehörde in Budapest geführt. Durch diese Auswahl versuchte sich der Beirat mit ausländischen Lösungsansätzen auseinanderzusetzen mit Fokus auf der Frage, ob die Zusammenlegung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen einen Systemvorteil darstellt oder nicht. Das deutsche Beispiel wurde in der bisherigen Diskussion häufig als Vorbild dargestellt; das ungarische Behördenschema wurde anhand der Expertenempfehlungen ausgewählt. Darüber hinaus konnten in gewissem Umfang auch die neuen Entwicklungen in Frankreich berücksichtigt werden. Der französische Behördenaufbau ist im Internet gut dokumentiert; darüber hinaus fand eine Präsentation des französischen Behördenleiters anlässlich einer Veranstaltung der BWB in Wien statt. Am Rande konnten auch andere Modelle betrachtet werden.

Der deutlichste Unterschied zu Ländern mit Verwaltungsvollstreckungstradition im Kartellrecht ist die dort wohlorganisierte ordentliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, welche in Österreich keine Entsprechung hat. Sowohl in Deutschland als auch in Ungarn werden die ordentlichen Zivilgerichte als Verwaltungsgerichte tätig; dies allerdings im Rahmen der allgemeinen Ausgestaltung der Rechtsordnung und nicht nur in Hinblick auf das kartellrechtliche Rechtsmittelverfahren. Nach einem jüngst vorgelegten Entwurf (Verwaltungsgerichtsbarkeits–Novelle 2010<sup>9)</sup> zur Einführung von Verwaltungsgerichten erster Instanz auf Landes- und Bundesebene soll bis 2012 u.a. ein eigenes Bundesverwaltungsgericht erster Instanz eingerichtet werden, welches an die Stelle des verwaltungsinternen Instanzenzuges und an Stelle aller eingerichteten entscheidungsbefugten Sonderbehörden treten soll (z.B. Bundesvergabeamt, E-Control Kommission).

Obgleich das Bundeskartellamt eine anerkannt erfolgreiche Institution ist, gibt es auch hier in organisationsrechtlichen Fragen aus Expertensicht Kritik. Die Voraussetzungen in einer großen Volkswirtschaft mit eigener

---

9) [http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME\\_00129/pmh.shtml](http://www.parlinkom.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00129/pmh.shtml)

wirtschaftspolitischer Tradition eine wohlausgestattete Behörde zu haben, sind mit den konkreten Bedingungen in Österreich nicht einmal ansatzweise zu vergleichen. Um eine entsprechend funktionierende Institution in Österreich nachzubilden, bedarf es einer grundlegenden Reform des Verwaltungsverfahrens bzw. einer umfassenden – einer Neugründung gleichkommenden – Reform der BWB. Allerdings könnten die Ausbildungsregeln für Juristen und Ökonomen beim Bundeskartellamt für die BWB als Vorbild dienen.

Eine behördeninterne Trennung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen ist in Ungarn zwar formell durchgeführt; allerdings dürfte die Informationsdurchlässigkeit des Systems dieses für wenig geeignet erscheinen lassen, um einer zukunftsgerichteten Reform in Österreich als Vorbild zu dienen. Wie in manchen ehemaligen MOE-Ländern üblich, ist der wesentliche Machtträger der Präsident der Behörde, der eine stark politische Funktion ausübt und sogar an Regierungssitzungen beteiligt ist.

Die neugestaltete Wettbewerbsbehörde in Frankreich verbindet zwar den ehemaligen Conseil de la Concurrence mit den wettbewerbsrechtlichen Ermittlungsdienststellen des Wirtschaftsministeriums. Allerdings ist hier eine vollständige verfahrensrechtliche Trennung des Ermittlungs- und Untersuchungsverfahrens sowie des daran anschließenden Entscheidungsverfahrens verwirklicht, sodass man den Eindruck gewinnen kann, hier würden formal zwei unterschiedliche Behörden tätig – dies gilt selbstverständlich nicht für die interne Verwaltungsorganisation. Hier erscheinen die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens trotz Verbindung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis weitgehend umgesetzt. Die französische Reform konnte aber auf weitgehend funktionierende und gut ausgestattete Einrichtungen zurückgreifen, die in der neuen Behörde zusammengeführt wurden. Eine „behördeninterne“ Trennung zwischen ermittelnder Geschäftsstelle und entscheidungsbefugtem Kollegium ist in Europa häufig anzutreffen (z.B. Belgien, Griechenland, Schweiz) und auch der Kern des Kommissionssystems, wobei der Wettbewerbskommissar dort eine besondere Stellung hat. Um einer möglichen Voreingenommenheit eines Case-Teams in einem Fall zuvorzukommen, wird in den Niederlanden die rechtliche Beurteilung der erhobenen Fakten durch eine getrennte Einheit der Wettbewerbsbehörde durchgeführt (Prinzip der Chinese Walls). Der Möglichkeit einer allfälligen „Befangenheit“ des untersuchenden Organs wird in allen Jurisdiktionen eine große Beachtung geschenkt.

Daher ergab sich für den Beirat der Eindruck, dass einzelne verwaltungstechnische Lösungen zwar geeignet sind, gute Denkanstöße für eine österreichische Gesamtreform zu liefern, dass aber die Übernahme internationaler Vorbilder in Österreich weder sinnvoll noch mit überschaubarem

Aufwand machbar ist.

Der Gesetzgeber hat die BWB in ihrer heutigen Gestaltungsform nicht als Entscheidungsbehörde gedacht und konstruiert. Um aus der BWB eine rechtsstaatlich organisierte Ermittlungs- und Entscheidungsbehörde zu machen, bedürfte es einer an eine Neugründung grenzende Fundamentalreform der BWB.

## **2.3 Bundeswettbewerbsbehörde als effiziente Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde gestalten**

### *2.3.1 Mehr Prävention und Rechtssicherheit durch Antragstellung beim Kartellgericht*

Neben ihrer Funktion als „Hüterin“ des Wettbewerbs muss die BWB als Verwaltungsbehörde (auch) Wettbewerbspolitik betreiben (§ 2 WettbG). Sie tut dies bereits heute beispielsweise im Rahmen ihrer Mitarbeit auf europäischer Ebene, durch die Formulierung von Standpunkten, im Rahmen von Pressearbeit, im Rahmen internationaler Kooperationen und durch das Informationsmanagement auf ihrer Homepage.

Teil der behördlichen Wettbewerbspolitik sind aber auch Zahl und Art der aufgegriffenen Fälle, die im Rahmen der eigenen Ermittlungstätigkeiten untersucht oder durch entsprechende Antragstellung beim Kartellgericht anhängig gemacht werden. Gemäß dem nicht öffentlichen Tätigkeitsbericht des Kartellgerichtes 2009 (24 Nkt 2/10) haben die Anfallzahlen im Vergleich zum Vorjahr weiter abgenommen, wobei dies vor allem auf einen starken Rückgang der Prüfanträge im Bereich der Fusionskontrolle (-47%) zurückzuführen ist. Die Gesamtzahl aller Abstellungsanträge, einstweiliger Verfügungen, Prüf-, Feststellungs- und Geldbußenanträge betrug 2009 lediglich 23 (2008: 30), wobei hier nicht danach differenziert wird, ob die Anträge von den Amtsparteien gestellt worden sind oder von dritter Seite und es zu Doppelzählungen kommt, wenn im gleichen Fall BWB und BKA<sub>nw</sub> Anträge stellen. Dies weist auf eine Schwäche des österreichischen Vollzugssystems hin, die darin begründet liegt, dass nur wenige Fälle bei Gericht anhängig gemacht werden. Für Behörden, Unternehmen und Konsumenten führt dies zur unbefriedigenden Situation, dass viele Rechtsfragen ungeklärt sind und die Erfahrungen mit gewissen Funktionen des Vollzugssystems fehlen. Die wesentlichen Ursachen für diesen Befund liegen in der Ausstattung und Struktur der BWB begründet. Das Kartellgericht kann erst auf Antrag tätig werden, und die zentrale Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde ist die BWB. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass es Beschwerdefälle gibt,

deren Erledigung weitgehend intransparent erfolgt. Laut dem Tätigkeitsbericht 2008 der BWB<sup>10</sup> wurden im Berichtszeitraum 467 nationale und 387 europäische Fälle bearbeitet. Zählt man nur die nationalen Kartell-, Markt-machtmissbrauchsfälle und Prüfungsanträge 2008 der BWB alleine, ergibt sich eine Fallzahl von immerhin 55. Daraus kann abgeleitet werden, dass ein beträchtlicher Teil der Arbeit der BWB nicht die Schwelle der Öffentlichkeit erreicht und die großen Fallzahlen der BWB in ihrem Tätigkeitsbericht zu verhältnismäßig wenigen Verfahren vor dem Kartellgericht führen.

### *2.3.2 Transparenzvorschriften verbessern*

Im Zuge der Expertengespräche wurde auch vorgebracht, dass die Transparenz über das österreichische Wettbewerbsgeschehen verbesserungswürdig ist.

Einige Gesprächspartner monierten, dass es keine Information darüber gibt, warum die Behörde in einem Fall nicht einschreitet. Auch der Ausgang von „Verfahren“ erfolgt oftmals nicht transparent. Auch die Sozialpartner haben in ihrer Eigenschaft als Beschwerdeführer diese Erfahrung gemacht. Im Sinne einer „Good Governance“ sollte die BWB angehalten werden, sowohl Beschwerdeführer als auch die Öffentlichkeit begründet und in angemessener Zeit zu informieren, warum sie einen konkreten Fall nicht weiter verfolgt.

Durch eine transparente Gestaltung ihrer Arbeitsweise und Tätigkeit kann die BWB wesentlich zur Verbesserung des Wettbewerbsbewusstseins beitragen. In diesem Zusammenhang ist auch eine ausführliche Berichterstattung über abgeschlossene Verfahren notwendig.

Mangelnde Transparenz wird auch darin gesehen, dass erstinstanzliche (rechtskräftige) Beschlüsse nicht in ausreichendem Ausmaß veröffentlicht werden, insbesondere dann, wenn die Antragsteller keine Amtsparteien sind. Diese Beschlüsse sollten um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigt jedenfalls veröffentlicht werden, um die Falljudikatur ausreichend zu dokumentieren. Die bestehenden Anonymisierungsvorschriften des OGH-Gesetzes, die zwar Namens-, aber keinen Geheimnisschutz bieten, eignen sich für das kartellgerichtliche Verfahren nicht. Die Entscheidungen anderer europäischer Wettbewerbsbehörden werden unter voller Namensnennung, allerdings um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigt, veröffentlicht. Die Sozialpartner empfehlen, eine diesbezügliche Regelung in Anlehnung an die europäische Praxis auch im Kartellgesetz festzuschreiben.

---

10) [http://www.bwb.gv.at/NR/rdonlyres/69711370-E257-41AE-9842-053FEE40D9B4/35896/Taetigkeitsbericht-2008BWB\\_FINAL\\_ANSICHT.pdf](http://www.bwb.gv.at/NR/rdonlyres/69711370-E257-41AE-9842-053FEE40D9B4/35896/Taetigkeitsbericht-2008BWB_FINAL_ANSICHT.pdf)

### 2.3.3 Ressourcen der Behörde stärken

In der Bundeswettbewerbsbehörde sind 33 Planstellen (unter Einschluss aller Beamten und Vertragsbediensteten)<sup>11</sup> vorgesehen, wobei diese Zahl seit 2007 gleich geblieben ist<sup>12</sup>. Das Budget der BWB (Personalausgaben und Sachaufwendungen) betrug im Jahr 2009 2,411 Mio. Euro, was seit 2005 immerhin einen Anstieg um ca. 43% bedeutet<sup>13</sup>. Auch wenn Personal und Budget der Bundeswettbewerbsbehörde weiterhin schrittweise aufgestockt werden, wird dies von den Sozialpartnern noch immer als nicht ausreichend angesehen, der Lösung dringender Wettbewerbsprobleme beizukommen sowie die umfassenden gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen. Beim Kartellgericht sind vier Richterplanstellen in Vollzeit-äquivalenten eingerichtet (zuzüglich 1 ½ Kanzleiplanstellen) und beim Bundeskartellanwalt zwei Personen beschäftigt; der Vollzugsbereich des BKANw im Bereich der Verbraucherbehördenkooperation ist aber wesentlich umfangreicher als jener der BWB.

International zählt Österreich neben Slowenien<sup>14</sup> und Zypern<sup>15</sup> zu den Schlusslichtern bei der Personalausstattung. Im Vergleich dazu verfügt das deutsche Bundeskartellamt über 300 Personen, die niederländische Wettbewerbsbehörde über 437<sup>16</sup>, das Schweizer Wettbewerbssekretariat verfügt über ca. 58 Vollzeitstellen, wovon ca. 39 Vollzeitstellen von wissenschaftlichen Mitarbeitern besetzt werden (Stand Ende 2007)<sup>17</sup>, bei einer weitaus geringeren Fallzahl. In der ungarischen Wettbewerbsbehörde wurden 2007 114 Mitarbeiter beschäftigt bei einem Gesamtbudget von 9,1 Mio. Euro<sup>18</sup>. Allerdings sind internationale Vergleiche schwierig, da die verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden nicht über idente Aufgabenbereiche verfügen.

Bei der bisherigen Ressourcenzuweisung seitens des Wirtschaftsministeriums hat der große Wurf gefehlt, die BWB einerseits mit den Mitteln auszustatten, damit diese in der Lage ist den gesetzlichen Auftrag, das Wettbewerbsprinzip in Österreich zu fördern, zu erfüllen, andererseits gezielte, nach internationalen Standards übliche Personalpolitik in der Behörde zu ermöglichen. Die Sozialpartner treten dafür ein, dass die Bundeswettbewerbsbehörde mit ausreichenden Personal- und Sachressourcen ausge-

---

11) Bundesfinanzgesetz 2009, Anlage IV: Personalplan

12) Siehe dazu auch den Tätigkeitsbericht 2008 der BWB, S. 12

13) Siehe zu den Zahlen das Teilheft zum Bundesvoranschlag 2009, Untergliederung 40 (Wirtschaft) und den Tätigkeitsbericht 2008 der BWB

14) 2006: 17 Mitarbeiter, [http://www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/pageuploads/Annual\\_Report\\_2006.pdf](http://www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/pageuploads/Annual_Report_2006.pdf)

15) ca. 30 Mitarbeiter, [http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/All/181BF4B4E713096FC22576660029FB8A/\\$file/epa-%202008%20-eng.pdf?OpenElement](http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/All/181BF4B4E713096FC22576660029FB8A/$file/epa-%202008%20-eng.pdf?OpenElement)

16) [http://www.nmanet.nl/Images/100117%20Jaarbericht%20DEF%20-%20vertaling\\_tcm16-134497.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/100117%20Jaarbericht%20DEF%20-%20vertaling_tcm16-134497.pdf)

17) Siehe den Tätigkeitsbericht 2007 der Wettbewerbskommission, <http://www.weko.admin.ch/>

18) Annual Report 2007 on Competition Law and Policy Developments in Hungary, [www.gvh.hu](http://www.gvh.hu)

stattet wird, wobei zumindest die personelle Ausstattung des Schweizer Wettbewerbssekretariats erreicht werden sollte – in quantitativer wie qualitativer Hinsicht. Für Abteilungsleiter – diese mittlere Führungsebene ist bisher in der BWB nicht eingerichtet – wie Referenten sollte ein typisches Anforderungsprofil erarbeitet, entsprechende Ausbildungen durchgeführt und Personalbesetzungen vorgenommen werden. Um dabei das Ziel der politischen Unabhängigkeit zu gewährleisten, ist der Behörde in budgetärer wie personalhoheitlicher Sicht größere Selbständigkeit einzuräumen als bisher. Sollte dies im Rahmen der bisherigen Zuordnung zum Wirtschaftsministerium nicht möglich sein, ist über alternative Zuordnungsformen nachzudenken; so könnten über eine Einschränkung oder Ausweitung des Budgets parlamentarische Gremien entscheiden. Inwieweit für eine solche Konstruktion der Rechnungshof ein guter Benchmark sein könnte, wäre zu prüfen. Dieser könnte auch in besoldungs- und dienstrechtlichen Bereichen als Vorbild dienen.

Die seit 1. Jänner 2006 eingeführten Anmeldegebühren für Zusammenschlussanmeldungen sollten dazu verwendet werden, der BWB den Aufbau eines eigenständigen Budgets zu ermöglichen. Weiters sollten die ins allgemeine Budget fließenden Geldbußen (bis dato mehr als 88,5 Mio. Euro) Grund genug sein, um eine langfristig bessere Dotierung der BWB zu ermöglichen. Investitionen in eine gut funktionierende Wettbewerbsbehörde führen zu umfassenden Rückflüssen nicht nur im Sinne vermehrter und höherer Geldstrafen – immerhin ist ja ein rechtskonformes Verhalten der Unternehmen erwünscht – sondern im Sinne einer solideren und wettbewerbsfähigeren wirtschaftlichen Basis in Österreich.

Budgetär bedeuten die Vorschläge der Sozialpartner einen zusätzlichen Mehraufwand im Personalbereich von ca. 1,6 Mio. Euro (15 wissenschaftliche Mitarbeiter, teilweise Abteilungsleiterebene, 10 sonstige Mitarbeiter), sowie jährliche Mehrkosten für Sachaufwand von ca. 1 Mio. Euro. Das würde zwar eine Verdoppelung des Budgets der BWB (auf ca. 5 Mio. Euro) bedeuten, aber noch immer weit unter dem Budget vergleichbarer Wettbewerbsbehörden angesiedelt sein. Die Sozialpartner haben Verständnis für die gegenwärtige budgetäre Situation; in Anbetracht der oben beschriebenen langfristigen positiven Effekte scheint der zusätzliche Mehraufwand gerechtfertigt und tragbar.

Mit einem Anwachsen von budgetärer und personalhoheitlicher Autonomie und Mitteln steigt für die BWB auch die Notwendigkeit, ihr Verwaltungshandeln ausführlicher zu rechtfertigen und ihre Leistung nachzuweisen.

### *2.3.4 Politische Verantwortlichkeit und Leistungskontrolle ausbauen*

Die gegenwärtige Konstruktion der BWB zeichnet sich dadurch aus, dass der für die Behörde verantwortliche Leiter, der Generaldirektor für Wettbewerb, als monokratisches Organ für seine Entscheidungen im weiteren Sinne keiner echten (politischen) Verantwortung unterliegt, weder hinsichtlich der wettbewerbspolitischen Prioritäten noch hinsichtlich der Leistungserbringung der BWB. Die Sozialpartner gelangen zur Auffassung, dass der Frage der politischen Verantwortlichkeit eine stärkere Aufmerksamkeit gewidmet werden muss – dies umso mehr, je größer die Mittel und je umfangreicher die Aufgaben der BWB werden. Die Vorlage von Tätigkeitsberichten (§ 2 Abs. 4 WettbG) ist nicht ausreichend, um die politische Verantwortung zu gewährleisten. Es sind daher alternative Modelle anzudenken, ohne eine Politisierung des Behördenhandels zu bewirken (z.B. eingehende parlamentarische Kontrolle oder eine verstärkte Kontrolle durch die Wettbewerbskommission); die Unabhängigkeit des Behördenhandelns muss weiterhin gesichert bleiben, aber die Behörde muss für ihre Tätigkeit verstärkt Rede und Antwort stehen.

Die Unabhängigkeit einer Wettbewerbsbehörde ist kein Selbstzweck sondern ein Schutzschild zugunsten der Behörde, um die staatspolitisch notwendige Aufgabe des Schutzes der Märkte und des Wettbewerbs von Einflussnahmen bereits auf der Ebene der Wettbewerbsaufsicht zu verhindern. Darin liegt auch die Stärke einer Wettbewerbsbehörde, die als Anwalt des Wettbewerbs reine Aufgriffsbehörde ist und keine Kompromisse gegenüber anderen politischen Interessen eingehen muss. Um die Unabhängigkeit der BWB gegenüber staatlichen Stellen mit anderen als wettbewerbslichen Interessenlagen zu wahren, ist es aus staatspolitischer Sicht notwendig, einerseits die Behörde mit den notwendigen Mitteln auszustatten, über die sie in eigener Verantwortung verfügen kann, und andererseits die Behörde durch politische Verantwortlichkeit stärker zu legitimieren, da sie ja aus dem Weisungszusammenhang der öffentlichen Verwaltung herausgehoben ist.

Die monokratische Verantwortungsstruktur in der BWB ist für die Anlage der Behörde als Amtspartei und Aufgriffsorgan gut geeignet. Alle Handlungen der Behörde gehen vom Generaldirektor aus und sind von diesem zu verantworten. Den einzelnen Sachbearbeitern kommt zwar die konkrete Fallbearbeitung im Einzelfall zu; der Generaldirektor kann aber durch jederzeitige Weisung in diese eingreifen und Case Teams anders zusammensetzen. Für eine tatsächliche Entscheidungsbehörde eignet sich eine solche Konstruktion – wie bereits an anderer Stelle ausgeführt – nicht.

Weiters sollte vor der Bestellung eines neuen Generaldirektors ein zusätzliches verpflichtendes, fachliches Hearing der Kandidaten vor der Wett-

bewerbskommission angesetzt werden, die in ihrer beratenden Funktion für den Wirtschaftsminister diesem Empfehlungen für die Bestellung gibt.

### *2.3.5 Interne Organisationsstruktur überdenken*

Die BWB bedarf hinsichtlich ihrer organisatorischen Ausgestaltung eines neuen Rahmens und verbesserter Regeln. Dieser Bedarf wird offenkundig auch von der BWB selbst wahrgenommen, da sie neue interne Organisationsregeln angedacht und diese Überlegungen auch schlussendlich der Öffentlichkeit zur Kommentierung überlassen hat. Der Ansatz der Behörde, Systemfehler durch interne Reorganisationsmaßnahmen zu beheben, ist einerseits begrüßenswert; andererseits sind diesen Bemühungen mangels eigener Ressourcenhoheit enge Grenzen gesteckt. Unabhängig von der öffentlichen Diskussion über neue Organisationsregeln der BWB haben die Behörde selbst sowie das Wirtschaftsministerium im gegenwärtigen System für eine effiziente interne Behördenorganisation Sorge zu tragen.

Oberstes Ziel muss eine schlagkräftige Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde sein, die sowohl im Einzelfall „kundenorientiert“ und eigenverantwortlich handelt, als auch das wettbewerbsspolitische Leitbild transparent und verantwortungsvoll nach außen trägt. Sie muss Elemente einer Wettbewerbspolizei mit denen eines jedenfalls unabhängigen Staatsanwaltes verbinden.

## **2.4 Bundeskartellanwalt als sinnvolle Ergänzung zur BWB erhalten**

Die Einrichtung eines Bundeskartellanwaltes im Jahr 2002 war das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Trotz unterschiedlicher Ausgestaltung und Aufgabenschwerpunkte von BWB und BKANw gab es von Anfang an kritische Stimmen über die Doppelgleisigkeit der Aufgriffsbefugnisse in Wettbewerbsangelegenheiten<sup>19</sup>. Die Befürworter führten dagegen die Bedeutung des Vier-Augen-Prinzips ins Treffen sowie die mit dem Weisungsrecht verbundene kontrollierte Einbindung der kartellrechtlichen Antragstätigkeit in die politische Verantwortung – dass die Politik bis zum heutigen Tage dem BKANw keine Weisungen erteilt hat, widerspricht der grundsätzlichen Intuition des Gesetzgebers nicht. Bis heute scheint die

---

19) Siehe beispielsweise den Rechnungshofbericht Reihe Bund 2005/9, S. 35 ff. [http://www.rechnungshof.gv.at/Berichte/2005/berichte\\_bund/Bund\\_2005\\_09.pdf](http://www.rechnungshof.gv.at/Berichte/2005/berichte_bund/Bund_2005_09.pdf);

Zuletzt wurde vom Rechnungshof das jährliche Einsparungspotential mit € 0,247 Mio. jährlich beziffert. Siehe dazu: Vorschläge zur Verwaltungsreform und zum Bürokratieabbau, Reihe 2009/1, S.61 [http://www.rechnungshof.gv.at/Veroeffentlichungen/2009/positionen/Positionen\\_Verwaltungsref\\_2009.pdf](http://www.rechnungshof.gv.at/Veroeffentlichungen/2009/positionen/Positionen_Verwaltungsref_2009.pdf)

Institution des Bundeskartellanwaltes weiterhin umstritten.

Es entspricht der allgemeinen Wahrnehmung, dass sich der Bundeskartellanwalt in seiner konkreten Ausgestaltungsform faktisch zu einem schwer verzichtbaren Teil des österreichischen Wettbewerbsvollzugs entwickelt hat. Der Bundeskartellanwalt hat sich bisher – trotz minimaler personeller Ressourcen – mit großem Einsatz dem Wettbewerbsgeschehen gewidmet und sich verstärkt für Konsumentenschutzinteressen eingesetzt. Darüber hinaus trägt die Existenz einer zweiten Amtspartei auch zur Stärkung der Unabhängigkeit der BWB bei. Die Last des durch starke wirtschaftliche Interessen geprägten Wettbewerbsvollzugs wird durch das gegenwärtige System auf zwei Institutionen verteilt, die sich gegenseitig in ihren Aufgabenbereichen unterstützen können. Diese positive Wirkung der Dualität kann sich allerdings nur entfalten, wenn beide Amtsparteien auch zu dieser Kooperation bereit sind. Historisch gesehen wurde der BKANw ins Leben gerufen, um „der Politik“ die Möglichkeit zu geben, in Einzelverfahren durch Anträge einzugreifen; dies wird von Experten auch als „Misstrauen gegenüber der BWB“ ausgelegt. Tatsächlich hat der Bundeskartellanwalt nicht nur in wesentlichen Wettbewerbsfällen zusammen mit der BWB die „gemeinsame“ Verantwortung getragen, sondern in wichtigen Fällen die alleinige Initiative ergriffen, so dass – gemessen an einer reinen Aufgriffsstatistik – der BKANw als effiziente Behörde zu bewerten ist.

Das Regierungsprogramm zur 23. Gesetzgebungsperiode sah – im Gegensatz zum geltenden – noch vor, dass die Kompetenzen des Bundeskartellanwaltes und der BWB in die BWB zusammengeführt werden sollten. Die Sozialpartner sind sich einig, dass dieses Vorhaben weder prioritär ist, noch ohne Begleitmaßnahmen zur Aufrechterhaltung einer effizienten Wettbewerbsaufsicht möglich ist (z.B. Antragsrechte Dritter zur Aufrechterhaltung des Vier-Augen-Prinzips, Sicherstellung einer transparenten Einbindung der allgemeinen Politik, Ressourcenausstattung der BWB etc.). Jedenfalls erscheint gegenwärtig eine „Abschaffung“ der Institution Bundeskartellanwalt bis zu einer neuerlichen Evaluierung im Rahmen des sozialpartnerschaftlichen Aktionsplans nicht sinnvoll.

Das gegenwärtige Regierungsprogramm sieht hingegen folgenden Auftrag vor: „Der Kartellanwalt soll berechtigt sein, der BWB Ermittlungsaufträge zu erteilen.“ Da der BKANw über keine eigenen Ermittlungskompetenzen verfügt, ist er bei Kenntnis ermittlungswürdiger Informationen auf das Zusammenwirken mit der BWB angewiesen. Auch bisher konnte der BKANw die BWB um Durchführung von Ermittlungen ersuchen, was aber dem Vernehmen nach regelmäßig an der mangelhaften Ressourcenausstattung der BWB gescheitert ist. Hier eine rechtsfolgenbewehrte Verpflichtung einzuführen, wäre aber mit dem Unabhängigkeitspostulat der

BWB schwer in Einklang zu bringen. Zur Verbesserung der allgemeinen Transparenz in Wettbewerbsangelegenheiten sind Ermittlungersuchen des BKAnw und ein Bericht der BWB zu diesen auf beiden Homepages zu veröffentlichen.

## **2.5 Know-how der Wettbewerbskommission stärker nützen**

Die Wettbewerbskommission wurde im Rahmen der Kartellrechtsnovelle 2002 als Beratungsorgan für den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (jetzt Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, BMfWFJ) und die BWB konzipiert und bei der BWB eingerichtet. Ihre Aufgaben gemäß § 16 (1) WettbG sind:

- Erstattung von Gutachten über allgemeine Fragestellungen der Wettbewerbspolitik auf Antrag
- Jährliche Erstattung von Vorschlägen für Tätigkeitsschwerpunkte der Bundeswettbewerbsbehörde
- Abgabe von Empfehlungen zu angemeldeten Zusammenschlüssen

Die Wettbewerbskommission konnte im Rahmen ihrer Möglichkeiten wichtige wettbewerbliche Impulse setzen: Die Wettbewerbskommission ist den bisherigen Gutachtensaufträgen des BMfWFJ z.B. zum Thema Inflation und TankstellenVO durch umfassende Analysen nachgekommen; seitens der BWB ist bislang kein Gutachtensauftrag an die Wettbewerbskommission ergangen. Die Beratungsaufgabe gegenüber der BWB wurde im Rahmen der Schwerpunkt Empfehlungen umfangreich ausgeübt, welche von der BWB in vielen Bereichen aufgegriffen wurden. In ausgewählten Zusammenschlussfällen wurden Gespräche mit der BWB geführt sowie Empfehlungen zur Stellung von Prüfungsanträgen gegeben.

Die Einbindung der Wettbewerbskommission in Einzelfällen stellt sicher, dass der notwendige Informationsfluss über das aktuelle Wettbewerbsgeschehen an die Mitglieder der Wettbewerbskommission gewährleistet ist. Dies ist unter den gegenwärtigen Umständen eine wichtige Voraussetzung für die Setzung wettbewerbspolitischer Schwerpunkte.

Die Zusammensetzung der Kommission aus Sozialpartnern und weiteren Experten hat sich bewährt. Angesichts der knappen finanziellen Ressourcen ist ein Ausbau der Wettbewerbskommission in Richtung deutscher Monopolkommission – wie von Gesprächspartnern erwünscht und vom Gesetzgeber ursprünglich intendiert – mittelfristig nicht zu erwarten.

Das wirtschaftliche und wettbewerbspolitische Know-how der Wettbewerbskommission sollte allerdings stärker genutzt werden. Die Sozialpart-

ner würden es begrüßen, wenn der Gesetzgeber der Wettbewerbskommission einen größeren Handlungsspielraum einräumt, sowohl inhaltlich als auch finanziell. So ist es schwer verständlich, warum die Wettbewerbskommission nur auf Auftrag der BWB bzw. des BMfWFJ gutachterlich tätig werden kann. Es wäre jedenfalls im Sinne der Stärkung des Wettbewerbs, wenn die Wettbewerbskommission auch selbstständig, allenfalls unter zu Hilfenahme externer Experten, Gutachten über die Wettbewerbssituation auf relevanten Märkten erstellen kann. Auch könnte die Wettbewerbskommission beim notwendigen Ausbau eines systematischen, kontinuierlichen und transparenten Wettbewerbsmonitoring sowie beim Ausbau einer Leistungs- und Verantwortungskontrolle der BWB eine führende Rolle einnehmen. Die Sozialpartner würden eine stärkere Einbindung der Wettbewerbskommission im Rahmen der Politikberatung begrüßen, etwa bei der Ausarbeitung wettbewerbspolitischer Leitlinien.

Im Sinne einer Stärkung der Wettbewerbskommission ist es allerdings notwendig, der Wettbewerbskommission neben einer kleinen Geschäftsstelle auch ein eigenständiges Budget (bis zu 200.000 Euro) zur Verfügung zu stellen.

## **2.6 Das Verhältnis Wettbewerbsaufsicht und Sektorregulierung klären**

Die Sektorregulatoren – im Rahmen dieser Untersuchung wurde der Einfachheit halber nur auf E-Control und RTR abgestellt – sind im Verhältnis zur allgemeinen Wettbewerbsaufsicht gut ausgestattet und positioniert. Im Rahmen des Kartellgesetzes kommen ihnen weitreichende Kompetenzen und Antragsrechte zu. Trotzdem wird von diesen selten Gebrauch gemacht. Zwischen den Regulatoren und der BWB gibt es unterschiedlich gut funktionierende Kooperationsmechanismen.

Von manchen Gesprächspartnern wird die Möglichkeit der Zusammenlegung des ökonomischen Regulierungs-Know-hows („Haus der Regulierung“) grundsätzlich befürwortet, wobei die ökonomische Expertise dort auch für die allgemeine Wettbewerbsaufsicht nutzbar-gemacht werden könnte. Dieser aus Effizienzerwägungen genährte Ansatz ist grundsätzlich weiter zu bedenken und zu entwickeln. Einerseits ist zu fragen, ob wirklich jede einzelne Regulierungs- und Wettbewerbsbehörde einen autonomen, umfassenden Stab an Ökonomen benötigt; andererseits dürfte es sich bei den unterschiedlichen Regulierungs- und Wettbewerbsregimen, um sehr unterschiedliche ökonomische Ansätze handeln, wobei mögliche Effizienzen dadurch wieder verloren gehen könnten.

In der öffentlichen Diskussion wird von einigen Stimmen die Paralleli-

tät von allgemeiner Wettbewerbsaufsicht und Sektorregulierung kritisiert, vor allem wenn die zuständigen Aufsichtsbehörden zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Dabei ist allerdings festzuhalten, dass beide Regime unterschiedliche Rechtsschutzziele verfolgen, wodurch in der Anwendungspraxis, wo sich regulierungs- und allgemeine Wettbewerbsfragen vermischen, schon aus diesen Gründen widersprüchliche Ergebnisse entstehen können. Als Paradebeispiel wird dafür regelmäßig das Verfahren um den „Minimumtarif“ (16 Ok 11/2004 und 16 Ok 12/2004) angeführt, bei dem die Regulierungsbehörde den Tarif genehmigte und das Kartellobergericht diesen kartellrechtlich untersagte.

Anstelle einer präzisen Abgrenzung hat der Gesetzgeber in den jeweiligen Materiengesetzen zu regulierten Märkten die Anwendung des Kartellrechtes durch die Wettbewerbsbehörden nicht eingeschränkt. Das Konfliktpotential in diesem Bereich könnte dadurch beseitigt werden, dass entweder die Regulierungsbehörden vom Gesetzgeber ausdrücklich auch für die Beobachtung der Ziele des allgemeinen Wettbewerbsrechtes anstelle der Wettbewerbsbehörden zuständig gemacht werden, oder eine stärkere Pflicht zur wechselseitigen Bedachtnahme der Rechtsmeinung der jeweils anderen Behörden gesetzlich verankert wird. Die Sozialpartner befürworten den zweiten Weg. Auf die Zusammenarbeit zwischen BWB und den Regulierungsbehörden wurde bereits hingewiesen; es sind keine Beschwerden über Friktionen zwischen Regulierungsbehörden und BKAAnw bekannt geworden. Im Telekommunikationsbereich werden in jüngster Zeit vom Kartellgericht die Experten der RTR-GmbH frühzeitig in das Verfahren mit eingebunden. Ebenfalls im Telekommunikationsbereich werden dem Kartellgericht Entscheidungsentwürfe der Telekomkontrollkommission (TKK) zur Stellungnahme übermittelt. Hier wurde auch durch eine entsprechende Besetzung des richterlichen Mitglieds der TKK auf kartellrechtlich versierte Richter Bedacht genommen. Aus anderen Regulierungsbereichen sind keine Beschwerden über die Parallelität der Rechtsbereiche bekannt.

Durch eine verstärkte wechselseitige Bedachtnahme auf die Entscheidungen und Maßnahmen der jeweils anderen Behörde bei stärkerer Kooperation bereits im Vorfeld sollten Divergenzen verfahrensökonomisch möglichst frühzeitig offen- und beigelegt werden.

## **2.7 Ein nationales Netzwerk für den Kartellrechtsvollzug schaffen (Austrian Competition Network; ACN)**

Zur Verbesserung der Koordinierung von Wettbewerbsbehörden und sonstigen Key Playern (z.B. Regulierungsbehörden und Sozialpartner)

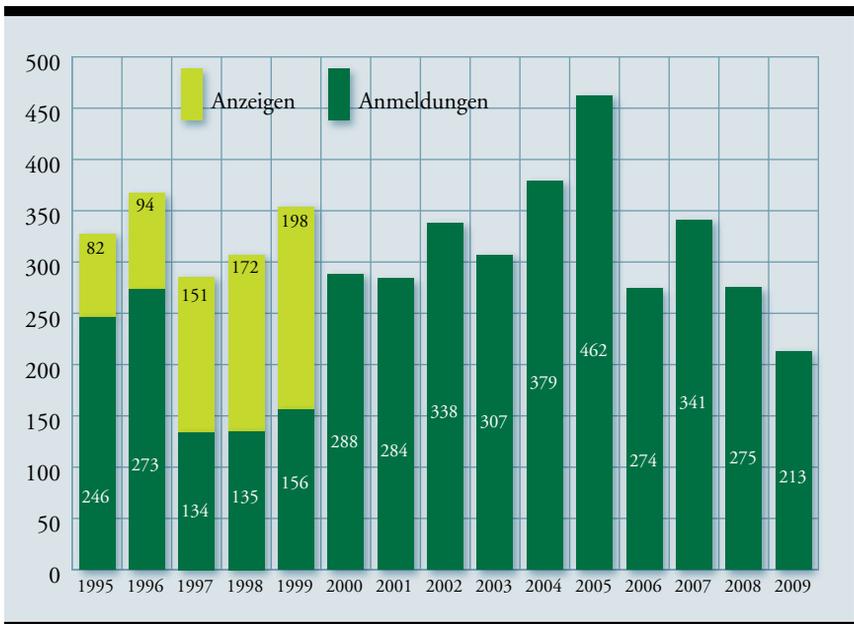
untereinander und in Hinblick auf einen kontrollierten Dialog zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden sollte ein Netzwerk von Wettbewerbsinstitutionen („Austrian Competition Network“, ACN) geschaffen werden. Dies würde die Abstimmung von Wettbewerbs- und Regulierungspraktiken auf Behördenebene erleichtern und zu gemeinsamen Sichtweisen komplexer wirtschaftspolitischer Sachverhalte führen. Hier könnten im kurzen Weg abstrakte Rechtsprobleme besprochen und mögliche Reibungsverluste abgebaut werden.

### 3. VERFAHRENSRECHTLICHER TEIL – SCHNELLERE UND TREFFSICHERE VERFAHREN

#### 3.1 Zusammenschlusskontrolle

##### 3.1.1 Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich

2009 wurden insgesamt 213 Zusammenschlussvorhaben bei der BWB angemeldet, wobei vier Anmeldungen wieder zurückgezogen wurden. In insgesamt drei Fällen wurden Phase-I-Zusagen angenommen. In acht Fällen wurden Prüfanträge an das Kartellgericht gestellt, wobei die BWB sieben Anträge und der BKANw zwei Anträge stellte. Drei Prüfanträge wurden nach weiteren Erhebungen wieder zurückgezogen. Zwei Zusammenschlussvorhaben wurden mit Verpflichtungserklärungen in Phase II abgeschlossen.



Quelle: Kartellgericht, BWB, AK-Wien

Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse ist seit 1995 kontinuierlich angestiegen. Aus der Tabelle ist aber auch ersichtlich, dass in den Jahren 1997, 2000 und 2006 eine deutliche Abnahme stattgefunden hat. Dies erklärt sich aber daraus, dass 1996 aufgrund einer Entscheidung des OGH (16 Ok 1/95) die Einbeziehung von Auslandsumsätzen weggefallen ist. Die Kartellgesetznovelle 1999 brachte eine Einbeziehung von Auslandsumsätzen in die Schwellenwertberechnung unter gleichzeitiger Erhöhung der Aufgriffsschwellen. Mit dem Kartellgesetz 2005 erfolgte eine weitere Erhöhung der Schwellenwerte.

### 3.1.2 *Kooperative Gemeinschaftsunternehmen*

Mit dem KartG 2005 gilt die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss. Davon umfasst sind sowohl konzentrierte als auch kooperative Vollfunktions-GU. Diesbezüglich besteht nun ein Gleichklang mit der EG-Fusionskontrollverordnung (VO Nr. 139/2004 vom 20. Jänner 2004). Während aber im Rahmen dieser Verordnung die kooperativen Effekte („Gruppeneffekte“) im Fusionskontrollverfahren nach den Kriterien des Art 101 AEUV („Kartellverbot“) zu prüfen sind, werden diese im nationalen Recht ausschließlich gemäß § 12 KartG im Rahmen des Marktbeherrschungstests untersucht. Dies kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Die Sozialpartner empfehlen, auch bei den kooperativen Gemeinschaftsunternehmen eine Gleichstellung mit den Prüfungsmaßstäben der FKVO herbeizuführen.

### 3.1.3 *Wettbewerblich erheblicher Einfluss*

Zur Vermeidung von Wettbewerbsproblemen bei Zusammenschlüssen, insbesondere zur Frage der 24,9% Beteiligungen<sup>20</sup>, die nach den derzeitigen Kriterien der Fusionskontrolle keiner Zusammenschlussanmeldung bedürfen, sollte ein weiterer Zusammenschlusstatbestand – wie in § 37 (1) Z 4 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – geschaffen werden. Es könnte daher überlegt werden, den allgemeinen Auffangtatbestand in § 7 (1) Z 5 KartG (Beherrschung) auf den Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses zu öffnen: Jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.

Die deutsche Regelung ist die Alternative zu der zunächst beabsichtigten Absenkung der untersten Schwelle des Anteilerwerbs von 25% auf 10% und sollte die Fusionskontrolle im Bereich der „24,9%-Lösungen“ dichter machen<sup>21</sup>.

Grundsätzlich dient eine konkrete Schwelle der Rechtssicherheit. In Anbetracht des Umstandes, dass der Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses durch verschiedenste Umstände und Sachverhalte erfüllt sein kann, ist der deutschen Regelung allerdings der Vorzug zu geben. Außerdem soll es nicht zu einer ausufernden „Anmeldeflut“ kommen.

Die deutsche Vorbildregelung hat seit ihrem Inkrafttreten nicht zu Rechtsunsicherheiten geführt<sup>22</sup>. Dies auch deshalb, weil die Regelung zu-

20) Siehe insbesondere die in den Medien diskutierten Fälle ADEG/REWE und Sutterlüty/REWE

21) Bechtold/Otting; Kommentar GWB, 5. Auflage; RN 40 zu § 37 GWB

22) Zigelski, Der wettbewerblich erhebliche Einfluss wird 20, WuW 12/2009, S. 1261 ff.

nächst so gestaltet war, dass Fusionen ex ante geprüft werden konnten. In diesem Zeitraum wurde ausreichend Falljudikatur gesammelt, sodass Rechtsunsicherheiten für die Zukunft ausgeschlossen werden konnten. Ein relevanter Fall war die Untersagung der Beteiligung von A-Tec in Höhe von 13,75% an der Norddeutschen Affinerie AG. Ausschlaggebend dafür war der Umstand, dass die anderen Aktionäre reine Finanzbeteiligungen darstellten und nur A-Tec im operativen Geschäft tätig war, der wettbewerblich erhebliche Einfluss wurde daher bejaht.

Nur wenige Gesprächspartner haben zu diesem Punkt eine Stellungnahme abgegeben. Ein Experte merkte an, dass das deutsche Modell zum Kriterium „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ als weitere Aufgriffsschwelle erfolgreich sei und es in Deutschland auch nicht zu einer ausufernden Rechtsanwendung geführt habe. Dies wurde auch vom deutschen Bundeskartellamt bestätigt.

Die Einführung der dargestellten Regelung soll zwar grundsätzlich die bestehende 25%- Schwelle nicht beseitigen. Es ist aber vorstellbar, dass auf diese „Zwischenschwelle“ im Fall eines zusätzlichen Anteilerwerbs verzichtet wird, wenn schon zuvor der Zusammenschluss nach dem Tatbestand des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ angemeldet wurde. In diesem Fall wäre erst wieder die 50%-Schwelle für eine weitere Zusammenschlussanmeldung relevant. Da der Tatbestand des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ nach Ansicht des der Sozialpartner jedenfalls immer auch eine Beherrschung umfasst, könnte der gegenwärtigen Tatbestand des § 7 (1) Z 5 KartG ersetzt werden.

### *3.1.4 Erhöhung der Schwellenwerte*

In einigen Informationsgesprächen wurde die Diskussion angeregt, so auch von der BWB selbst, die Schwellenwerte erneut (teils drastisch) anzuheben.

Die Sozialpartner haben Verständnis dafür, dass jene Zusammenschlüsse aus der österreichischen Fusionskontrolle herausfallen, die keine spürbaren Auswirkungen auf Österreich haben. Diesem Anliegen wurde schon mit der Einführung der Ausnahmebestimmung gemäß § 9 (2) KartG 2005 Rechnung getragen, wonach die Anmeldepflicht entfällt, wenn nur ein einziges beteiligtes Unternehmen im Inland mehr als 5 Mio. Euro und die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit gemeinsam nicht mehr als 30 Mio. Euro erzielen.

Sollte eine Anhebung der Schwellenwerte in Betracht gezogen werden, müssten die „richtigen“ und für die österreichischen Wirtschaftsverhältnisse passenden Werte zunächst im Rahmen einer wissenschaftlichen Untersuchung ermittelt werden. Bei der Anhebung der Schwellenwerte durch

das KartG 2005 wurden keine Erklärungen hinsichtlich der Auswirkungen gemacht. Im Nachhinein hat sich gezeigt, dass die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse um 40,7% zurückgegangen ist.

Ob die Werte des § 9 Absatz 2 KartG noch immer in vermehrtem Ausmaß zu Anmeldungen von Auslandszusammenschlüssen führen, die keine spürbaren Auswirkungen auf Österreich haben, könnte von der BWB anhand der seit 1. Jänner 2006 vorgenommenen Anmeldungen untersucht werden.

Im Jahr 2009 wurden 213 Zusammenschlüsse angemeldet. Im Vergleich zu 2008 bedeutet dies ein Minus von 22,5%. Dieser Umstand dürfte auch auf die Finanz- und Wirtschaftskrise zurück zu führen sein.

Schon alleine im Hinblick auf die fallenden Anmeldezahlen scheint es den Sozialpartnern nicht zwingend, die Schwellenwerte anzuheben.

### *3.1.5 Multiplikatorenverordnung*

Nach den geltenden Fusionsbestimmungen sind Zusammenschlüsse erst ab Erreichen bestimmter Umsatzschwellen anzumelden und unterliegen dadurch einer Kontrolle. Zusammenschlüsse, die diese Schwellenwerte nicht erreichen, sind nicht anzumelden.

Bereits derzeit gibt es die gesetzliche Möglichkeit für den Bundesminister für Justiz (BMfJ) im Einvernehmen mit dem BMfWFJ eine Verordnung zu erlassen und Multiplikatoren für bestimmte Märkte (Branchen) einzuführen (§ 18 KartG), wodurch auch Fusionen umsatzschwacher Unternehmen die Anmeldungsschwellen des § 9 KartG erfüllen. Voraussetzung zum Erlass einer diesbezüglichen Verordnung ist es, dass auf dem konkreten Markt schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu befürchten sind.

In der Vergangenheit wurden insbesondere bei den Branchen „Lichtspieltheater“, „Apothekenmarkt“ und „Asphaltemischanlagen“ Wettbewerbsprobleme geortet. Aufgrund der geringen Umsätze unterliegen diese Zusammenschlüsse allerdings nicht der Fusionskontrolle.

Die Sozialpartner empfehlen, dass das BMfWFJ zum einen die oben angegebenen Branchen einer eingehenden Untersuchung unterwirft bzw. andere Branchen ortet, die ähnliche Konzentrationen aufweisen, aufgrund der geringen Umsätze allerdings keiner Fusionskontrolle unterliegen oder im Fall einer weiteren Anhebung der Schwellenwerte aus der Fusionskontrolle herausfallen würden. Diese Studie möge die Grundlage für eine „Multiplikatorenverordnung“ darstellen, die im Einvernehmen zwischen BMfWFJ und dem BMJ erlassen werden kann.

Dabei ist aber genaues Augenmerk darauf zu legen, in welcher Höhe die Multiplikatoren festgelegt werden und ob diese Maßnahme geeignet ist,

allfällige Wettbewerbsprobleme in den betroffenen Branchen tatsächlich zu verhindern.

### *3.1.6 Stop-the-clock Verfahren*

Die Erfahrung im Fusionskontrollverfahren hat gezeigt, dass bei wettbewerbsrechtlich besonders kritischen Zusammenschlüssen das Zeitfenster für eine Untersagung bzw. das Verhandeln und Überprüfen von Auflagen und Bedingungen äußerst knapp bemessen ist.

Artikel 10 der EG-Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004) gibt den Anmeldewerbern die einmalige Möglichkeit auf Antrag die Frist auszusetzen, damit ausreichend Zeit für die Beurteilung von möglichen Auflagen bzw. Beschränkungen bleibt. Dadurch wird gewährleistet, dass eine profunde wettbewerbsrechtliche bzw. -ökonomische Bewertung vorgenommen werden kann.

### *3.1.7 Ministererlaubnis*

§ 42 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sieht die sogenannte „Ministererlaubnis“ vor. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technik kann auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erteilen, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Die Erlaubnis darf die marktwirtschaftliche Ordnung allerdings nicht gefährden. Die Erlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Vor Erteilung der Erlaubnis ist eine Stellungnahme der Monopolkommission einzuholen und den obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Ministererlaubnis ist zu veröffentlichen.

Nach Ansicht der Sozialpartner ist die Einführung einer Ministererlaubnis in das österreichische Rechtssystem zu überlegen. Durch dieses Instrumentarium würde die Unabhängigkeit der BWB gestärkt werden, indem sich die Behörde bei der Stellung ihres Prüfungsantrages ausschließlich auf die Wettbewerbsaspekte stützt. Ob ein vom Kartellgericht untersagter Zusammenschluss dennoch durchgeführt werden darf, weil andere Politikbereiche (z.B. Industrie-, Arbeitsmarkt- oder Umweltpolitik) genauso zu berücksichtigen wären, sollte auch in Österreich ausschließlich in der Verantwortung der politischen Organe liegen.

## 3.2 Bußgeldverfahren

### 3.2.1 Allgemeine Überlegungen und Praxis

Bereits mit der Novelle 2002 hat der österreichische Gesetzgeber an Stelle der bisherigen und eher selten angewandten strafrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes 1988 ein am EU-Recht orientiertes Geldbußen-sanktionssystem eingeführt. Durch die Verhängung von Geldbußen sollte ein effizientes und weitgehend nach dem europaweiten Verständnis harmonisiertes Sanktionssystem geschaffen werden. Flankierend wurde dabei das Verbot von Submissionskartellen konsequenterweise im Strafgesetzbuch geregelt (§ 168b) und durch das Kartellgesetz 2005 das Beugemittel des Zwangsgeldes neu eingeführt. Das nationale Strafsystem entspricht damit weitgehend dem gegenwärtigen internationalen Standard. Dadurch ist die Verhängung von kartellrechtlichen Geldbußen eindeutig angestiegen – sowohl in Hinblick auf die absolute Zahl als auch in Hinblick auf die Höhe.

Geldbußenscheidungen des Kartell(ober)-gerichtes auf Grund von Anträgen der Bundeswettbewerbsbehörde/ BWB und des Bundeskartellanwaltes (Auswahl)	Höhe Geldbuße (€)	Jahr
Telekom Austria – Missbrauch III	1,5 Mio.	2009
Aufzugs- und Fahrtreppenkartell	75,4 Mio.	2008
Industriechemikalien (Großhandel) – Kartell	1,9 Mio.	2008
Branchenuntersuchung LEH – Verletzung der Auskunftspflicht	120.000	2008
Innsbrucker Fahrschulen – Kartell	70.000	2008
PayLife Bank (Europay Austria) – Kartell	7 Mio.	2007
Constantin (Filmverleih) – Missbrauch	150.000	2006
SPZ/Gmundner Zement – verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses	140.000	2006
AVAG, Opel Beyschlag – verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses	70.000	2006
Grazer Fahrschulen – Kartell	80.000	2005/06
Lenzing/Tencel – verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses	1,5 Mio.	2004
Telekom Austria (Tiktak/Minimumtarif) – Missbrauch II	500.000	2004
Summe aller Geldbußen / Zwangsgelder	ca. 88,5 Mio.	07/2002 – 03/2010

Quelle: BWB (März 2010)

### 3.2.2 *Verfahrensrechtliche Ausgestaltung*

Mit dieser Entwicklung hat aber die Ausgestaltung des Verfahrens vor allem vor den Amtsparteien, aber auch vor dem Kartellgericht nicht Schritt gehalten. Belegt wird dies durch die bedeutende Tendenz in kartellgerichtlichen Entscheidungen, immer wieder Analogien zum allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs (StGB) und des Verwaltungsstrafverfahrens (VStG) vorzunehmen, weil die Regelungstiefe im kartellgerichtlichen Verfahren selber zu gering ist. Dies wurde im Schrifttum zu Recht gerügt<sup>23</sup> und lässt eine gesetzliche Anerkennung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien in Kartellverfahren vermissen. In die selbe Richtung geht auch die Meinung der befragten Experten.

Im Sinne einer Verfahrensgarantie sollten daher im Kartellgesetz selbst präzisere Kriterien für die Bemessung der Geldbuße aufgestellt werden. Insbesondere die im Allgemeinen Teil des StGB normierten Bestimmungen über Anstiftung, Beteiligung, Strafminderung (jetzt neu in Diskussion auch die „compliance defense“) bzw. besondere Erschwerungsgründe (z.B. Wiederholungstäter) sollten klar für das Geldbußenverfahren präzisiert werden. Der Geldbußenantrag der Amtsparteien sollte auch die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Anklageschrift erfüllen.

### 3.2.3 *Kronzeugenregelung*

Die Kronzeugenregelung, welche mit der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 in das österreichische Wettbewerbsrecht aufgenommen wurde, hat ihre ersten Bewährungsproben bestanden. Mit Stand 1. Juli 2009 wurden bei der BWB insgesamt 18 Ersuchen um ein Vorgehen nach § 11 (3) WettbG gestellt. Bereits drei große Kartellfälle konnten seither mit diesem Instrument aufgeklärt werden, die mit Geldbußen von über insgesamt 77 Mio. Euro bestraft wurden<sup>24</sup>.

Regelungsbedarf ergibt sich aber noch dahingehend, dass Kartellverstöße nach dem KartG 1988, wohl aus einem redaktionellen Versehen, nicht in die Kronzeugenregelung aufgenommen wurden. Hier sollte eine Klarstellung erfolgen. Nach wie vor befreit aber die Zuerkennung eines wettbewerbsrechtlichen Kronzeugenstatus nicht vor der strafrechtlichen Inanspruchnahme von kartellrechtlich in Verbindung stehenden Tatbeständen. Die strafrechtlichen Tatbestände bestrafen allerdings nicht das Unternehmen selbst sondern die beteiligten natürlichen Personen (mit Ausnahme des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes, bei dem der Grund-

---

23) Erstmals Aufsatz Zeder im JBl 08/07

24) Hölzl; Kronzeugenprogramme – Praxis der Bundeswettbewerbsbehörde bei Anwendung der Kronzeugenregelung, 2009

satz „ne bis in idem“ festgeschrieben werden sollte). Oftmals sind davon auch (Verkaufs)-Mitarbeiter betroffen, die einer Zwangslage ausgesetzt sein können, nämlich einerseits als Zeugen im Kronzeugenverfahren Aussagen zu tätigen, die andererseits strafrechtlich relevant sind. Die Sozialpartner regen an, die Diskussion dahingehend weiterzuführen, dass eine Ausdehnung der Kronzeugenregelung im Hinblick auf die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen immunisiert. Dies würde jedenfalls zu einer weiteren Effizienz der Kronzeugenregelung beitragen. Eine Minderung/Befreiung der Haftung in zivilrechtlicher Hinsicht ist jedenfalls nicht gerechtfertigt.

Gemäß § 11 (4) WettbG hat die BWB ihre Praxis bei der Durchführung des Kronzeugenprogrammes in einem Handbuch darzulegen. Hierzu sollten nach Ansicht der Sozialpartner Überlegungen angestellt werden, die Ausgestaltung im Rahmen einer Rechtsverordnung, welche ausreichend Rechtssicherheit bietet, anstelle im Handbuch zu regeln. Grundlagen dafür müssten aber auch schon im WettbG selbst näher determiniert werden.

### **3.3 Feststellungsanträge für bereits beendete Zuwiderhandlungen**

Der Gesetzgeber hat mit dem KartG 2005 in § 28 (1) KartG eine Regelung vorgesehen, die es ermöglichen soll, Feststellungsanträge für bereits beendete Zuwiderhandlungen vor dem Kartellgericht einzubringen. Eine diesbezügliche Regelung war im KartG 1988 nicht vorgesehen. Das Kartellgericht beurteilte seine Feststellungsbefugnis danach, ob das rechtswidrige Verhalten im Entscheidungszeitpunkt noch vorlag. Belangte Unternehmen konnten durch Abstellung während des Verfahrens eine negative Entscheidung des Kartellgerichts verhindern, während für die antragstellenden Unternehmen das Verfahren ohne abschließende inhaltliche Beurteilung beendet wurde. Dies wurde mehrheitlich als Rechtsschutzdefizit angesehen<sup>25</sup>. Der mit dem KartG 2005 neu eingeführte § 28 (1) KartG sollte diese Lücke schließen.

Gerade im Zuge der Diskussion um Schadenersatzansprüche (Private Enforcement) hat dieses Rechtsinstrument für von Zuwiderhandlungen betroffene Unternehmen an Bedeutung gewonnen. Im Zuge der privatrechtlichen Auseinandersetzungen von Unternehmen im Rahmen des „Aufzugskartells“ wurde dieses Instrument in Anspruch genommen. Das KOG<sup>26</sup> hat aber die diesbezüglichen Feststellungsanträge abgewiesen, da Schadenersatz kein berechtigtes Interesse darstellt. Abschließend hielt das

---

25) Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz – Manz Kurzkommentar 2007

26) 16 Ok 8/08 vom 8. Oktober 2008

KOG fest, dass eine Verlagerung der Klärung kartellrechtlicher Vorfragen von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen nicht im Wege der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, sondern im Rahmen einer Gesamtregelung des „Private Enforcement“ von Kartellrechtsverstößen vom Gesetzgeber getroffen werden solle.

Auch bezüglich einer Antragstellung der Amtsparteien wurde für den Fall, dass ein Feststellungsantrag nach § 28 (1) KartG gegen den Kronzeugen gestellt wurde, gleichlautend entschieden.

Die Sozialpartner empfehlen eine Regelung zu erlassen, die das Kartellgericht in seinen Kompetenzen stärkt und zur Entscheidung über wettbewerbsrechtliche Vorfragen – so auch für nachfolgende Schadenersatzklagen – ermächtigt. Gerade die komplexe Materie des Kartellrechts sollte überwiegend durch dieses Spezialgericht gelöst werden.

### **3.4 Zweite Tatsacheninstanz**

Von einer Mehrzahl der Befragten wurde das Fehlen einer kontrollierenden Tatsacheninstanz bemängelt. Derzeit sieht sich das KOG ausschließlich zur Entscheidung von Rechtsfragen berufen.

Es wurden zwei Vorschläge vorgebracht:

- Die Einführung eines dreinstanzlichen Verfahrens mit dem Handelsgericht (HG Wien – eventuell eigener Kartellsenat) in erster Instanz;
- das KG als zweite Tatsacheninstanz

Die Sozialpartner sind der Auffassung, dass die Einführung eines dreinstanzlichen Verfahrens nur zu einer Verfahrensverlängerung führen würde. Gerade die Straffheit von nur zwei Instanzen, allerdings auf Gerichtshofebene, gewährleistet einen raschen Rechtsvollzug. Problematisch sehen es die Sozialpartner allerdings gerade für den Bereich des Geldbußenverfahrens an, dass keine zweite Tatsachenüberprüfung vorhanden ist. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass Tatsachenfeststellungen bereits in Geldbußenverfahren vorangehenden Abstellungs- bzw. Feststellungsverfahren getroffen werden können. Für die Fusionskontrolle wird diese Notwendigkeit von den Sozialpartnern nicht gesehen (hier kann ein „stop-the-clock-Verfahren“ Abhilfe schaffen).

Die Möglichkeit das KOG nicht nur als Rechtsinstanz, sondern auch als Tatsacheninstanz zu bemühen, sollte einer Überprüfung unterzogen werden. In diesem Fall sollte die Tatsachenkontrolle aber stärker auf zivilprozessuale Grundsätze aufgebaut werden. Das Rekursgericht sollte nicht zu einer umfassenden Amtswegigkeit verpflichtet sondern die Entscheidung vielmehr auf das Parteivorbringen reduziert werden.

### 3.5 Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

§ 39 KartG regelt den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. So darf ein Verfahren, welches von einer Amtspartei eingeleitet worden ist, nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren verbunden werden. Dritte dürfen in die Akten des Kartellgerichts nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen.

Die Regelung des § 39 KartG wird für die Erfordernisse des kartellgerichtlichen Verfahrens als problematisch angesehen. Derzeit muss das Kartellgericht Zugang zu allen Daten bzw. Informationen haben, um eine Entscheidung zu treffen („geheime“ Beweismittel können nicht verwertet werden). Die kartellgerichtlichen Senate waren schon öfters mit der Problematik konfrontiert, dass einer Partei nicht alle Daten bzw. Ermittlungsergebnisse zur Verfügung gestellt werden sollen (z.B. Konditionen anderer Wettbewerber), um damit mögliche künftige Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu vermeiden. Es sollte daher die Möglichkeit geben, dass mit Zustimmung aller Parteien eine dritte Person (wobei dies auch ein vom Gericht beauftragter Sachverständiger sein kann) als Vertrauensperson die ermittelten sensiblen Daten auswerten und wettbewerbliche Schlüsse daraus ziehen kann und dadurch den berechtigten Geheimnisschutz wahrt. Als Beispiel wird der Anhörungsbeauftragte der Europäischen Kommission angeführt.

Die Sozialpartner regen an, die bestehenden Regelungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im KartG zu überarbeiten.

### 3.6 Auskunftsverlangen – selbstständige Bescheidkompetenz der BWB?

Der Entwurf der Wettbewerbsgesetznovelle 2005 sah auch eine Bestimmung vor, wonach die BWB mittels Bescheid Auskunftersuchen auch eigenständig durchsetzen konnte. Der Gesetzgeber selbst hat diese Möglichkeit allerdings nicht beschlossen<sup>27</sup>.

Nach Ansicht der Sozialpartner bietet der derzeit mögliche verwaltungsrechtliche Rechtsschutz (BWB – VwGH) keine effizientere Durchsetzungsmöglichkeit behördlicher Auskunftsverlangen gegenüber dem bestehenden System der kartellgerichtlichen Durchsetzung.

Durch den Musterfall der Branchenuntersuchung „Lebensmitteleinzelhandel“ hat das KOG mangels klarer rechtlicher Bestimmungen durch

---

27) Siehe auch Böheim „Zur Rolle der Wettbewerbspolitik in der Inflationsbekämpfung“, welcher die diesbezügliche Bescheidkompetenz der BWB als Verbesserung der Ermittlungsbefugnisse ansieht.

den Gesetzgeber Auslegungskriterien geschaffen, welche eine effiziente und rechtsstaatliche Durchsetzbarkeit ermöglichen. Seither ist es zu keinen weiteren Problemen in dieser Hinsicht gekommen.

Insoweit das bestehende System optimiert werden kann, wird dies von den Sozialpartnern ausdrücklich befürwortet. Dies könnte in der Form geschehen, dass bei Auskunftsverlangen, die gerichtlich durchgesetzt werden müssen, ein „Eilverfahren“ eingeführt wird, und der Auftrag über Auskunftsverlangen binnen bestimmter Frist vom Kartellgericht erlassen werden muss. Die Möglichkeit einem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu versagen, wenn dies von der BWB beantragt wurde, gibt es bereits jetzt (§ 11a (3) WettbG). Diese Möglichkeit wurde von der BWB im oben genannten Musterfall nicht genutzt. Zusätzlich sollten die Rechtsmittelfristen verkürzt werden. Durch diese Vorgehensweise kann sichergestellt werden, dass Auskunftsverlangen in angemessenem Zeitraum durchgesetzt und als effizientes Ermittlungsinstrument genutzt werden können.

### **3.7 Allgemeine Ermittlungsbefugnisse der BWB**

Die Ermittlungsbefugnisse der BWB werden von den Gesprächspartnern als auch von den Sozialpartnern grundsätzlich als ausreichend angesehen. Die Erfahrung der Anwaltschaft zeigt allerdings, dass diese zu wenig genutzt werden.

In manchen Bereichen verfügt die BWB schon jetzt über mehr Befugnisse als für die Europäische Kommission in der VO 1/2003 vorgesehen ist (z.B. Zeugenbefragung ohne vorangegangenen Hausdurchsuchungsbefehl).

Folgende Ermittlungshandlungen stehen der BWB im Vergleich zu der oben angegebenen VO derzeit nicht zur Verfügung:

- Die Versiegelung von Räumlichkeiten, Büchern oder Unterlagen für die Dauer der Nachprüfung;
- die BWB kann derzeit nur Auskünfte hinsichtlich der Frage, wo sich bestimmte Dokumente befinden, sowie zum Inhalt von Dokumenten verlangen. Die Europäische Kommission ist darüber hinaus auch ermächtigt, Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen zu verlangen, die mit dem Gegenstand und dem Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen;
- die Europäische Kommission kann weiters Geldbußen gegen das Unternehmen verhängen, wenn Fragen unrichtig oder irreführend beantwortet werden.

Die Sozialpartner erachten es als sinnvoll, zur Herbeiführung einheitli-

cher Kompetenzen bei Europäischen und nationalen Ermittlungshandlungen eine Anpassung an die Befugnisse der Europäischen Kommission gemäß VO 1/2003 vorzunehmen, ohne die bestehenden – darüber hinausgehenden – Bestimmungen einzuschränken. Allfällig zu verhängende Geldbußen sollten – wie sonst auch – über das Kartellgericht ausgesprochen werden.

In diesem Zusammenhang könnte auch überlegt werden, die europäischen Verfahrensgarantien bezüglich des Anwaltsprivilegs auch bei nationalen Verfahren zu gewährleisten.

### **3.8 Gerichtlich bestellte Sachverständige**

In zahlreichen Interviews wurden die Bedeutung sowie die Kosten der im kartellgerichtlichen Verfahren bestellten Sachverständigen problematisiert. Grundsätzlich wird im Kartellverfahren auf den Sachverständigenbeweis nicht verzichtet werden können. Nach Ansicht der Sozialpartner sollten auch die Regulatoren durch ihre Mitarbeiter bei sektorspezifischen Verfahren als Sachverständige hinzugezogen werden.

Angesprochen wurde auch die Möglichkeit, dass die Justizverwaltung selbst Experten (Amtssachverständige) anstellen könnte. Dabei besteht aufgrund des nicht planbaren Aktenanfalls die Gefahr, dass die Verfahrensdauer bei voller Auslastung ansteigen wird. Bei externen Sachverständigen hat das Kartellgericht flexiblere Möglichkeiten der Bestellung und kann weniger qualifizierte Sachverständige künftig ausschließen.

Einen größeren Beitrag zur Stoffsammlung als bisher kann die BWB leisten. Ein Gutachtensauftrag setzt sich grundsätzlich immer aus Befund und Gutachten zusammen. Der Befund besteht in der Auflistung objektiver Zahlen, Daten und Fakten. Diese Aufgabe kann auch von den Ökonomen der BWB geleistet werden und würde sowohl zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen als auch die Kosten reduzieren.

### **3.9 Einstweilige Verfügungen**

Eine Einstweilige Verfügung (EV) nach § 48 KartG ist ein vorläufiger und durchsetzbarer Schutz gegen Wettbewerbsverzerrungen. Tatsächlich wird dieses Instrument in der Praxis allerdings nur äußerst selten in Anspruch genommen. Gerade in Missbrauchsverfahren würde eine EV garantieren, dass relativ rasch eine Abstellung erwirkt wird. Dazu müsste aber gewährleistet sein, dass die EV binnen kurzer Frist, längstens innerhalb von 1-2 Monaten erlassen wird.

Weiters bestünde die Möglichkeit das Verfahren weiter zu beschleunigen, indem auch die Rechtsmittelfrist bzw. Rekursbeantwortungsfrist analog zur Exekutionsordnung (EO) auf 2 Wochen verkürzt wird.

Die Sozialpartner empfehlen, auch für EV im kartellgerichtlichen Verfahren die kürzeren Rechtsmittelfristen einzuführen und die Worte „Die EV ist unverzüglich zu erlassen“ in das KartG einzufügen.

### **3.10 Antragsrechte der Regulatoren**

Die sektorspezifischen Regulatoren verfügen über Antragsrechte bei Zuwiderhandlungen gegen das KartG. Davon umfasst sind Kartellverstöße und Marktmachtmissbrauch. In der Fusionskontrolle und bei Geldbußen steht den Regulatoren kein Antragsrecht zu. Insbesondere die RTR und die E-Control sehen es als zweckmäßig an, auch in der Fusionskontrolle und in Bußgeldverfahren eine Antragsbefugnis zu erhalten. Darüber hinaus sieht das 3. EU-Energiebinnenmarktpaket<sup>28</sup> vor, dass Regulierungsbehörden auch abschreckende Maßnahmen verhängen oder beantragen sollen, wobei die Höchstbußgelder mit bis zu 10% des Umsatzes definiert werden. Für die Verhängung einer derartigen Geldbuße sollte nach Ansicht der E-Control das Kartellgericht zuständig sein; ein diesbezügliches Antragsrecht sollte der E-Control zukommen.

Die Sozialpartner können diesen Ansinnen der Regulatoren zustimmen.

---

28) ABl L 211 v. 14. August 2009

## 4. MATERIELLRECHTLICHER TEIL – WETTBEWERBSAUFSICHT INHALTLICH STÄRKEN

### 4.1 Wettbewerbsmonitoring gesetzlich verankern

Im Rahmen der öffentlichen Diskussion im Zusammenhang mit der Inflationsentwicklung in Österreich in den Jahren 2007/2008 wurde von verschiedenen Seiten wiederholt die Notwendigkeit eines systematischen und transparenten Wettbewerbsmonitorings eingefordert<sup>29</sup>. Die Untersuchungen zu den Ursachen der Preissteigerungen, insbesondere bei Energie und Lebensmitteln, haben gezeigt, dass in Österreich die Datengrundlage über die einzelnen Sektoren entlang der Wertschöpfungskette stark verbesserungsbedürftig ist<sup>30</sup>. Ein systematisches, kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring, das Kennzahlen zur Preisentwicklung in bestimmten Sektoren, zur Margen-, Kosten- und Marktkonzentrationsentwicklung erarbeitet und Ländervergleiche durchführt, liefert wichtige Informationen über die Wettbewerbsintensität einzelner Sektoren und Branchen. Der akute Bedarf nach einer proaktiven Wettbewerbspolitik wird durch jüngste Untersuchungen<sup>31</sup> bestätigt. Hier wird vorgeschlagen, nach dänischem Vorbild eine vorausschauende, proaktive und investigative Wettbewerbspolitik auf der Grundlage eines transparenten quantitativen Wettbewerbsmonitorings zu implementieren.

Bislang hat keine der für den Wettbewerb verantwortlichen Institutionen ein klares Konzept zum Aufbau eines Wettbewerbsmonitorings erarbeitet. Die Sozialpartner sind sich einig, dass ein kontinuierliches und transparentes Wettbewerbsmonitoring gesetzlich eingerichtet werden muss. Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung ist als erster Schritt umgehend die Wettbewerbskommission mit der Ausarbeitung eines Konzeptes zu befassen. Dabei sind externe Experten einzubinden, wofür die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen sind. Weiters ist abzuklären, inwieweit die Statistik Austria beauftragt werden kann, allgemein verfügbare Daten zur Verfügung zu stellen bzw. eine Konzentrationsstatistik zu implementieren, um eine Verbesserung der wettbewerbsökonomischen Datenbasis zu erreichen.

---

29) ZB Inflationsgutachten der Wettbewerbskommission vom Juni 2008, WIFO-Weißbuch „Mehr Beschäftigung durch Wachstum auf Basis von Innovation und Qualifikation

30) Vgl. Inflationsgutachten der Wettbewerbskommission, Seite 7

31) Karl Aiginger („Die Bedeutung von Konkurrenz für Wachstum und Beschäftigung in Österreich“, Wifo-Vorträge Nr 106/2009) und Michael Böheim („Zur Rolle der Wettbewerbspolitik in der Inflationsbekämpfung“, Wifo-Monatsberichte 9/2008)

## 4.2 Verstärkte Aufsicht gegen Marktmachtmissbrauch

Gerade kleine Volkswirtschaften weisen aufgrund der Rahmenbedingungen im Vergleich zu großen Volkswirtschaften vor allem in Bereichen, wo nationale Märkte bestehen, oftmals starke Marktkonzentrationen auf (z.B. Einzelhandel, Energie, Dienstleistungen), weshalb der Wettbewerbskontrolle (insb. Fusionen, Marktmachtmissbrauch und Wettbewerbsbeschränkungen) besondere Beachtung geschenkt werden muss. Während im Bereich der Kartellaufsicht durch die Einführung der Kronzeugenregelung im Jahr 2006 das Aufdecken von Preisabsprachen (Kartellen) massiv gefördert wird, sind die öffentlichen Aufgriffsbehörden, Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt, bei der Aufdeckung von Marktmachtmissbrauchsfällen meist auf sich alleine gestellt. Hinzu kommt, dass Marktmachtmissbrauchsfälle in ihrer ökonomischen Beurteilung deutlich komplexer sind als Preisabsprachen, was deren Aufdeckung deutlich schwieriger gestaltet.

Vor allem das Ausnützen einer marktbeherrschenden Stellung durch überhöhte Verkaufspreise (Preismissbrauch) bzw. Erzwingung von unangemessenen Einkaufspreisen geht zu Lasten von Konsumenten und Unternehmen bzw. Produzenten. Die derzeitige Rechtslage sowie die gegenwärtige Praxis machen es für die Behörden und noch viel mehr für andere Antragsteller allerdings schwierig, marktbeherrschenden Unternehmen einen Preismissbrauch nachzuweisen. Zum einen sind die von Unternehmensseite regelmäßig zur Verfügung gestellten Informationen äußerst dürftig, zum anderen ist aber auch die Bereitschaft von Marktteilnehmern, die ökonomisch abhängig sind, vor der BWB auszusagen bzw. als Antragsteller vor Gericht aufzutreten, sehr gering.

Bereits jetzt gibt es in § 5 (1) Z 5 KartG eine Beweislastumkehr beim Tatbestand des Verkaufs unter dem Einstandspreis, welcher allerdings in der Vollzugspraxis geringe Bedeutung hat. Der Beirat regt eine Evaluierung dieser Bestimmung an, um die Ursachen zu analysieren und allenfalls Maßnahmen zu ergreifen.

Wenngleich von Seiten der Richter am Kartellgericht im Rahmen der geführten Gespräche auf die Judikatur („Nähe zum Beweis gibt Ausschlag für die Frage der Beweislast“, d.h. jede Partei trägt die Beweislast für die sich in ihrer Sphäre befindlichen Beweismittel) und auf die freie richterliche Beweiswürdigung hingewiesen wurde, so stellt sich die Frage, ob diese Rechtslage für Österreich ausreichend ist, um die beschriebenen Wettbewerbsdefizite zu beseitigen.

Deutschland hat im November 2007 für den Energiebereich zeitlich befristet bis 31. Dezember 2012 eine Beweislastumkehr in der Missbrauchs-

kontrolle (§ 29 GWB) eingeführt, die es dem Bundeskartellamt erleichtert, marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen missbräuchlich überhöhte Strom- und Gaspreise nachzuweisen. Anfang 2008 wurden auf der Grundlage der neuen Rechtslage (Beweislastumkehr gem. § 29 GWB) vom deutschen Bundeskartellamt mehrere Verfahren wegen gestiegener Gaspreise eingeleitet. Im Ergebnis verpflichteten sich die Unternehmen auf eine Rückerstattung in zweistelliger Millionenhöhe und verzichteten auf ausstehende Preiserhöhungen. Insgesamt konnte das Bundeskartellamt nach eigenen Aussagen mit Hilfe der verbesserten Rechtslage rund 130 Mio. Euro für die Endkunden erwirken<sup>32</sup>.

Aus Sicht der Experten des Bundeskartellamts sichert die Beweislastumkehr für die Phase des Übergangs zum Wettbewerbsmarkt gerade in den Fällen des Preismissbrauchs durch das marktbeherrschende Unternehmen daher eine schnelle und effiziente Anwendung. Als generelle Ausnahme für den Marktmachtmissbrauch wird die Beweislastumkehr als problematisch angesehen, bei preisbezogenem Missbrauch ist dies eher vorstellbar.

Aufgrund der Erfahrungen in Deutschland sowie unter Bezugnahme auf das WIFO-Weißbuch für Wachstum und Beschäftigung (Teilstudie 19) und dem Inflationsgutachten der Wettbewerbskommission sprechen sich die Sozialpartner für eine Weiterentwicklung der Marktmarktmissbrauchsaufsicht aus.

Daher sollte der Gesetzgeber für den Energiebereich dem Beispiel Deutschlands folgen und die Übernahme einer der deutschen Bestimmung gemäß § 29 GWB vergleichbaren Regelung in das österreichische Kartellgesetz in Erwägung ziehen.

### 4.3 Branchenuntersuchungen

Das Instrument der Branchenuntersuchung hat sich sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene bewährt. Gerade in Branchen mit möglichen Wettbewerbsdefiziten kann so schnell und umfassend in die Marktmechanismen Einblick gewonnen werden. Daraus könnten sich auch Sachverhalte ergeben, die in einem weiteren Verfahren als Wettbewerbsbeschränkungen aufgegriffen werden können. Im Regelfall werden aber Empfehlungen ausgesprochen, die den Wettbewerb künftighin fördern sollen.

Im Rahmen der politischen Auseinandersetzung betreffend die Ursachen der im internationalen Vergleich überdurchschnittlichen Preissteigerungen in Österreich in den Jahren 2007/2008 ist sichtbar geworden, dass es für den BMfWFJ nach gegenwärtigem Rechtsstand keine Möglichkeit gibt,

---

32) Vgl. [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2009/2009\\_07\\_07.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2009/2009_07_07.php)

die BWB mit der Erstellung einer Branchenuntersuchung zu beauftragen. Diese unbefriedigende Situation sollte nach Ansicht der Sozialpartner im Rahmen einer Novellierung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bereinigt werden.

Oftmals liegt eine Branchenuntersuchung auch im Interesse der Allgemeinheit. Aus diesem Grund sollte es auch möglich sein, dass die für Wettbewerbsfragen zuständigen Bundesminister Branchengutachten in Auftrag geben.

Nach Ansicht der Sozialpartner wäre die Unabhängigkeit der BWB dadurch keinesfalls gefährdet. Inhaltliche Einflussmöglichkeiten wären bei einer derartigen Untersuchung auch ausgeschlossen. Verwiesen wird auch auf die Vorgängerregelung, wonach der BMfJ den Paritätischen Kartellausschuss (dessen Mitglieder per Gesetz ebenfalls weisungsfrei gestellt waren) mit einem Gutachten über die Wettbewerbslage in einzelnen Wirtschaftszweigen beauftragen konnte.

#### **4.4 Schadenersatz bei Kartellrechtsverstößen weiter entwickeln („Private Enforcement“)**

Kartellabsprachen schädigen durch überhöhte Preise regelmäßig Konsumenten und Unternehmen. Die Voraussetzungen dafür zu verbessern, dass die Geschädigten ihren individuell erlittenen Schaden im Rahmen des Schadenersatzrechts leichter einklagen können, ist Gegenstand der europäischen Initiativen zum „Private Enforcement“.

Die Zahl der aufgedeckten Kartellrechtsverstöße und die Höhe der verhängten Geldbußen zeigen, dass die öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts deutlich an Schlagkraft gewonnen hat. Der Möglichkeit, Schadenersatz seitens der Geschädigten geltend zu machen, wird hingegen noch zu wenig Beachtung geschenkt. Mangels Zugangs zu Informationen und aufgrund der schwierigen Beweislage ist es für die Geschädigten faktisch schwer möglich, den eigenen Vermögensschaden im Rahmen von Schadenersatzklagen durchzusetzen.

Auf europäischer Ebene gibt es bereits Überlegungen, die private Rechtsdurchsetzung bei individuell erlittenem Schaden durch Kartellrechtsverstöße zu verbessern<sup>33</sup>.

Aus Sicht der Sozialpartner sollen daher die gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung legitimer Schadenersatzansprüche verbessert werden. Unabdingbar ist hierbei jedenfalls eine Verbesserung des Informationszugangs für Geschädigte betreffend die endgültigen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden.

---

33) Siehe Grünbuch und Weißbuch der Europäischen Kommission zum Private Enforcement

Außerdem sind Verbesserungen hinsichtlich folgender Punkte wünschenswert:

- Die Aussetzung der Verjährung während eines Kartellverfahrens;
- Das Festschreiben der Bindungswirkung an Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden, sowie
- Zinsanspruch ab Schädigungsereignis (analog deutsches GWB)

Zur einheitlichen Rechtsentwicklung in Europa wäre es vorteilhaft, wenn in den Mitgliedstaaten gleiche rechtliche Rahmenbedingungen in Hinblick auf den Zugang zu Schadenersatz bestehen.

#### **4.5 Regierungsprogramm für mehr Wettbewerb bei den Freien Berufen umsetzen**

Die wirtschaftliche Bedeutung des Dienstleistungssektors für Wachstum und Beschäftigung ist unbestritten. Bereits 2003 hat die Europäische Kommission das österreichische Institut für Höhere Studien (IHS) beauftragt, eine Studie zur Regulierungsdichte der Freien Berufe in den EU-Mitgliedstaaten zu erstellen<sup>34</sup>. Die Studie kam zum Ergebnis, dass Deutschland, Italien, Luxemburg und Österreich eine sehr hohe Regulierungsdichte aufweisen. So weist Österreich im Vergleich zu allen anderen EU-Mitgliedstaaten bei Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern sowie bei den Juristischen Dienstleistungen die zweithöchste Regulierungsdichte auf, bei den Architekten liegt Österreich an 3. Stelle und bei den Ingenieuren an 4. Stelle.

Gerade die im wirtschaftsnahen Bereich agierenden Freien Berufe (z.B. Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Notare, Rechtsanwälte etc.) unterliegen oftmals Reglementierungen, die wettbewerbsbeschränkend wirken (z.B. restriktive Ausbildungsvorschriften, Vergütungsregelungen, Verbot multidisziplinärer Gesellschaften, Werbebeschränkungen etc.). Auch im WIFO-Weißbuch für Wachstum und Beschäftigung wird die Notwendigkeit der Deregulierung der Freien Berufe bezüglich des Berufszuganges und der Verhaltensregulierung angesprochen.

Die Sozialpartner erachten es angesichts der nationalen wie internationalen Analysen für notwendig, den Wettbewerb in den Freien Berufen im Interesse der Berufsangehörigen, der Wirtschaft und der Verbraucher zu fördern und damit auch zusätzliches Wachstum und zusätzliche Beschäftigung zu generieren<sup>35</sup>.

Die Sozialpartner unterstützen daher das im Regierungsprogramm fest-

34) IHS, Wirtschaftliche Auswirkungen einzelstaatlicher Regelungen für Freie Berufe, Jänner 2003

35) Zum hohen Grad der wettbewerbsbeschränkungen bei den Rechtsberufen ua in Österreich siehe die Dokumente der OECD, Competitive Restrictions in Legal Professions, DAF/COMP(2007)39 vom 16. Dezember 2009

gelegte Vorhaben, wonach es bei den Freien Berufen aus wettbewerbspolitischen und aus beschäftigungspolitischen Erwägungen mehr Wettbewerb geben soll. Die im Regierungsprogramm festgelegten Zielvorgaben sind von der Bundesregierung rasch umzusetzen.

#### **4.6 Bagatellbestimmungen vereinheitlichen**

Österreich verfügt über eine eigenständige Regelung für geringfügige Wettbewerbsbeschränkungen (§ 2 (2) Z 1 KartG). Das bedeutet, dass Kartelle, bei denen Unternehmen beteiligt sind, die gemeinsam am gesamten inländischen Markt einen Anteil von nicht mehr als 5% und an einem allfälligen inländischen räumlichen Teilmarkt von nicht mehr als 25% haben, nicht unter das Kartellverbot fallen.

Diese Regelung im Kartellgesetz weicht erheblich von der europäischen Definition ab. Die Sozialpartner fordern auch hier eine Anpassung an das EU-Recht. Insbesondere sollen Kernbeschränkungen wie etwa Preisabsprachen, Gebietsaufteilungen, Quotenabsprachen keiner Freistellung zugänglich sein.

## MITGLIEDER DER ARBEITSGRUPPE

### Geschäftsführung

Ulrike Ginner

Theodor Taurer

Helmut Gahleitner

Dirk Matthias Kauffmann

Georg Kovarik

Anton Reinl

Ingrid Schopf

### Grafik und Layout

Michael Haderer

**ANHANG: PROTOKOLLE DER ARBEITSGRUPPE DES  
BEIRATS FÜR WIRTSCHAFTS- UND SOZIALFRAGEN  
„ZUKUNFT DER WETTBEWERBSPOLITIK IN  
ÖSTERREICH“**

<b>Protokoll der 4. Sitzung:</b> Michael Böheim (WIFO) 26.03.2009 .....	64
<b>Protokoll der 5. Sitzung:</b> Michael Losch, Georg Seper (BMWfJ) 02.04.2009 .....	69
<b>Protokoll der 6. Sitzung:</b> Georg Kathrein, Christian Auinger (BMJ) 02.04.2009.....	74
<b>Protokoll der 7. Sitzung:</b> Norbert Gugerbauer 16.04.2009 .....	80
<b>Protokoll der 8. Sitzung:</b> Theodor Thanner, Peter Matousek, Horst Neumann (BWB) 30.04.2009 .....	86
<b>Protokoll der 9. Sitzung:</b> Friedrich Heigl, Hans Erwin Nigl und Nikolaus Schaller, (Kartellgericht) 30.04.2009 .....	92
<b>Protokoll der 10. Sitzung:</b> Alfred Mair, Gustav Stifter (BKAnw) 14.05.2009 .....	100
<b>Protokoll der 11. Sitzung:</b> Klaus Wejwoda (Wettbewerbskommission) 14.05.2009 .....	108
<b>Protokoll der 12. Sitzung:</b> Elfriede Solé (Kartellobergericht) 28.05.2009.....	113
<b>Protokoll der 13. Sitzung:</b> Andreas Reindl (Fordham Competition Law Institute, NY) 28.5.2009, .....	118
<b>Protokoll der 14. Sitzung:</b> Studienvereinigung Kartellrecht I 04.06.2009 .....	124
<b>Protokoll der 15. Sitzung:</b> Studienvereinigung Kartellrecht II 18.06.2009.....	132
<b>Protokoll der 16. Sitzung:</b> Wolfgang Feil (RTR) 18.8.2009 .....	136

**Protokoll der 17. Sitzung:**

Wolfgang Urbantschitsch (E-Control) 18.08.2009 ..... 140

**Protokoll der 18. Sitzung:**

Christine Maimann (OLG Düsseldorf) in Düsseldorf 14.09.2009... 144

**Protokoll der 19. Sitzung:**

Markus Lange, Konrad Ost und Markus Wagemann 15.09.2009..... 147

**Protokoll der 20. Sitzung:**

Hungarian Competition Authority 16.09.2009 ..... 152

## **Protokoll der 4. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 26.03.2009**

### Anwesend:

Helmut Gahleitner (BAK)

Ulrike Ginner (BAK)

Dirk Matthias Kauffmann (WKÖ, Wp)

Anton Reinl (LKÖ)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

### **Expertengespräch mit Michael Böheim (WIFO)**

Dr Böheim äußert sich zunächst positiv zur Erstellung dieser Studie und sichert seine Unterstützung zu.

#### **1. Allgemeine Fragen:**

Zum Stellenwert der Wettbewerbspolitik in einer funktionierenden sozialen Marktwirtschaft wird auf die Teilstudie 19 des WIFO-Weißbuches verwiesen.

2002 hat auch Österreich die europäischen Standards im Wettbewerbsrecht vollzogen, wenn auch die zu diesem Zeitpunkt gewählte Konstruktion einen politischen Kompromiss darstellt, der nicht als beste Lösung bezeichnet werden kann. Nach wie vor verfügen weder die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) noch der BKA<sub>nw</sub> über ausreichende Ressourcen. Positiv wird aber angemerkt, dass es zu einer Professionalisierung der Ermittlungstätigkeit und des Aufgriffs gekommen ist, und dass die Akteure diese Tätigkeit hauptberuflich verrichten.

Die politischen Vorgaben der österreichischen Wettbewerbspolitik sind nur punktuell sichtbar, es gibt keine systematisch umfassenden wettbewerbspolitischen Vorgaben. Ein Bekenntnis zu mehr Wettbewerb ist nicht erkennbar (Beispiel Energiewirtschaft mit starken politischen Eigentümerinteressen).

Sichtbare Wettbewerbspolitik müsste von der Politik mit einem konkreten Rahmen vorgegeben werden. Auch die Subventionspraxis müsste in das wettbewerbspolitische Konzept einbezogen werden. Das Wettbewerbskonzept sollte jedenfalls transparent auf der Homepage des BMWFJ unter einem gesonderten Punkt „Wettbewerb“ veröffent-

licht werden. Eine Wettbewerbsgesinnung seitens der Marktteilnehmer lässt sich politisch nicht oktroyieren; im gesellschaftlichen Bewusstsein muss es zu einem „entspannten Verhältnis“ zwischen Markt und Staat kommen.

Als aktuelle Themen werden Energie- und Netzwerkindustrien angesehen. Auch durch die Finanz- und Wirtschaftskrise hat sich nichts an der Bedeutung der Wettbewerbspolitik geändert. Industriepolitische Rechtfertigungsgründe führen letztendlich zu Protektionismus.

Die Regulierungsbehörden sollten in einem „Haus der Regulierung“ zusammengefasst werden. Hier könnten die Ressourcen sinnvoll eingesetzt und auf einen gemeinsamen Expertenpool zugegriffen werden.

Ob auch die allgemeine Wettbewerbsaufsicht einbezogen werden soll, kann nur nach einem Abwägen der positiven und negativen Aspekte beantwortet werden.

## 2. Organisationsrechtliche Aspekte

Die Entscheidungskompetenz erster Instanz sollte wie im deutschen System bei der BWB liegen. Die Entscheidungen sollen im Rahmen einer sukzessiven Kompetenz beim **Kartellgericht** angefochten werden können. Genauer müsste man sich aber noch ansehen, ob dieses System nur für die Fusionskontrolle oder auch für Kartell- und Missbrauchsverfahren sinnvoll ist, da diese im Regelfall angefochten werden und hier auch Individualanträge möglich sind. Die Entscheidungsbehörde sollte aber gerichtsähnlich aufgebaut sein.

Zur Sachverständigenfrage wird angemerkt, dass die Gutachtenserstellung durch Amtssachverständige oder sonstige Gerichtssachverständige eine unzufriedenstellende Entwicklung erfahren hat. Die frühere Tätigkeit des Paritätischen Ausschusses war hier grundsätzlich betrachtet wertvoll; die Wettbewerbskommission kann nach heutiger Sachlage diesen nicht ersetzen. Der Gutachter entscheidet letztendlich den Fall, ohne dass eine 2. Tatsacheninstanz dies überprüfen könnte. Anzumerken ist auch, dass jede ökonomische Betrachtung unterschiedlich durchgeführt werden kann und methodisch völlig korrekt auch zu anderen (im Extremfall: sogar gegenteiligen) Ergebnissen führen kann. Darüber hinaus sind Gutachten auch sehr teuer. Sinnvollerweise sollte der Gutachtensauftrag spezifiziert werden und der Sachverständige sollte nur ökonomische Fragen beantworten und die empirische Evidenz für ein Für und Wider liefern. Die Entscheidungsfindung im Rahmen der Beweiswürdigung muss beim Gericht liegen. Eine Zeitspanne von 4 – 5 Wochen (in Vollzeitäquivalenten) müsste für Befundaufnahme und Gutachten in der Regel ausreichen. Ge-

richtliche Sachverständige sollten auch hinsichtlich ihres Qualitätslabels regelmäßig überprüft werden.

Es ist zweifelhaft, ob die **BWB** mehr Ressourcen hätte, wenn sie nicht beim BMWFJ angesiedelt wäre. Allerdings sollte der Generaldirektor über Budgethoheit verfügen. Ihm sollte die Entscheidung übertragen werden, wie Planstellen verhandelt und bewertet werden. Zusätzlich wäre ein vom allgemeinen Beamtendienstrecht losgelöstes Dienstrecht notwendig, um Anreize für qualifizierte Mitarbeiter zu finden (ähnlich Regulatoren oder Rechnungshof). Allgemein kann gesagt werden, dass ein effizienter Kartellrechtsvollzug auch monetär mehr bringt als er kostet.

Die Transparenz über die Tätigkeit der Behörde ist stark verbesserungswürdig. Es gibt keine ausreichende Information über Fälle. Alle Gerichtsentscheidungen sollten zumindest in anonymisierter Form veröffentlicht werden. Gerade bei einer unabhängigen und weisungsfreien Behörde muss es eine transparente Informationspolitik geben. Zu wünschen wären auch Informationen darüber, warum die Behörde in einem Fall nicht einschreitet.

Es spricht Vieles für eine parlamentarische Kontrolle, die über einen eigenen Wettbewerbs- und Regulierungsausschuss auszuüben wäre.

Im Wettbewerbsrecht ist der Kreis der handelnden Personen in Österreich sehr beschränkt. Wünschenswert wäre innerhalb der BWB ein diesbezüglicher Verhaltenskodex, um Interessenkollisionen zu verhindern. Als Ausbildungsmaßnahmen für Mitarbeiter sollte eine Trainingsphase samt Mentorship vorgesehen sein. Praktiken bei Rechtsanwälten sollten nicht in Österreich stattfinden. Innerhalb der Behörde müssen die Governancestrukturen verbessert und die Professionalisierung vorangetrieben werden.

Eine wichtige zusätzliche Hierarchie (2. Führungsebene) unter dem Generaldirektor fehlt.

Eine Wettbewerbsinstitution ist ausreichend. Wenn es eine schlagkräftige BWB gibt, ist auch das 4-Augen-Prinzip nicht notwendig. Die beiden Planstellen der Institution **BKANw** wären für die BWB wichtig. Die bisherige Arbeit des BKANwes wird jedenfalls als qualitativ hochwertig angesehen.

Eine Ministererlaubnis, wie im deutschen GWB, ist bei weisungsfreien Behörden wichtig. Ein Ministereingriff, um zu garantieren, dass Fälle auch aufgegriffen werden, ist diskussionswürdig. Eventuell sollte diesem ein Gutachten der Wettbewerbskommission vorgeschaltet werden.

Die **Wettbewerbskommission** im Sinne eines „produktiven Unruhestifters“ ist sinnvoll. Die Tätigkeit sollte sich eher, wie jene der Deutschen Monopolkommission, auf grundlegende wettbewerbsrechtliche Gutachtersstellung, denn auf das Tagesgeschäft konzentrieren. So könnte die

Erstellung eines verpflichtendes Gutachtens zumindest alle zwei Jahre vorgesehen werden. Das Gremium sollte aber weiterhin regelmäßig tagen; die Zusammensetzung der Kommission selbst müsste nicht geändert werden. Wünschenswert wäre eine administrative Unterstützung durch eine eigene Geschäftsstelle. Problematisch wird die Abhängigkeit von der BWB gesehen, eine „Emanzipation“ wäre wünschenswert.

### 3. Verfahrensrechtliche Aspekte

**Verfahren in der Missbrauchsaufsicht:** Als positives Beispiel wird die Regelung der Beweislastumkehr bei Preismissbrauch im Energiebereich nach dem deutschen GWB gesehen. Die Beweislastumkehr sollte aber erst bei einem ausreichend substantiierten Verdacht zur Anwendung kommen.

Es sollten alle Möglichkeiten der Ermittlung ausgeschöpft werden. Auch Lerneffekte sind wichtig. Die bestehenden vom Kartellgesetz vorgesehenen Möglichkeiten sollten ausgeschöpft werden, erst danach, wenn diese nicht ausreichen, kann man ableiten, was wirklich zusätzlich notwendig ist.

### 4. Materiellrechtliche Aspekte

**Freie Berufe:** Für eine Liberalisierung fehlt der politische Mut. Im Apothekenbereich sollte der OTC-Markt jedenfalls liberalisiert werden. Dies brächte für den Konsumenten mehr als eine Mehrwertsteuersenkung. Bei einer umfassenden Liberalisierung der Notare, würde das Berufsbild aber wahrscheinlich verschwinden, was aber keine Nachteile für die Nachfrage dieser Dienstleistungen nach sich ziehen muss. Rechtsanwälte sollten aber mit Notaren in Konkurrenz treten können. Wünschenswert wäre auch die Forcierung einer interprofessionellen Zusammenarbeit.

### Wettbewerbsmonitoring:

#### 1. Schritt:

Schaffen einer statistischen Grundlage. Die NACE-Auswertung reicht nicht. Statistik Austria hat die Daten und könnte eine Konzentrationsstatistik erarbeiten, allerdings fehlt dazu der gesetzliche Auftrag. Diese Statistik kann über einen längeren Zeitraum hinweg wichtige Aussagen liefern. Die Konzentrationsstatistik sollte jedenfalls Daten wie Preise, Kosten, Margen, Konzentrationsindex, Herfindahl Index enthalten. Diese Sta-

tistik wäre eine gute Basis für den jährlichen Bericht der Wettbewerbskommission. Sinnvoll wären auch Sonderauswertungen bei bestimmten anhängigen Kartellverfahren. Hier sollte dann die Anonymität aufgehoben werden. Das Wettbewerbsmonitoring müsste aber per gesetzlichem Auftrag institutionalisiert werden.

### *2. Schritt:*

Auswertung im Rahmen von Publikationen. Diese Aufgabe samt der Datenwartung könne einer Wettbewerbskommission „neu“ übertragen werden. Die BWB eignet sich weniger dazu. Daten sollten von jedem online abrufbar sein.

### *3. Schritt:*

Formulierung von politischen Zielvorgaben, z.B. nach dem Vorbild Dänemarks, welches sich zum Ziel gesetzt hat, die hohe Marktkonzentration in bestimmten Sektoren bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu reduzieren.

## **Protokoll der 5. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 02.04.2009**

### Anwesend:

Helmut Gahleitner (BAK)

Ulrike Ginner (BAK)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

### **Expertengespräch mit Sektionschef Michael Losch, Georg Seper (BMWFJ)**

Zur Fortentwicklung des Kartell- und Wettbewerbsrechtes gibt es im Wirtschaftsministerium noch keine politisch abgestimmte Position; die Antworten basieren einerseits auf der persönlichen Meinung von Dr Losch und den Vorarbeiten zum Entwurf des Wettbewerbsreorganisationsgesetzes 2008, welcher gemeinsam mit Prof Barfuß und weiteren Experten erarbeitet worden ist.

#### **1. Allgemeine Fragen**

Die **Wettbewerbspolitik** ist ein wichtiger Pfeiler der Wirtschaftspolitik. Gerade in Zeiten einer Wirtschaftskrise kommt den Fragen einer Verbesserung der Regulierungsrahmen und der Erhaltung funktionsfähiger Märkte besondere Aufmerksamkeit zu. Es stellt sich hier auch die Frage der Positionierung der Sektorregulatoren und der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht. Jedenfalls ist sicherzustellen, dass Kartelle und Missbräuche einer beherrschenden Stellung effektiv bekämpft und ökonomisch suboptimale Konzentrationen verhindert werden. Weiter ist zu unterscheiden zwischen der Formulierung der wettbewerbspolitischen Rahmenvorgaben – dies ist eine Aufgabe des Wirtschaftsministeriums – und der wettbewerbsrechtlichen Vollzugstätigkeit, welche durch unabhängige Behörden zu erfolgen hat. Es wird darauf hingewiesen, dass die rechtlichen und wirtschaftlichen Fragestellungen bei Fusionsfällen regelmäßig komplexer sind, als in Kartell- und Missbrauchsfällen; im klassischen Kartellbereich liegen die Grenzen der Wettbewerbspolitik dort wo es um den Marktauftritt innovativer Unternehmen bzw die Formulierung einer Clusterpolitik geht. Auch dem Problembereich der Normierung ist Aufmerksamkeit zu schenken. Jedenfalls wird betont, dass entgegen anderen Meinungen Österreich sehr wohl über eine Wettbewerbspolitik verfügt.

Die Bedeutung nationaler Champions ist nicht über zu bewerten, zumal in einem Land wie Österreich. Dem Bereich der Daseinsvorsorge („public service obligations“) kommt dabei aber eine strategische Bedeutung zu; diese ist klar zu definieren, z.B. die Netzwerkindustrien. Hier greifen aber als Aufsicht in erster Linie die klassischen Regulierungsregime ein.

Die wesentlichen wettbewerbspolitischen Impulse gehen von Brüssel aus; daher hat sich Österreich dem EU-Standard auch rechtlich angenähert. Die Wettbewerbspolitik ist grundsätzlich ein vergemeinschafteter Politikbereich (z.B. Kronzeugenregel). Die Hauptaufgabe der heimischen Wettbewerbspolitik ist daher die Mitwirkung an der Willensbildung auf EU-Ebene. Hier nimmt Österreich heute keine sehr exponierte Stelle ein; es ist danach zu trachten, mehr am Puls des Geschehens zu sein. Auch der Austausch von Experten mit anderen Wettbewerbsbehörden soll dazu beitragen.

Aktuell kommt dem Beihilfenrecht besondere Aufmerksamkeit zu; hier ist darauf zu achten, wie mit Fragen des innergemeinschaftlichen Protektionismus umgegangen wird.

Das Wirtschaftsministerium ist wettbewerbspolitisch auch deshalb seit 2002 nicht offensiv in der Öffentlichkeit aufgetreten, um die BWB in ihrer Unabhängigkeit nicht zu gefährden. Die bisherigen Generaldirektoren sind engagiert für die Belange des Wettbewerbs eingetreten („competition advocacy“). Es ist Aufgabe der BWB, in den Einzelfällen für Transparenz zu sorgen, als Wirtschaftsministerium hält man sich aus den einzelnen Fällen heraus.

Am Beispiel der Kronzeugenregel wird ausgeführt, dass die Politik zwar die Grundregeln vorgeben kann, die BWB aber auch im Rahmen des ECN an der Fortbildung der Regeln auf Europäischer Ebene mitwirken soll, da sie die Regeln im Einzelfall auch anzuwenden haben. Vielleicht wäre die Wettbewerbskommission die richtige Institution, um strategische Impulse zur Weiterentwicklung zu geben.

## 2. Organisations- und verfahrensrechtliche Fragen

Die BWB sollte in erster Instanz alleinige **Entscheidungsbehörde** in allen kartellrechtlichen Angelegenheiten sein. Die grundlegenden Ideen und Lösungen dazu wurden mit dem Entwurf des Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetzes entworfen und vorgelegt. Dabei war die Abschaffung des Kartellgerichtes kein Ziel, im Gegenteil sollten Kartellgericht und Kartellobergericht als Rechtsschutzbehörden aufgewertet werden. In diesem Entwurf war auch die Position des BKA n.w.s nicht mehr be-

stritten. Es konnten aber nicht alle Überlegungen in den Entwurf bereits eingebaut werden. Als Beispiel wird hier das Behördenverfahren erster Instanz genannt, welches jedenfalls zu überarbeiten ist. Von der Antragszur Entscheidungsbefugnis ist es nicht weit; durch die Einräumung einer Entscheidungsbefugnis kann die Qualität und Transparenz der Arbeit der BWB weiter gefördert werden.

Vor allem im Bereich der Fusionskontrolle ist eine Entscheidungsbefugnis durch eine Verwaltungsbehörde gerechtfertigt, aber auch im Verhältnis zum klassischen Antitrust-Bereich sollte dann das Verfahren nicht zu stark auseinandergerissen werden.

Angesprochen auf die gegenwärtige Rolle der Antragstellung durch Dritte, vor allem in der Missbrauchsaufsicht wird ausgeführt, dass verschiedene Diskussionen ergeben hätten, dass es in diesen Verfahrensbereichen Schwächen geben würde.

Zur **Ressourcenausstattung der BWB** wird festgehalten, dass es in der gegenwärtigen Wirtschaftssituation selbstverständlich budgetäre Restriktionen gibt, aber das Wirtschaftsministerium die Personen und Sachausstattung der BWB immer gefördert hat. Wie viel Personal der BWB zur Verfügung gestellt werden soll, bleibt schlussendlich offen. Frühere Schätzungen sind von einem hohen Personalaufwand ausgegangen. Die Ausstattung der Behörde kann aber nur dann wirklich substantiell verbessert werden, wenn es im Rahmen eines gesetzlichen Gesamtpaketes zu einer weitreichenden Reform auch hinsichtlich der Befugnisse kommt. Hierzu wäre wohl ein Sondergesetz notwendig.

Die bestehende **monokratische Struktur** könnte – wie mit dem Wettbewerbsbehördenreorganisationsgesetz vorgesehen – bei einer umfassenden Reform mit Entscheidungskompetenz in der BWB aufgelöst werden, um eine Trennung zwischen Ermittlung und Entscheidung innerhalb der Behörde zu gewährleisten; denkbar wäre ein System der Beschlusskammern wie in Deutschland. Es wird festgehalten, dass es allerdings auch beim Bundeskartellamt nicht zu einer strikten Trennung zwischen Entscheidung und Aufgriff in der Behörde kommt, sondern die gleichen Beschlusskammern beides besorgen. Dazu müssen weitere beratende Dienste behördenintern hinzutreten wie etwa ein Chief Economic Advisor und ein Compliance Officer. Es muss zu einem System der Checks & Balances innerhalb der Behörde kommen. Hier gibt es den entscheidenden Spielraum für die weitere Entwicklung des österreichischen Systems.

Darüberhinaus, ist die Qualifikation der Mitarbeiter sicherzustellen und eigene gezielte Ausbildungsmaßnahmen zu setzen.

Um ein transparentes Verfahren der BWB sicherzustellen und das Ineinandergreifen mit den Rechtsschutzinstanzen zu gewährleisten, wäre ein **neues Verfahrensrecht sui generis** zu schaffen.

Die BWB wird nicht als nachgelagerte Dienststelle des BMWFJ gesehen, sondern ist eine weisungsfreie und unabhängige Behörde. Der Dienststellenplan ist zwar dem Ministerium zugeordnet, aber der Generaldirektor bestimmt über den Einsatz der Mitarbeiter. Es kann zu keinen personellen Verschiebungen kommen wie zwischen ministeriumsinternen Sektionen. Auch ist der Generaldirektor bei seiner Nachbesetzungspolitik autonom. Allerdings ist die Stellung der Mitarbeiter als Beamte von besonderer Bedeutung, auch der Generaldirektor soll Case Händler nicht einfach entlassen können, wenn ihm deren Entscheidungen nicht genehm sind. Daher wird auch ein GmbH Modell – wie es bei Sektorregulatoren angewendet wird – bei der BWB für suboptimal gesehen; der öffentlich-rechtliche Status der BWB soll erhalten bleiben.

Bei der Frage einer eigenen Budgethoheit der BWB ist auch die Einnahmeseite zu betrachten: Zwar sollen Strafen nicht unmittelbar der Behörde zugute kommen, allerdings führt das Behördenhandeln zu nicht unwesentlichen Mehreinnahmen für das Bundesbudget. Ebenso können die Anmeldegebühren stärker zur Eigenfinanzierung der BWB herangezogen werden.

Wenn der Generaldirektor und die BWB auch bei künftiger Entscheidungsbefugnis weiterhin tatsächlich weisungsfrei sind, kann über eine verstärkte **parlamentarische Verantwortlichkeit** des GD nachgedacht werden (etwa Misstrauensvotum und Enthebung bei qualifizierter Mehrheit). Dabei könnte auch der GD dienst- und besoldungsrechtlich eher einem Staatssekretär oder dem Präsidenten des Rechnungshofes gleichgestellt werden.

Die **Wettbewerbskommission** sollte sich stärker aus dem Tagesgeschäft zurückziehen und eher wettbewerbspolitische Stellungnahmen sowie wettbewerbsfördernde Studien erstellen (z.B. Handbuch zur Kronzeugenregelung).

**Regulierungsbehörden und der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht** kommen unterschiedliche Aufgaben zu. Im Rahmen der Inflationsdebatte im Jahr 2008 ist es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Vermengung von Preis- und Wettbewerbsaufsicht gekommen. Eine Wettbewerbsbehörde soll keine Preisaufsichtsbehörde sein; eine solche Monitoringrolle würde Ressourcen von den zentralen Aufgaben Fusions-, Kartell- und Marktmachtmissbrauchsermittlungen abziehen. Das Preismonitoring beispielsweise im Energiebereich ist Aufgabe der E-Control.

Die Zusammenarbeit zwischen BWB und der E-Control, scheint im Rahmen der Branchenuntersuchung Stromwirtschaft sehr gut gelungen zu sein.

In Bezug auf die im Gesetzesentwurf vorgeschlagene Stärkung der Ermittlungsbefugnisse wären bei **Branchenuntersuchungen** allerdings die konkreten Ermittlungsbefugnisse differenziert zu sehen. Ohne konkrete Verdachtsmomente für einen Verstoß sollte es bei Branchenuntersuchungen nicht zu Hausdurchsuchungen oder zwingenden Auskunftsverlangen kommen können. Hier ist wohl eine Abstufung der Zwangsmittel gerechtfertigt.

### 3. **Materiellrechtliche Fragen**

Zwar wäre das BMWFJ wohl für die Durchführung eines **Wettbewerbsmonitorings** zuständig, wobei es sich aber bislang um einen wenig definierten Begriff handelt und sich die Frage erhebt, wie dies im Einzelfall aussehen soll und mit welchem Aufwand es betrieben werden kann. Gegenwärtig gibt es kein klares Konzept; wenn aber konkrete Anliegen vorgebracht werden, wird man sich damit auseinandersetzen.

Schon früher hat man Einzelstudien seitens des Wirtschaftsministeriums finanziert, aber bisher keine über einen längeren Zeitraum begleitende Studie angedacht. Dazu wären die Unterhaltung dauerhafter Datenbanken und ressourcenintensive Pflegemaßnahmen notwendig. Das hier angedachte dänische Modell wird mittlerweile nicht einmal mehr von der dänischen Wettbewerbsbehörde positiv gesehen. Jedenfalls wäre es auch eine Aufgabe der Wettbewerbskommission, darüber Vorschläge zu erstatten. Auch Sonderauswertungen der Statistik Austria werden in Hinblick auf deren Kosten und Vertraulichkeit der unternehmerischen Informationen kritisch gesehen. Es wäre aber anzudenken, inwieweit die Statistik Austria hier allgemein verfügbare Daten in einem eigenen Bericht zusammentragen könnte.

## **Protokoll der 6. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 02.04.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Andreas Graf (LKÖ)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

### **Expertengespräch mit Sektionschef Georg Kathrein, Christian Auinger (BMJ)**

#### **1. Allgemeine Fragen**

Die **Wettbewerbspolitik** hat sowohl aus der Sicht der Verbraucher als auch aus der Sicht der Unternehmer einen hohen Stellenwert. „Wettbewerbspolitik“ kann dabei als vielschichtiger Begriff verstanden werden und dabei das Kartellrecht, das Lauterkeitsrecht, aber auch den Verbraucherschutz bis hin zu den zivilrechtlichen Regelungen erfassen. Wettbewerbspolitik ist aber kein Selbstzweck; es gilt deren Erfordernisse mit anderen Politikbereichen abzuwägen. Wettbewerbspolitische Zielsetzung sollte daher nie verabsolutiert werden. Beispielsweise ist das scharfe wettbewerbspolitische Vorgehen auf EU-Ebene problematisch in Hinblick auf Art 6 EMRK und auf das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Auch in Hinblick auf die gegenwärtige Wirtschaftskrise darf durch einen „fundamentalistischen“ Vollzug die gegenwärtige Wirtschaftslage nicht verschlechtert werden. Dabei gilt es zu bedenken, dass in Österreich eine spezifische, mittelständische Wirtschaftsstruktur besteht. Im Rahmen des österreichischen Beitrags zum Vollzug des europäischen Wettbewerbsrechts sollten diese Besonderheiten berücksichtigt werden. Es darf aber nicht vergessen werden, dass Liberalisierung für die Konsumenten nicht nur Vorteile bringt (z.B. Energie); bei entsprechendem Defizit liegt es in der Verantwortung der allgemeinen Politik, hier Abhilfe zu schaffen.

Die Wettbewerbspolitik sollte durch jene Personen bestimmt werden, die auch die politische Verantwortung zu tragen haben. Das BMJ strebt dabei – wie bisher auch – einen konsensualen Weg unter enger Einbeziehung der Sozialpartner an.

Die **Entwicklungen im Kartell- und Wettbewerbsrecht seit 2002** werden insgesamt positiv bewertet; die Maßnahmen haben dabei zu einem

besseren Bewusstsein für Wettbewerb bei den handelnden Akteuren beigetragen (z.B. Lombard Club). Die Entwicklung zur mehr Wettbewerb hat aber bereits vor 2002 begonnen. Die Reform 2002 ist auch im Konsens mit den Sozialpartnern erfolgt. Deren Mitwirken an den Reformen, aber auch im Vollzug, wird positiv bewertet.

Als **große Themen** werden gesehen: die Organisationsfrage, die Fusionskontrolle und das Private Enforcement.

## 2. Organisationsrechtliche Fragen

Das Kartellgericht hat sich als gewachsene **Entscheidungsstruktur** bewährt; die Zivilgerichte können mit komplexen wirtschaftlichen Fragestellungen angemessen umgehen. Demgegenüber ist von der Alternative Verwaltungsgerichtsbarkeit abzuraten: es entstehen hohe Systemwechselkosten, da ein verwaltungsgerichtliches Vollzugssystem in Kartellangelegenheiten – mit entsprechendem Personal – erst aufgebaut werden müsste. Der Umstellungsprozess würde mit Sicherheit mehrere Jahre in Anspruch nehmen – so hat auch das Bundesvergabeamt mehrere Jahre gebraucht, um zu der Behörde zu werden, die sie heute ist. Darüber hinaus sind auch gravierende personalpolitische Änderungen, auch in qualitativer Hinsicht, erforderlich. Da Verwaltungsvollzug grundsätzlich in Weisungsabhängigkeit von politischen Entscheidungsträgern organisiert ist, müsste eine mit umfassenden Kompetenzen ausgestattete Wettbewerbsbehörde erst ein eigenes Bewusstsein entwickeln. Die Bildung von Beschlussabteilungen wird dabei notwendig sein; dies führt aber wieder zu einer gerichtsähnlichen Struktur der Behörde. Die Einrichtung eines eigenen Wirtschaftsverwaltungsgerichts brächte weder für Verbraucher noch für Unternehmen Vorteile. Wenn man dabei die Geschichte des Bundeskartellamtes ansieht, ist festzuhalten, dass Deutschland eine andere Rechtstradition in diesem Bereich hat. Im Gegensatz zu anderen Wettbewerbsbehörden spielt vor dem Kartellgericht bereits jetzt das Private Enforcement eine wesentliche Rolle; das Konfliktmanagement für solche wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten ist ähnlich jenem im UWG; dafür sind die Richter des Kartellgerichtes speziell ausgebildet. Durch die Richterlaufbahn bis zum Oberlandesgericht ist fachliche Qualifikation auch garantiert. Die Richter am OLG und OGH werden auch besser entlohnt. Im Verhältnis zu Deutschland darf auch nicht übersehen werden, dass das juristische Ausbildungssystem anders organisiert ist als in Österreich; die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung spielt dort daher eine geringere Rolle. Der Reformvorschlag 2008 des BMWA hat auf berechnete Probleme hingewiesen, etwa das Bestehen einer einzigen Tatsacheninstanz in

Kartellangelegenheiten. Dies hat auch im BMJ dazu geführt, dass man hier weitreichende Überlegungen für eine Reform angestellt hat: etwa durch eine Arbeitsaufteilung im Bereich Ermittlung (BWB) und gerichtlichem Einschreiten (BKANw), ähnlich dem Strafverfahren, wo sich eine solche Arbeitsteilung bewährt hat. Die auch im Regierungsprogramm vorgesehene Aufrechterhaltung von Trennung der Ermittlungs- und Entscheidungsebene ist wichtig für die Gewährleistung eines funktionierenden Systems der Checks & Balances. Dies zeigt sich vor dem Hintergrund der Verfahren vor der EU-Kommission. Dabei geht es um Fragen der Befangenheit, wenn die gleichen Personen untersuchen und entscheiden – dies kann beim Anklageprinzip nicht auftreten – und um die Gewährleistung der Verteidigungsrechte.

Auf den ersten Blick haben die Überlegungen Hanreichts einiges für sich, wonach im Verwaltungsvollzug prospektive Entscheidungen besser getroffen werden könnten und das Verwaltungsverfahren auf Steuerungseffekte besser ausgerichtet sei als der Zivilprozess. Im außerstreitigen Verfahren werden aber durchaus auch viele verwaltungsähnliche, rechtsgestaltende Gegenstände behandelt. Mit dem neu kodifizierten AußStrG steht nunmehr ein – gegenüber dem AVG – modernes und flexibles Verfahrensrecht zur Verfügung.

Zum Problem der **Fluktuation der Richter beim Kartellgericht** wird festgehalten, dass eine kontinuierliche Tätigkeit einer Gerichtsperson über längere Jahre natürlich zu befürworten ist. Aber es kann auch niemanden bei persönlichen Karriereentscheidungen der Weg nach Oben verwehrt werden. Die stärkere Fluktuation ist auch darauf zurückzuführen, dass die Anzahl der in Kartellsachen tätigen Richter höher ist als noch vor 10 Jahren. Einerseits wird das Kartellgericht als Einstiegsmöglichkeit in das Oberlandesgericht genutzt, andererseits sind durch mangelnde Antragsstellung und Auslagerung des fusionskontrollrechtlichen Anmeldeverfahrens die Geschäftszahlen drastisch gesunken. Damit verbleiben beim Kartellgericht nur mehr eine geringere Anzahl wirklich aufwendiger Verfahren.

Sollte die **Entscheidungsbefugnis erster Instanz** zur BWB wechseln, gilt es zu bedenken, dass die Fälle der Fusionskontrolle jedenfalls „civil rights“ iSd Art 6 E-MRK darstellen. Die BWB ist durch das Anmeldeverfahren bereits bisher in die Fusionskontrolle eingebunden. Wenn die Kartellgerichtsbarkeit nur die Rechtskontrolle der Entscheidungen der BWB ausübt, stellt sich die Frage nach der Rolle des BKANwes in einem solchen System. Dabei gilt es zu bedenken, dass jedenfalls ein Korrektiv für den Fall der Untätigkeit der BWB geben sollte – dies muss auch gerichtlich überprüft werden können. Es gibt berechtigte Zweifel an der Lösung der Rechtskontrolle durch die Kartellgerichtsbarkeit mit einfa-

chem Verfassungsgesetz; die Regelung per sukzessiver Kompetenz könnte das Fusionskontrollverfahren ungebührlich verlängern. Hier gilt jedoch: je besser im erstinstanzlichen Verfahren die Tatsachen aufbereitet werden, desto weniger Erhebungstätigkeit ist in der Rechtskontrolle notwendig.

Entwicklungen wie das gemeinschaftsrechtliche „settlement procedure“ (Vergleichsverhandlungen) werden für das innerstaatliche Recht als problematisch angesehen; dies liegt sicher jenseits der Grenzen einer möglichen Umstrukturierung.

Um die Bedeutung der **vom Kartellgericht zu bestellenden Sachverständigen** für die kartellgerichtlichen Entscheidungen zu verringern, müsste die BWB mehr ermitteln; dabei kommt es auch nicht selten vor, dass die BWB verfügbare Beweismittel dem Gericht nicht vorlegt. Dabei wird übersehen, dass es geheime Beweismittel in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht geben kann. Ebenso ist eine Bindung der Gerichtsbarkeit an die Beweiserhebung der BWB nicht denkbar. Hier sollte vielleicht auch angedacht werden ob einzelne Mitarbeiter der BWB nicht Amtssachverständige in einzelnen Fällen sein könnten. Insgesamt wäre es natürlich wünschenswert, wenn die Sachverständigenkosten im System internalisiert werden könnten. Die Sachverständigen haben aber nicht die Aufgabe, die Verfahrensentscheidung zu treffen. Es ist aber ein allgemeines Problem im Zivilprozess, dass Gutachtensaufträge zu diffus gestellt werden; der erkennende Senat sollte den Fragenkatalog an den Sachverständigen möglichst präzise erfassen.

Bei der **Dauer der Verfahren** in Österreich gibt es keine generellen Probleme; Verzögerungen kommen allenfalls dort zustande, wo vor der Einholung eines teuren und aufwendigen Sachverständigengutachtens mehrere Schlichtungsversuche unternommen werden. Demgegenüber dürfte sich die Rechtskontrolle in Deutschland schwieriger erweisen; Beleg dafür könnte die geringe Anzahl an Kontrollverfahren sein.

Das **Provisorialverfahren** im Kartellrecht muss zu raschen Entscheidungen führen. Allerdings ist die Anzahl der Anträge zu gering. Das könnte daran liegen, weil die Hauptverfahren verhältnismäßig rasch abgeführt werden. Im Verwaltungsrechtszug vor dem VwGH und dem VfGH wäre die Verfahrensdauer um ein vielfaches länger. Im Verfahren zur Erlangung einer einstweiligen Verfügung ist natürlich die Einholung eines Sachverständigengutachtens problematisch; andererseits reichen probate Bescheinigungsmittel ja bereits für eine vorläufige Entscheidung aus.

Die **BWB** benötigt in jeder Hinsicht eine bessere Ressourcenausstattung; dies wird aber voraussichtlich auf budgetäre Probleme stoßen. Es wäre sinnvoll, den Mitarbeitern der BWB ein justizförmiges Training zu ermöglichen, etwa bei einer Staatsanwaltschaft, bei einem einschlägigen Gericht oder der Wirtschaftspolizei. Ebenso erscheint die Einziehung ei-

ner weiteren Hierarchieebene – zwischen Leitung und Referentenebene – in der Behörde sinnvoll.

Es wird zur künftigen Rolle des **Bundeskartellanwaltes** auf die Überlegungen des BMJ zum Entwurf des BMWA aus 2008 verwiesen (BKAnw als Vertretung gegenüber den Gerichten, BWB als Ermittlungsbehörde). Eine politische Einflussnahmemöglichkeit, wie sie jetzt durch das Weisungsrecht des Justizministers gegenüber dem BKAnw vorgesehen ist, hat ihren eigenen Wert; dabei ist es besser, diese Möglichkeit liegt beim BMJ, da dieses traditionell objektiver ist. Demgegenüber ist das BMWFJ auch für Industriepolitik zuständig. Ohne politische Ingerenz kann eine unabhängige Behörde zu einer „unguided missile“ werden. Zum Verhältnis BWB – BKAnw wird auf den Auftrag im RegÜ verwiesen. Die BWB soll eben zentrale Ermittlungsbehörde sein; Aufträge zur Ermittlung sollten vom BKAnw, aber durchaus auch vom Kartellgericht erteilt werden können. Dies würde die Unabhängigkeit der BWB in keiner Weise gefährden.

### 3. Verfahrensrechtliche Fragen

Das neue **Außerstreitverfahren** ist gegenwärtig das modernste Verfahrensrecht; es bietet aufgrund seiner Flexibilität Lösungen für alle Verfahrensarten. Sollten weitere Regelungen – wie etwa strafrechtliche Verfahrensgarantien – notwendig sein, so können diese leicht ins Kartellgesetz aufgenommen werden. Wenn bei einer Kompetenzerweiterung der BWB ein neues Verfahren geschaffen werden müsste, sollte man sich dies gut überlegen. Das AVG ist den Anforderungen jedenfalls nicht gewachsen. Bisher hat auch niemand vernünftige Argumente vorgebracht, wieso das Außerstreitverfahren für das Kartellverfahren nicht geeignet sein sollte. Probleme im gegenwärtigen Kartellvollzug, wie die Kritik an der einzigen Tatsacheninstanz und dem dürftig geregelten Geldbußenverfahren, könnten im Rahmen einer Evaluierung des Verfahrensrechts im BMJ leicht gelöst werden.

Es wäre wünschenswert, die Regelungen betreffend die **Kronzeugenregelung** mit den diesbezüglichen Entwicklungen im allgemeinen Strafrecht zu koordinieren, allerdings ist man dort erst am Anfang des Diskussionsprozesses. Insgesamt sollte ein Kronzeuge nicht von jeglicher rechtlicher Verantwortung (z.B. Schadenersatz) freigestellt werden können.

Die **Auskunftsverlangen** sind eine zentrale Ermittlungsbefugnis der BWB. Allerdings ist hier eine eigene Bescheidkompetenz der BWB nicht sinnvoll; es ergeben sich zahlreiche Probleme bis hin zur Einbringung der Zwangsgelder. Denkbar wäre aber die Umsetzung eines Eilverfahrens, wofür eine Bescheinigung des berechtigten Auskunftsinteresses ausreicht.

Es müsste einfach eine Interessenabwägung zwischen den Ermittlungsnotwendigkeiten der BWB und den Geheimhaltungsinteressen des auskunftspflichtigen Unternehmens vorgenommen werden.

Das Thema **Beweislastumkehr** wird mit Vorbehalten betrachtet; betrachtet man die entsprechende Regelung im deutschen GWB, so ist diese einerseits zeitlich befristet und dient eigentlich weniger der Wettbewerbs- als vielmehr der Preiskontrolle. Eine solche Regelung könnte nie im Geldbußenverfahren wirken. Wenn es um die Frage geht, ob derjenige beweispflichtig sein soll, der einfach näher am Beweis ist, wird auf die bestehende Mitwirkungspflicht des Informationsinhabers gemäß § 381 ZPO und die freie Beweiswürdigung des Richters verwiesen.

Zu den Entwicklungen des „**Private Enforcements**“ auf europäischer Ebene wird festgehalten, dass die öffentliche Kartellbekämpfung Vorrang haben soll und zu gewährleisten ist. Die Umsetzung der von der Kommission angedachten Lösungen könnte sehr kompliziert werden. Public Enforcement soll funktionieren. Allerdings ist nach Ansicht des BMJ Schadenersatz im „Aufzugskartell“ mit österreichischem Schadenersatzprozessregelungen kaum lösbar. Im Zentrum stehen dabei technische Fragen, wie die der Informationsbeschaffung. Zu bedenken ist, ob es nicht eine eigene kartellrechtliche Schiene geben soll.

#### 4. **Materiellrechtliche Fragen**

Es gibt in Österreich ca. 5000 Rechtsanwälte und 450 Notare, die sich gehörig Konkurrenz machen; dabei ist es ein vordringliches Ziel, ein „Anwaltsproletariat“ zu verhindern. Durch die weitreichenden Ausbildungsvorschriften soll die Qualität der Rechtsberatung sichergestellt werden. Bei der Einrichtung multidisziplinärer Gesellschaften wird befürchtet, dass die Anwälte in einer solchen Partnerschaft „untergehen“ würden.

## Protokoll der 7. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 16.04.2009

### Anwesend:

Helmut Gahleitner (BAK)

Ulrike Ginner (BAK)

Anton Reinl (LKÖ)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

### Expertengespräch mit Norbert Gugerbauer

Dr Gugerbauer hat eine schriftliche Beantwortung der Fragen vorgelegt. Nachstehendes Protokoll stellt daher nur eine Ergänzung dar und soll einen Überblick über die diskutierten Fragenkomplexe geben:

Festgehalten wird, dass im internationalen Vergleich die **Wettbewerbspolitik in Österreich** nicht den ihr zustehenden Stellenwert im Rahmen der Wirtschaftspolitik genießt. Positiv wird hervorgehoben, dass sich die Arbeiterkammer insbesondere aus Gründen des Konsumentenschutzes für die Wettbewerbspolitik interessiert. Insgesamt betrachtet ist es notwendig, dass die Wettbewerbspolitik als zentrales Ordnungselement einer wettbewerbsorientierten Wirtschaft in der Politik klarer abgebildet wird.

Historisch betrachtet sind die Parteien (Regierungs- und Oppositionsparteien) nie für ein strenges Kartellrecht zum Schutz der Verbraucher oder zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen eingetreten; die Entwicklung des österreichischen Kartellrechts ist vielmehr Ergebnis der Anpassung an das europäische Kartellrecht.

Die große Wettbewerbsrechtsreform im Jahr 2002 war eine Kompromisslösung der damaligen Koalitionsregierung. Wenngleich die Kompetenzaufteilung zwischen Wirtschaftsministerium und Justizministerium kritisch betrachtet wird, ist festzuhalten, dass insgesamt das neue System besser als erwartet funktioniert, nicht zuletzt auch wegen der handelnden Personen.

Verantwortlich für eine aktive Wettbewerbspolitik sind alle, die sich für die Zukunft Österreichs interessieren, insbesondere das Parlament als Gesetzgeber. Innerhalb der Ministerien ist am ehesten das Wirtschaftsministerium für die Wettbewerbspolitik verantwortlich. Es wäre daher Aufgabe des Wirtschaftsministeriums, die Wettbewerbspolitik zu einer zentralen Aufgabe zu machen.

Es spricht nichts dagegen, dass die **BWB** beim Wirtschaftsministerium angesiedelt ist. Der Tätigkeitsbericht der BWB könnte aufgewertet wer-

den. Vorstellbar ist etwa, dass der Generaldirektor diesen im Rahmen eines öffentlichen parlamentarischen Ausschusses mit anschließendem Hearing präsentiert. Dabei könnten Stärken und Schwächen der österreichischen Wettbewerbspolitik oder Fragen betreffend die Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Wirtschaft diskutiert werden.

Die im Rahmen eines Vortrags vom Vizepräsidenten des Bundeskartellamtes angeführten Argumente in Bezug auf eine Entscheidungskompetenz der BWB in Fusionsfällen sind grundsätzlich plausibel. Sollte die BWB eine Entscheidungskompetenz in Fusionsfällen erhalten, dann wäre ein Instanzenzug mit entsprechender Sachverhaltskontrolle beim Kartellgericht (OLG) bzw OGH notwendig (Verfassungsbestimmung). Die Kartellgerichtsbarkeit für Fragen des Kartellrechts und des Marktmissbrauchs sollte jedenfalls beibehalten werden.

Zur Arbeitsweise der BWB wird festgehalten, dass das Verständnis für „Private Enforcement“ und für Eigeninitiative verbesserungswürdig ist. Aus Unternehmersicht gilt es regelmäßig zu entscheiden, ob ein wettbewerbswidriger Sachverhalt direkt beim Kartellgericht eingebracht oder über die BWB verfolgt werden sollte. Beide Formen haben Vor- und Nachteile. Aufgrund begrenzter Ressourcen ist im Falle der Einbringung einer Beschwerde bei der BWB mit längerer Verfahrensdauer zu rechnen. Dafür kann die BWB durch Einholung zusätzlicher Informationen bei der Beweisführung unterstützend wirken.

Eine direkte Eingabe beim Kartellgericht beschleunigt das Verfahren, die Beweislage ist allerdings schwieriger zu erbringen; eine Beweiserleichterung wie nach angelsächsischem System ist nicht vorgesehen. Die im angelsächsischen System verankerte Beweislastumkehr ist oftmals für die Gerichtswahl entscheidend. Viele gehen mit Schadenersatzklagen daher nach London.

Eine etwaige Mitwirkungspflicht – analog der ZPO – müsste im Rahmen der Rechtsprechung erst entwickelt werden.

In Bezug auf Beweislasterleichterungen für die BWB wird ausgeführt, dass das der BWB für Ermittlungen im Vorfeld zur Verfügung stehende Instrumentarium jedenfalls ausreichend ist. Eine Beweislastumkehr in gerichtlichen Verfahren darf sich jedenfalls nicht auf die BWB beschränken, sondern hiervon müssten auch private Kläger profitieren.

Akteneinsicht bei der BWB: Diese wird sehr restriktiv gehandhabt und ist im Rahmen von Vorverfahren auch gerechtfertigt. Werden Verfahren allerdings eingestellt, sollte den betroffenen Parteien eine Einsichtnahme in bestimmte Akten ermöglicht werden.

Der **BKANw** hat eine wichtige Bedeutung im Gesamtsystem. Er sichert eine Resteinflussnahme der Politik in Wettbewerbsfragen; dies ist ein legitimes und sinnvolles Anliegen in einer parlamentarischen Republik (zum

Vergleich: Deutschland: Ministererlaubnis, EU-Kommission: Entscheidung durch alle Kommissare). Grundsätzlich sollte gewährleistet sein, dass auch dann Verfahren vor dem Kartellgericht eingeleitet werden, wenn die BWB dies nicht tut. Als Bindeglied zwischen Bundesregierung und Kartellgericht nimmt der BKANw quasi die Stellung eines Staatsanwaltes ein, der ebenfalls Weisungen erhalten oder Verfahren bzw Anträge stellen kann.

Aufgrund der unterschiedlichen Ressourcen von BKANw und Bundeswettbewerbsbehörde kann von einem Vier-Augen-Prinzip nicht wirklich gesprochen werden. Der BKANw muss sich auf Schwerpunktverfahren konzentrieren.

Selbst für den Fall, dass die BWB zu einer Entscheidungsbehörde ausgebaut werden sollte, kann die Institution des BKANws aufrechterhalten werden. Es geht primär darum, dass aus politischer Sicht wichtige Verfahren eingeleitet werden. Eine Ministererlaubnis wie in Deutschland ist zu wenig, da sich diese lediglich auf die Fusionskontrolle beschränkt.

Befürwortet wird die Befugnis einer Antragstellung des BKANws an die BWB, um die notwendigen Informationen zu erhalten. Die Öffentlichkeitsarbeit obliegt primär der Bundeswettbewerbsbehörde und nicht dem BKANw.

Die **Kartellgerichtsbarkeit** wird grundsätzlich positiv bewertet und soll jedenfalls beibehalten werden. Die öffentliche Akzeptanz der Unabhängigkeit des Gerichts ist groß. Die Gerichtsbarkeit ist daher ein tragfähiger Entscheidungskörper als ein Verwaltungsorgan.

Die **Wettbewerbskommission** sollte sich nach dem Vorbild der Deutschen Monopolkommission weiterentwickeln. Gerade in Zeiten einer Wirtschaftskrise, wo viele mehr Einfluss des Staates einfordern, könnte hier die Wettbewerbskommission mit der Fokussierung auf den Erhalt des Wettbewerbs ein wichtiger „Mahner“ sein.

Auch wären Branchenuntersuchungen besser bei der Wettbewerbskommission als bei der BWB angesiedelt. Für die Erstellung von Branchenuntersuchungen braucht es keine zusätzlichen Informationsrechte für die Wettbewerbskommission, zum Einen gibt es meist ausreichendes Informationsmaterial, zum Anderen geht es bei Branchenuntersuchungen vor allem darum, ein makroökonomisches Gesamtbild zu erhalten.

Die Umsetzung der aus einer Branchenuntersuchung abgeleiteten Empfehlungen sollte durch entsprechende Öffentlichkeitsarbeit beschleunigt werden. Jedenfalls braucht die Wettbewerbskommission für die Durchführung von Untersuchungen zwar keine eigene Geschäftsstelle, aber ein eigenes Budget, dessen Höhe mit rund 300.000 Euro/Jahr angegeben wird.

Die Fusionskontrolle im Einzelfall wird nicht als Aufgabe der Wettbewerbskommission gesehen.

Die Zusammensetzung der Kommission mit Mitgliedern aus Wissenschaft, Praxis und Sozialpartnern hat sich bewährt und sollte beibehalten werden.

**Transparenz** in Wettbewerbsfragen: Das Bedürfnis nach Schutz von Unternehmensdaten ist ernst zu nehmen, vor allem jene Unternehmensdaten, die nicht unmittelbar mit einer rechtskräftigen Entscheidung in Zusammenhang stehen.

Die Öffentlichkeitsarbeit der BWB hat sich verbessert. Die Berichtspflichten der BWB könnten etwas präzisiert werden. Die Veröffentlichungen von OGH-Erkenntnissen sind teilweise, was Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betrifft, zu weitgehend.

In Bezug auf „**Private Enforcement**“ wird angemerkt, dass Kartellgerichtsakten durch ein Zivilgericht beigeschafft werden können. Die Frage, welche der Informationen, die zur Entscheidung geführt haben, schutzwürdige Informationen darstellen, muss von den erkennenden Gerichten beantwortet werden. Diesbezüglich gibt es noch keine Judikatur.

Viel zentraler im Zusammenhang mit „Private Enforcement“ wird die Frage der Verjährung bewertet. Aufgrund der dreijährigen Verjährungsfrist sind nach Abschluss des Bußgeldverfahrens etwaige zivilrechtliche Ansprüche oftmals verjährt. Dies ist auch ein Thema auf europäischer Ebene. Es bedarf hier wahrscheinlich eines Eingriffes des Gesetzgebers, um diese schwierige aber im Rahmen des „Private Enforcement“ wichtigste Frage zu klären (z.B. durch Konkretisierung im Zivilrecht, Sonderregelung für kartellrechtliche Ansprüche etc).

Grundsätzlich wird zu „Private Enforcement“ festgehalten, dass dies eine wichtige Ergänzung im Rahmen des Kartellrechtvollzugs darstellt.

**Tatsachenüberprüfung** beim OGH: Grundsätzlich wird hierzu angemerkt, dass das gegenständliche System rechtsstaatlich vertretbar ist. Auch lässt sich durch Aufzeigen eines Verfahrensmangels beim OGH regelmäßig eine Aufhebung und Rückverweisung auf die erste Instanz und damit eine neuerliche Überprüfung der Sachverhaltsdarstellung bewirken.

Eine Tatsachenüberprüfung durch den OGH würde jedenfalls einen verstärkten Arbeitsanfall bedeuten, weil überdurchschnittlich viele Verfahren in kartellrechtlichen Angelegenheiten zum OGH gehen.

Alternativ könnte überlegt werden, das Kartellgericht beim Handelsgericht anzusiedeln, welches in erster Instanz entscheidet und in weiterer Folge eine Überprüfung durch das OLG zu ermöglichen. Der Rechtszug an den OGH wäre nur bei Zulassung einer Revision möglich.

Gutachten von **Sachverständigen**: In den letzten Jahren hat sich ein gewisser Standard bei Gutachten herausgebildet, der sich letztlich auch in steigenden Preisen für Gutachten widerspiegelt. Es besteht eine gewisse Gefahr, dass vor allem für KMUs die hohen Gebühren eine Schranke

darstellen und den Zugang zum Kartellgericht behindert. Aus wettbewerblichen Überlegungen sollte jedenfalls angestrebt werden, die Zahl der Gutachter zu erweitern. Gerade der universitäre Bereich ist stark in die gutachterliche Arbeit eingebunden und sollte hierfür verstärkt herangezogen werden. Vorstellbar wäre eine breite Ausschreibung mit relativ kurzen Entscheidungsfristen.

Im Gerichtsmodell ist eine stärkere gutachterliche Einbindung der BWB schwierig umsetzbar, wäre sie doch Antragsteller und Gutachter in einer Person.

Es wurde ein Maximum an **Regulierungsbehörden** eingerichtet; hier bestehen jedenfalls Einsparungspotentiale (wie etwa Zusammenfassung der Regulatoren unter einem einheitlichen Dach; Bildung einer Netzwerkagentur wie in Deutschland). Die Marktmachtmissbrauchskontrolle sollte beim Kartellgericht und damit im allgemeinen Kartellrecht konzentriert werden (siehe Deutschland).

**Kronzeugenregelung:** Die jüngsten Beispiele zeigen, dass diese funktioniert. Problematisch ist vor allem der Umstand, dass Kronzeugen im Bußgeldverfahren Informationen zur Verfügung stellen, die im Falle einer Schadenersatzklage belastend sein können. Inwieweit die Kronzeugenregelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält, wurde bislang nicht überprüft. Kritisch wird angemerkt, dass die Kronzeugenregelung nur auf den Kartellrechtsbereich beschränkt ist; im Zuge einer Novelle sollte eine generelle Regelung angedacht werden.

**Fusionskontrolle:** Kritisch betrachtet werden die unterschiedlichen Untersagungskriterien..? Während die EU-Kommission prüft, inwieweit nach dem Zusammenschluss noch ausreichender Restwettbewerb besteht, wird in der österreichischen Fusionskontrolle auf die Entstehung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung abgestellt..? Im Rahmen einer Kartellrechtsnovelle ist hier Anpassungsbedarf an die europäische Fusionskontrollverordnung gegeben.

Die österreichische Fusionskontrolle ist weiters dadurch gekennzeichnet, dass sie im internationalen Vergleich eine sehr starre Aufgriffsregelung aufweist (z.B. 25 %-Regelung). Es wäre eine gewisse flexiblere Handhabung jedenfalls vertretbar. Jedenfalls ist in ausländischen Rechtsordnungen durch eine größere Flexibilisierung der Aufgriffsregelungen kein verstärkter Missbrauch feststellbar.

Die 14-tägige Frist für Eingaben (sowohl in Phase I als auch im Phase II-Verfahren) ist sehr knapp bemessen und sollte etwas verlängert werden.

Die Multiplikator-Verordnung behindert die Wettbewerbschancen österreichischer KMUs im internationalen Vergleich. Diese wird daher besonders kritisch betrachtet.

Geldbußenverfahren: Es handelt sich hierbei um ein starkes Richterrecht. Zur besseren Klarheit sollten Bestimmungen aus der StPO übernommen werden. Sinnvoll wären Angaben von Kriterien, die für die Höhe der Strafbestimmung wesentlich sind (z.B. Milderungsgründe).

**Freie Berufe:** Wettbewerbsbeschränkungen sind vor allem bei Honoraren und Vergütungen zu untersagen. Multidisziplinäre Gesellschaften sind jedenfalls ein internationaler Trend, dem sich Österreich nicht entziehen werden kann. Auch die im internationalen Vergleich lange Ausbildungsdauer wirkt wettbewerbsbeschränkend.

## **Protokoll der 8. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 30.04.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Helmut Gahleitner (BAK)

Ingrid Schopf (IV)

Anton Reindl (LKÖ)

Theodor Taurer (WKÖ)

### **Expertengespräch mit Theodor Thanner, Peter Matousek, Horst Neumann (Bundeswettbewerbsbehörde)**

#### **1. Allgemeine Fragen (Wettbewerbspolitik):**

Mit der KatGNov 2002 wurde ein Paradigmenwechsel in der österreichischen Wettbewerbspolitik eingeleitet: Die bis zur Umsetzung der Novelle bestehende Dominanz der Sozialpartner als Interessenvertreter in der Vollziehung des Wettbewerbsrechts (Paritätischer Ausschuss, Möglichkeit der Laienrichter, die Berufsrichter im kartellgerichtlichen Senat zu überstimmen) wurde zurückgedrängt und eine – per Verfassungsbestimmung – **unabhängige** Wettbewerbsbehörde eingerichtet.

Mit dem Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wurde (BGBl I Nr 2/2008) wurde die Verfassungsbestimmungen des § 1 Abs 3 sowie § 9 Abs 3 WettbG (Bundesgesetz über die Einrichtung der Bundeswettbewerbsbehörde BGBl I Nr 62/002 idF BGBl I Nr. 62/2005) in einfache bundesgesetzliche Bestimmungen transformiert (Art 2 2 Abschnitt § 5 Abs 2 Z 17). Danach kann somit die Weisungsfreiheit der Bundeswettbewerbsbehörde mit einfacher Mehrheit beseitigt werden.

Dadurch geht der erhöhte verfassungsrechtliche Bestandschutz der einschlägigen in Verfassungsrang stehenden Bestimmungen des WettbG verloren. Dieser hat sich aber in der Vergangenheit bewährt. Eine durch erhöhte Quoten abgesicherte Weisungsfreiheit, stärkt das Vertrauen der Bevölkerung in die Unabhängigkeit einer Wettbewerbsaufsicht und ist somit zu befürworten; eine erneute verfassungsrechtliche Absicherung der Unabhängigkeit der BWB bleibt daher jedenfalls ein Desiderat. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass die

Volksanwaltschaft (Art 148 a Abs 4 B-VG) und der Präsident des Rechnungshofes (122 Abs 2 B-VG) als staatliche Aufsichtsorgane ebenfalls qua Verfassungsrecht weisungsfrei sind.

Die ausdrückliche Erwähnung der Wettbewerbspolitik auch im Regierungsprogramm der XXIV Gesetzgebungsperiode zeigt deutlich deren Stellenwert. Die BWB spricht sich in Anknüpfung an den von der Bundesregierung zum Ausdruck gebrachten Stellenwert der Wettbewerbspolitik dafür aus, dass die 2002 erfolgten ersten Schritte zur Einrichtung einer wirksamen, **unabhängigen** und bei der BWB konzentrierten Wettbewerbsaufsicht weitergeführt werden und in weiterer Folge die BWB als Entscheidungsbehörde eingerichtet wird.

Die Einrichtung weiterer mit Aufgaben der Wettbewerbsaufsicht betrauter Behörden wird wegen den mit einer solchen (weiteren) Zersplitterung einhergehenden negativen Effekten ebenso grundsätzlich wie nachdrücklich abgelehnt.

Rückblickend ist festzuhalten, dass die BWB trotz vergleichsweise geringer Ressourcenausstattung unübersehbar dem Wettbewerb bzw. der Wettbewerbskultur in Österreich wesentliche Impulse verliehen hat.

In der Frage der Betrauung der Bundeswettbewerbsbehörde mit Entscheidungsaufgaben muss hervorgehoben werden, dass in der – trotz des mit der dzgt wirtschaftlichen Situation einhergehenden Rückganges der Anzahl der Zusammenschlussanmeldungen nach wie vor einen Gutteil der Ressourcen bindenden – Zusammenschlusskontrolle der überwiegende Teil der Fallarbeit ohne Beteiligung des Kartellgerichts erledigt wurde und wird:

Fast 97 % der 275 Zusammenschlussverfahren des Jahres 2008 wurden in der ersten, der Anmeldung bei der BWB folgenden Verfahrensphase abgeschlossen, nur in 10 Fällen musste die zweite Verfahrensphase beim Kartellgericht eingeleitet werden. Aber auch in 7 dieser 10 Fälle konnte der Fall ohne inhaltliche Entscheidung des Kartellgerichts beendet werden.

Was heißt das in der Praxis? Nur in 3 von 275 Fällen (also etwas mehr als 1 % !) hatte das Gericht über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses zu entscheiden; alle anderen Fälle wurden von den Amtsparteien – wobei die BWB aus Ressourcengründen und wegen ihres Ermittlungsmonopols idR die führende Rolle wahrnahm – ohne inhaltliche Inanspruchnahme des formellen Entscheidungsgremiums Kartellgericht faktisch entschieden. Es spricht wenig dagegen, im Sinne von Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Rechtsschutz aus einer de facto auch eine de iure Entscheidungskompetenz zu machen.

Im Bereich der Missbrauchsaufsicht und Kartellbekämpfung ist die BWB mit ihren Anträgen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle

durchgedrungen. Auch dies ist als Qualitätsmerkmal für deren geleistete Arbeit hervorzuheben. Mittlerweile hat die BWB in ihrer mehrjährigen Praxis seit ihrer Einrichtung Erfahrung und Expertise sammeln können, die es ihr heute ermöglichen (vorausgesetzt der unumgehbaren Notwendigkeit einer personellen Aufstockung), Entscheidungsverantwortung zu übernehmen.

Der Anfang könnte dabei im Sinne der obigen Ausführungen bei den Entscheidungen über Zusammenschlüsse sowie im Hinblick auf die Durchsetzung von Ermittlungsbefugnissen gemacht werden.

## 2. Organisationsrechtliche Aspekte

**Kartellgerichtsbarkeit:** Das derzeitige System sieht eine Trennung von ermittelndem (BWB) und entscheidendem Organ (Kartellgericht) vor. Die Zusammenführung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen in ein Organ, das nicht auf externe ökonomische Expertise angewiesen ist, erleichtert die Fallbearbeitung, da gerade im Bereich der Zusammenschlusskontrolle und – im Lichte des von der Europäischen Kommission forcierten sogenannten neuen ökonomischen Ansatzes – der Missbrauchsaufsicht sich viele schwierige ökonomische Fragen stellen. Zudem ermöglicht die Integration von Ermittlungstätigkeit und Entscheidungsbefugnis eine Verfahrensbeschleunigung. Faktisch geht es um eine Halbierung der Verfahrensdauer, weil nicht die von der Bundeswettbewerbsbehörde vom Kartellgericht dupliziert werden müssten.

Den immer wieder als Argument gegen eine Entscheidungsbefugnis der Bundeswettbewerbsbehörde vorgetragene Bedenken gegen das Zusammenfallen von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis in einer Behörde ist durch eine adäquate(re) Gestaltung des Verfahrensrechtes und ggfs der inneren Organisation der Behörde (Entscheidung in Senaten) zu begegnen.

Desweiteren würde die Etablierung eines Gerichtes – sei es ein Sonderverwaltungsgericht oder ein ordentliches Gericht (per Verfassungsbestimmung oder mit sukzessiver Zuständigkeit) – als Rechtsmittelbehörde mit voller Kognitionsbefugnis letzte rechtsstaatliche Bedenken ausräumen und sogar ein Plus gegenüber dem Istzustand darstellen, in dem es – rechtsstaatlich bedenklich genug – keine Überprüfung der Beweiswürdigkeit des KG gibt.

**Bundeswettbewerbsbehörde:** Die Wahrnehmung der der BWB zugeordneten Aufgaben erfordert eine entsprechende Ressourcenausstattung. Dies hat gerade auch bei der Einräumung von Entscheidungskompetenz angemessen Berücksichtigung zu finden.

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist eine **unabhängige Behörde** mit den Organisationsgarantien eines Tribunals im Sinn des Art 6 MRK. (Dass die Unabhängigkeit der BWB nicht angetastet werden soll, wird auch in einem Bericht des Verfassungsausschusses der letzten Legislaturperiode zum Ausdruck gebracht.) Eine politische Verantwortlichkeit für die BWB vorzusehen, wäre ebenso widersinnig wie eine solche für ein Gericht. Die Gesetzestreue der BWB hat mit hohen rechtsstaatlichen Standards des Verfahrensrechts sowie adäquaten Vorkehrungen für den Rechtsschutz sichergestellt zu werden.

Ebenso wenig vereinbar mit dem Status der Unabhängigkeit der BWB ist die Beauftragung mit einer Branchenuntersuchung von dritter Seite, da damit ja im gegebenen Zusammenhang eine Art Weisungsrecht vorgesehen werden würde. Die Möglichkeit, auf das Institut der Amtshilfe zurückzugreifen, ist davon selbstverständlich nicht betroffen.

**BKANw und Wettbewerbskommission:** Reformüberlegungen im Zusammenhang mit den Einrichtungen "BKANw" und "Wettbewerbskommission" stehen nicht im Blickfeld der BWB. Festzuhalten ist jedoch, dass gegenüber den genannten Institutionen in einem künftigen System mit der BWB als Entscheidungsbehörde eine "systemadäquate" Aufgabenzuweisung vorzunehmen wäre, die das Konzept einer **unabhängigen** Wettbewerbsbehörde nicht infrage stellt.

**Regulierungsbehörden:** Die Zusammenarbeit der BWB mit den Regulierungsbehörden ist im Interesse einer kohärenten Anwendung der Wettbewerbsvorschriften unbestritten. Im Kontext der Reformüberlegungen zur Einrichtung der BWB als Entscheidungsbehörde spielen diese Fragen für die BWB aber eine untergeordnete Rolle.

### 3. Verfahrensrechtliche Aspekte

Sinnvollerweise wird die BWB im Falle ihrer Aufwertung zur Entscheidungsbehörde AVG anzuwenden haben, wobei diese Verfahrensordnung um Sondervorschriften (Transparenz, zusätzliche kontradiktorische Verfahrenselemente zur Sicherung der Waffengleichheit) zu ergänzen sein wird, um den von Art 6 MRK geforderten Verfahrensgarantien bestmöglich entsprechen zu können bzw sogar darüber hinauszugehen. Das Rechtsmittelgericht hat volle Kognitionsbefugnis zu haben und somit auch über die Tatfrage entscheiden zu können.

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Fragestellung stehen schon jetzt eine Reihe von Problemstellungen zur Lösung an.

**Auskunftsverlangen und Urkundenvorlage:** Die Durchsetzung der Ermittlungsbefugnisse der BWB ist extrem umständlich, weswegen die BWB de facto auf die freiwillige Kooperation der herangezogenen Unternehmen angewiesen ist. Daher ist die BWB dazu zu ermächtigen, selbst rechtsverbindlich Auskunft und Urkundenvorlage anzuordnen und diese Anordnung auch zwangsweise durchzusetzen.

**Kronzeugenprogramm:** Zur Vermeidung von, die Effektivität des Programmes nachhaltig gefährdenden Inkongruenzen ist ein Ausschluss der Strafbarkeit (Insbesondere) in Bezug auf § 168b StGB für Entscheidungsträger, Mitarbeiter und den Verband nach VbVG vorzusehen.

Im Wortlaut ist klarzustellen, dass der Anwendungsbereiches von § 11 Abs 3 Z 1 WettbG auch das KartG 1988 umfasst.

Schutz zumindest der Kronzeugenerklärungen von der Aktenweitergabe des KG's an andere Gerichte.

Klarstellung des Umfangs der Auskunftspflicht der BWB nach AuskunftspflichtG (iS einer Beschränkung) zumindest hinsichtlich der Kronzeugenerklärungen, besser aber allgemein in Bezug auf konkrete Verfahren.

**Zusammenschlusskontrolle:** In Anpassung an die faktischen Gegebenheiten (mehr als 98 % der Fälle werden ohne inhaltlichen Beitrag des KG abgewickelt) sollte die BWB zur erstinstanzlichen Entscheidung über Zusammenschlüsse ermächtigt werden.

§ 16 (Nachträgliche Maßnahmen) ist grds zu überdenken und neu zu textieren, insbesondere auch um das Verhältnis zu § 26 zu klären.

**Sonstige Verfahrensfragen:** Es ist wegen des damit verbundenen Rechtsschutzdefizits unakzeptabel, dass der OGH als KOG sich als nur zur Prüfung von Rechtsfragen berufen erachtet; er ist gesetzlich zu einem Tätigwerden auch als Tatsacheninstanz zu verpflichten.

#### 4. **Materiellrechtliche Aspekte**

**Zusammenschlusskontrolle:** Die komplizierten und in ihrer Beziehung zueinander unklaren Zusammenschlusstatbestände des KartG 2005 sind zu entrümpeln, dh auf die Tatbestände nach FKVO zu reduzieren (Kontrollerwerb, Gemeinschaftsunternehmen).

Um die Überlastung der BWB mit unproblematischen Zusammenschlüssen zu reduzieren, sind die Aufgriffsschwellen drastisch zu erhöhen.

Kooperative Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen sind wie im EU-Recht auch hinsichtlich ihrer koordinativen Effekte im Zusammenschlusskontrollverfahren zu prüfen.

**Sonstiges:** Die Bagatellregelung des KartG 2005 weicht von der De-minimis Bekanntmachung der EK ab. Im Sinne eines level-playing-field ist hier eine Angleichung an das Gemeinschaftsrecht geboten.

# **Protokoll der 9. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 30.04.2009**

## Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Helmut Gahleitner (BAK)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ)

## **Expertengespräch mit Friedrich Heigl, Hans Erwin Nigl und Nikolaus Schaller, Richter des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht**

### **1. Allgemeine Fragen**

1.1 Die Funktion des Kartellgerichts liegt in der Rechtsprechung, also der Rechtsanwendung, und nicht in der Rechtspolitik. Wie alle unabhängigen Gerichte ist das Kartellgericht keine politische Behörde. Die Rechtsprechung trägt zwar sicher auch zur Rechtsfortbildung bei, hat sich dabei aber in dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Spielraum zu bewegen. Vom Kartellgericht kann die Wettbewerbspolitik daher nicht ausgehen. Wer dafür zuständig ist, ergibt sich wohl primär aus dem Bundesministeriengesetz.

1.2 Der Stellenwert der Wettbewerbspolitik in einer sozialen Marktwirtschaft ist wesentlich. Andere politische Bereiche, z.B. Konsumentenschutzpolitik oder Arbeitnehmerpolitik, sind auch wichtig, um ein ausgeglichenes System sicherzustellen.

1.3 Zur Bilanz seit 2002 wird festgestellt, dass von den derzeit am Kartellgericht tätigen Richtern nur Dr Heigl Erfahrungen mit der Zeit davor hat. Die jetzige Situation macht rein organisatorisch grundsätzlich Sinn. Der Wettbewerbsvollzug dürfte insgesamt effektiver geworden sein. Ob dies auf die Systemänderung mit der Einführung der neuen Amtsparteien zurückzuführen ist oder ob diese positive Entwicklung auch im „alten“ System eingetreten wäre, kann nicht beurteilt werden.

1.4 Die organisatorischen Auswirkungen der letzten Novelle werden nicht einheitlich bewertet. Der Wegfall der Anmeldungen bei Gericht

führte zu einer Verwaltungsvereinfachung. Dem steht als Nachteil gegenüber, dass dadurch die Übersicht der Richter über die Entwicklungen „in ihren Branchen“ erschwert wurde.

## **2. Organisationsrechtliche Aspekte**

2.1 Entscheidend ist aus Sicht des Kartellgerichts nicht so sehr, wem die Antragslegitimation zukommt, sondern die „Professionalität des Aufgriffs“. Die Qualität der Anträge der BWB ist sehr unterschiedlich. Bei privaten Antragstellern ist der Auftritt der anwaltlichen Vertretung im Gerichtsverfahren oft professioneller, wobei Privaten allerdings meistens die notwendigen Ermittlungsmöglichkeiten fehlen.

2.2 Es entspricht dem notwendigen Selbstverständnis der unabhängigen Gerichtsbarkeit, eine Äquidistanz gegenüber allen Verfahrensparteien einzuhalten.

2.3.1 Unabhängig davon, welcher Behörde eine Entscheidungskompetenz zukommt, muss das Rechtsprechungsorgan jedenfalls ein faires Verfahren gewährleisten und seine Entscheidung inhaltlich nach der Gesetzeslage und nicht nach rechtspolitischen Zielvorstellungen treffen. Das würde im Falle einer Entscheidungskompetenz der BWB auch für diese gelten. Die für eine Entscheidungskompetenz der BWB immer wieder ins Treffen geführte Begründung, diese erhalte nur dadurch den notwendigen wettbewerbspolitischen Spielraum, scheint aus diesem Blickwinkel nicht schlüssig. Vielmehr ist der politische Spielraum einer Ermittlungs- und Aufgriffsbehörde sicher größer als jener eines Entscheidungsorgans.

2.3.2 Insbesondere bei Anträgen von Unternehmen müsste die BWB wohl die gleiche Funktion ausfüllen wie derzeit das Gericht, bei dem die notwendigen Strukturen dafür schon vorhanden sind. Die alternativ mögliche Streichung der Antragsmöglichkeit für Unternehmen wäre ein Rückschritt im Hinblick auf die Bestrebungen in Richtung eines „Private Enforcement“. Ein hoher Anteil der vor dem Kartellgericht geführten Verfahren gründet auf Anträge von Unternehmen.

2.3.3 Mit einer Orientierung der Organisationsstruktur des österreichischen Wettbewerbsvollzugs am System der Europäischen Kommission wäre wohl – wie allgemein mit einer Anpassung nationalstaatlicher Behörden- und Institutionensysteme an jene der EU – kein rechtsstaatlicher Fortschritt verbunden. Vielmehr gibt es auf europäischer Ebene schon

gewichtige Stimmen, die für eine Reform des bei der Kommission herrschenden Inquisitionsprinzips in Richtung eines Parteienprozesses eintreten. Diese Bestrebungen beruhen auf Studien, die klar nachweisen, dass der Parteienprozess dem Inquisitionsprozess überlegen ist; diese Erfahrung hat auch das Kartellgericht gemacht, als es noch nach dem alten § 44a KartG 1988 Verfahren von Amts wegen einleiten konnte.

2.3.4 Im Hinblick auf die Meinung, mit einer Entscheidungskompetenz der BWB werde das deutsche Vollzugssystem übernommen, ist festzuhalten, dass die Übernahme eines Systems, dessen Regelungsmechanismen man nicht genau kennt, immer schwierig ist. Fest steht jedenfalls, dass die Struktur des Deutschen Bundeskartellamts mit unabhängigen Beschlusssenaten zur Entscheidungsfindung mit jener der BWB als monokratisch organisierter Verwaltungsbehörde nicht vergleichbar ist.

2.3.5 Bußgeldentscheidungen haben Strafcharakter und müssen daher schon nach den Vorgaben der Menschenrechtskonvention von einem unabhängigen Tribunal getroffen werden. Es würde einer umfassenden Reform der derzeit monokratisch organisierten BWB bedürfen, um ihr eine Tribunalqualität zu verleihen.

2.4 Die Personalfuktuation am Kartellgericht ist hoch. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass gerade auch die laufende Diskussion zur Wettbewerbsbehördenreorganisation zur Verunsicherung einiger am Kartellgericht tätiger OLG-Richter geführt hat. Richtig ist, dass die wenigsten Bewerber beim Kartellgericht einschlägige kartellrechtliche Erfahrungen haben. Bisher haben sich aber alle Kollegen rasch eingearbeitet, sodass es hinsichtlich der Qualität der Arbeit der Richter am Kartellgericht keine Beanstandungen gab. Das Kartellgericht ist kein „Sprungbrett“ zum OGH. Da der OGH in erster Linie erfahrene Rechtsmittelrichter braucht, streben natürlich jene Kollegen, die eine Bewerbung zum OGH beabsichtigen, eine zumindest teilweise Rechtsmittelzuteilung an. Letztlich sind diese Zuteilungen Aufgabe der unabhängigen Personalsenate. Zuteilungen mit nur 25 % der Arbeitskraft zum Kartellgericht gibt es derzeit nicht und werden dem Vernehmen nach vom Personalsenat auch nicht mehr ins Auge gefasst.

2.5 Organisatorische Hauptprobleme für das Kartellgericht sind die unregelmäßige Anfallszahl an neuen Fällen sowie die unregelmäßige Verteilung des Neuanfalls auf die einzelnen Branchen.

2.6 Die Sachverständigen werden vom Kartellgericht sorgfältig aus-

gewählt und die Gutachten genau auf ihre Schlüssigkeit und Plausibilität geprüft. Wie in allen hochkomplexen Materien, die bei Gericht verhandelt werden, hängt auch in den Kartellverfahren viel von der Expertise der Sachverständigen ab. Das wäre wohl auch dann der Fall, wenn eine andere Behörde, etwa die BWB, erstinstanzliche Entscheidungsbefugnisse hätte. Die Parteien müssen die Möglichkeit haben, ein Gutachten zu hinterfragen, was bei „Eigengutachten“ der Entscheidungsbehörde nicht ausreichend gewährleistet wäre, sodass zu bezweifeln ist, dass eine Entscheidung, die primär auf einem solchen „Eigengutachten“ gründet, im Instanzenzug Bestand haben kann.

2.7 Zum Prozess der Evaluierung des Wettbewerbs- und Kartellrechts ist aus Sicht des Kartellgerichts zusammenfassend zu sagen, dass die Befürworter einer umfassenden Behördenreorganisation bisher keine gravierenden Schwachstellen des bestehenden Systems ins Treffen geführt haben, die eine Totalreform des Systems erfordern bzw rechtfertigen würden.

2.8.1 Wenn eine Aufgabenflechtung zwischen BWB und BKA gewünscht wird, wäre etwa an eine Umfunktionierung der BWB in eine Art „Wettbewerbspolizei“ zu denken, die Untersuchungen durchführt, aber keine Vertretungsbefugnis vor Gericht hat. Diese müsste mit entsprechenden Ressourcen ausgestattet sein. In diesem System wäre die Aufgabe des BKANws, die Erhebungsergebnisse in eine juristische Form zu bringen und vor Gericht zu vertreten.

2.8.2 Eine solche Änderung scheint allerdings nicht vordringlich oder unbedingt notwendig. Ein Vier-Augen-Prinzip bzw ein „Wettbewerb unter den Wettbewerbsbehörden“ darf nicht nur als Doppelgleisigkeit gesehen werden, vor allem dann, wenn dies – wie beim BKANw – mit einem äußerst geringen personellen Mehraufwand erreicht wird.

2.8.3 Die räumliche Nähe des BKANws zum Kartellgericht und die gemeinsame Infrastruktur werden im Sinne der notwendigen Äquidistanz des Gerichts zu den Parteien für die Optik nach außen als problematisch empfunden. Diese Situation sollte überdacht werden.

2.9.1 Betreffend einer angedachten erstinstanzlichen Entscheidungsbefugnis der BWB muss berücksichtigt werden, dass dies nur unter Einhaltung allgemein anerkannter rechtsstaatlicher Garantien, die dann von der BWB einzuhalten wären, möglich wäre.

2.9.2 Ein Instanzenzug von der BWB zu den Gerichten wäre äußerst problematisch und aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung, von dem man nicht leichtfertig abgehen sollte, nur mit einer Verfassungsbestimmung möglich. Im Übrigen bestehen große rechtstechnische Hürden, insbesondere kann eine nach dem Verfahrensrecht des AVG zustande gekommene Entscheidung kaum nach den Kriterien des Außerstreitgesetzes überprüft werden. Es müsste im Falle eines solchen Instanzenzugs wohl – mit entsprechender legislatischer Vorlaufzeit – eine eigene Kartellverfahrensordnung geschaffen werden.

2.9.3 Auch eine sukzessive Kompetenz wäre kritisch zu hinterfragen. Sie würde bedeuten, dass die Entscheidung der BWB bei Anrufung des Gerichts außer Kraft tritt und das Kartellgericht das Verfahren von vorne beginnt. Damit wäre im Ergebnis weder ein Effizienzgewinn noch eine „echte“ Entscheidungskompetenz der BWB verbunden. Bei der oft ange-dachten Entscheidungsbefugnis der BWB im Rahmen der Fusionskontrolle – bei der die fehlende „Tribunal“-Qualität der BWB allenfalls nicht so sehr ins Gewicht fallen würde wie bei Geldbußen- oder Abstellungs-entscheidungen – kommt hinzu, dass bei Außerkrafttreten der Entscheidung der BWB vom Kartellgericht wohl nicht mehr in der erforderlichen kurzen Frist entschieden werden könnte.

2.10 Wenn man der BWB Entscheidungskompetenz in erster Instanz gewähren sollte, wäre es konsequent, den Instanzenzug in der Verwaltung zu belassen.

2.11 Das Argument, dass Verhandlungen mit der BWB einfacher seien, ist nicht nachvollziehbar. Ob mit der BWB ausverhandelt wird, dass sie keinen Antrag bei Gericht stellt oder im Falle eines alternativen Systems ausverhandelt wird, dass keine vertiefte Prüfung stattfindet, macht keinen Unterschied. Auch während der „Phase II“ sind Verhandlungen mit der BWB über eine Antragsrückziehung oder einen Vergleich nicht nur möglich, sondern in der Praxis auch üblich. Dabei kann dem Kartellgericht sogar eine wesentliche Vermittlungsfunktion zukommen, wie dies auch bei allen anderen Zivilgerichten der Fall ist.

2.12 Die Wettbewerbskommission ist als Gerichtssachverständiger im Kartellverfahren nicht vorstellbar, da sie aufgrund ihrer gesetzlich vorgesehenen Aufgaben einer Verfahrenspartei, nämlich der BWB, zu nahe steht. Gegen die Tätigkeit der WettKomm als Hilfsorgan in der Wettbewerbspolitik ist nichts zu sagen.

### 3. Verfahrensrechtliche Aspekte

3.1 Die Frage einer zweiten Tatsacheninstanz wird von den Richtern des Kartellgerichts nicht einheitlich beantwortet. Außerdem wäre sie nach den verschiedenen Verfahrensarten differenziert zu sehen: Im Fusionskontrollverfahren müsste die gesetzliche 5-Monats-Frist verlängert werden, was mit Rücksicht auf das Bedürfnis der Unternehmen nach rascher Entscheidung über die Zulässigkeit der Fusion kaum durchführbar erscheint. In anderen Verfahren wäre die Einführung einer zweiten Tatsacheninstanz nicht ausgeschlossen, wobei der OGH keine Tatsacheninstanz ist. Wenn man den Instanzenzug verlängern möchte, wäre es am ehesten sinnvoll, das erstinstanzliche Verfahren bei einem Gerichtshof erster Instanz, etwa beim Handelsgericht Wien durchzuführen. Am ehesten wäre die Notwendigkeit einer zweiten Tatsacheninstanz aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters wohl im Geldbußenverfahren gegeben.

3.2 Das Außerstreitgesetz wird als das flexibelste und modernste Verfahrensrecht gesehen, das derzeit vorhanden ist. Eine neue Verfahrensordnung ist im derzeitigen System nicht notwendig, kleinere Anpassungen wären für eine praktikable Anwendung ausreichend. Falls eine Entscheidungsbefugnis der BWB und ein Instanzenzug an die Gerichte angedacht wird, wäre die Schaffung eines eigenen neuen Kartellverfahrensrechts unumgänglich.

3.3.1 Bei den Ermittlungsbefugnissen der BWB wird die Befragung als effektiv gesehen, hier sind auch keine weiteren Befugnisse nötig.

3.3.2 Da ein HD-Befehl einen gravierenden Grundrechtseingriff darstellt, wird er wohl auch in Zukunft von den Gerichten zu erlassen sein. Bei Nachprüfungsbescheiden der Kommission ist der Entscheidungsspielraum des Gerichts stark eingeschränkt, nationale HD-Anträge unterliegen, aber dem Gesetz entsprechend einer umfassenden inhaltlichen Prüfung. Entscheidungen über Hausdurchsuchungen werden vom Gericht in der Regel sofort getroffen, wobei die BWB den zuständigen Richter über einen bevorstehenden Antrag vorinformiert. Den Berichten der BWB folgend muss vom HD-Befehl meist kein Gebrauch gemacht werden, weil die Unternehmen einer freiwilligen Nachschau zustimmen. Grundsätzlich funktioniert die Zusammenarbeit mit der BWB in diesem Bereich sehr gut. Bedenken gibt es seitens des Kartellgerichts allerdings gegen die in der Praxis schon vorgekommene Vorgangsweise der BWB, sich einen HD-Befehl sozusagen „auf Vorrat“ ausstellen zu lassen und dann gar keine Durchsuchung bzw Nachschau vorzunehmen.

3.3.3 Betreffend der Auskunftsverlangen herrscht grundsätzlich Verständnis, dass es für die BWB unbefriedigend ist, ein Ermittlungsinstrument zu haben, dass sie im Falle einer beharrlichen Weigerung des Unternehmens nicht in der erforderlichen Raschheit durchsetzen kann. Über die Judikatur des OGH, die hier die Durchführung eines zweiseitigen Verfahrens verlangt, könnte sich die BWB wohl auch im Falle einer eigenen erstinstanzlichen Entscheidungsbefugnis nicht hinwegsetzen. Eine wesentliche Änderung der Situation wäre hier – falls sie für erforderlich gehalten wird – wohl nur über den Gesetzgeber möglich. Im Übrigen sollte das Problem nicht überbewertet werden, da die weit überwiegende Zahl von Auskunftsverlangen von den Unternehmen freiwillig beantwortet wird.

3.4 Zum Thema Kronzeugenregelung ist die Meinung innerhalb der Richterschaft aus rechtsstaatlicher Sicht geteilt. Einigkeit besteht aber darüber, dass dieses Instrument eine wirksame Methode zur Aufdeckung von Kartellen darstellt. Eine Immunsierung des Kronzeugen auch gegen Schadenersatzforderungen wird abgelehnt, zumal dies dazu führen würde, dass der Kronzeuge den aus dem Kartell erzielten Gewinn endgültig behalten kann. Im Übrigen ist zwischen einem Verzicht des Staates auf Durchsetzung seines Pönaleanspruchs und einem Eingriff in die zivilrechtliche Position der Geschädigten, denen damit im Extremfall der einzige zahlungsfähige Ersatzpflichtige entzogen werden könnte, ein erheblicher Unterschied zu sehen.

3.5 Die praktischen Konsequenzen einer angedachten Beweislastumkehr im Missbrauchsverfahren werden oft überbewertet. Die Frage der Beweislast stellt sich ja nur in einer non-liquet Situation; demgegenüber gründeten die vom Kartellgericht in den bisher durchgeführten Missbrauchsverfahren getroffenen Entscheidungen in aller Regel auf positiven Feststellungen. Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass bei Fragen, die tief in die Sphäre einer Partei reichen, schon nach der derzeitigen Judikatur die „Nähe zum Beweis“ den Ausschlag für die Frage der Beweislast gibt. Dort, wo keine Beweislastumkehr stattfindet, kann der Umstand, dass eine Partei bei ihr offenbar vorhandene Beweisurkunden nicht vorlegt, im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung entsprechend gewürdigt werden. Abschließend kann aber zur Frage der Angemessenheit einer gesetzlichen Beweislastumkehr erst dann Stellung genommen werden, wenn bekannt ist, wo diese genau ansetzt, also von welchen konkreten Umständen sich der Marktbeherrscher frei beweisen muss.

3.6 Der Vorteil der Anhebung der Schwellenwerte in der Fusionskontrolle wird bei Freiwerden von Ressourcen für die Ermittlungen der BWB gesehen.

3.7 Die Durchführung von Branchenuntersuchungen ist eine politische Entscheidung. Eventuell wäre zu erwägen, dem BKA<sub>nw</sub> die Möglichkeit eines Untersuchungsauftrages gegenüber der BWB zu geben.

3.8 Zum Thema „Private Enforcement“ wird festgehalten, dass ein „Sonderschadenersatz“ im Wettbewerbsrecht mit eigenen, gegenüber dem allgemeinen Schadenersatzrecht systemwidrigen materiellen Bestimmungen nicht wünschenswert und auch nicht notwendig ist. Für eine Übernahme der Durchführung von Schadenersatzverfahren aufgrund von Kartellrechtsverstößen ist das derzeitige System der Kartellbehörden mit nur einer Tatsacheninstanz nicht geeignet. Dafür erscheint jedenfalls ein dreigliedriger Instanzenzug (HG – KG – KOG) mit zwei Tatsacheninstanzen notwendig.

## **Protokoll der 10. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 14.05.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Helmut Gahleitner (BAK)

Ingrid Schopf (IV)

Dirk Matthias Kauffmann (WKÖ)

Theodor Taurer (WKÖ)

### **Expertengespräch mit Alfred Mair (BKAnw), Gustav Stifter (BKAnwstellvertreter)**

#### **1. Allgemeine Fragen:**

Der Stellenwert der **Wettbewerbspolitik** in einer sozialen Marktwirtschaft ist ein wichtiger. Österreich ist eine offene Volkswirtschaft und ein kleines Land in Europa. Die Frage ist daher, in wie weit bei einer kleinen, offenen, im globalen Wettbewerb stehenden Volkswirtschaft eine „echte“ autarke Wettbewerbspolitik stattfinden kann. Wichtige Parameter gibt die EU vor. Auch ist bei Analyse der österreichischen Kartellverfahren in der letzten Zeit zu beobachten, dass sich diese Wettbewerbsbeschränkungen eher in einem Bereich abspielten, wo sich die Unternehmen nicht im globalen Wettbewerb behaupten mussten (Bsp: Asphaltmischwerke, Vertrieb (und nicht Produktion) von Aufzügen, Vertrieb von Chemikalien, Fahrschulen, Zeitschriften-Vertrieb etc). Verstöße in diesem Bereich schaden Konsumenten und auch jener Industrie, die sich im globalen Wettbewerb behaupten muss.

Es ist generell zwischen einer Makro- und einer Mikroebene zu differenzieren. Zur Mikroebene: Wettbewerbspolitik wird „automatisch“ von jedem vollzogen, der „Player“ im System ist – seien es die Amtsparteien, das Kartellgericht/Kartellobergericht, aber auch die Sozialpartner in ihren verschiedenen Rollen. Eine aktiv betriebene Makroebene ist aber derzeit nur schwer auszumachen. Wahrscheinlich soll und muss diese Rolle von den Ministerien, aber auch den Sozialpartnern „gespielt“ werden. Die derzeitige Wettbewerbspolitik ist eher dadurch gekennzeichnet, dass sie einzelfallbezogen ist.

Die große **Reform im Jahre 2002** hat unseres Erachtens jedenfalls

unbestreitbar zu einem größeren Bewusstsein fürs Kartellrecht geführt. So ist seither beispielsweise die Zahl der Verfahren wegen verbotener Durchführung von Zusammenschlüssen zurückgegangen.

Einer Studie des Wettbewerbsökonom John Connor zufolge führen Kartellabsprachen im Median zu einer Preiserhöhung von rund 28 %, im Durchschnitt zu rund 50 % und in Einzelfällen zu einer Vervierfachung der Preise. In einem Beispielsfall, nämlich einer mehrmals abgeänderten gerichtlichen Auflage in einem Zusammenschlussverfahren, stiegen die Preise – im Vergleich zu einem Referenzmarkt – um mehr als 70 %. Wettbewerbsbeschränkungen führten in der Vergangenheit aber auch zu einer Art „Selbsttäuschung“ der betroffenen Unternehmen, nämlich noch wettbewerbsfähig zu sein. Beispiel: So konnte von den seinerzeit beim Kartellgericht „offiziell“ angemeldeten Preis- und Quotenkartellen kaum eines der teilnehmenden Unternehmen selbständig überleben.

Kartellrecht ist in der Öffentlichkeit – und wohl auch bei strategischen Entscheidungen vieler Unternehmen – seit 2002 vermehrt ein Thema geworden, oftmals aber anhand der bereits angesprochenen „Einzelfälle“.

## 2. Organisationsrechtliche Aspekte

Die Trennung von Aufgriffs- und Entscheidungskompetenz wird aus prinzipiellen Gründen als uneingeschränkt positiv und wichtig erachtet (Gewaltentrennung). Auch wenn das KOG sich de lege lata in einer äußerst fundierten Entscheidung zur Beurteilung von Schadenersatzansprüchen durch das Kartellgericht dem Grunde nach im Ergebnis skeptisch geäußert hat (16 Ok 8/08): Für den Gesetzgeber wäre allenfalls de lege ferenda zu überlegen, in wieweit im Rahmen der **Kartellgerichtsbarkeit** als „Kompetenzzentrum“ auch über Fragen des Schadenersatzes (vor allem im Zusammenhang mit dem kommenden „Private Enforcement“) dem Grunde nach entschieden werden könnte (z.B. als „Vorabentscheidungsinstanz“).

Auffällig ist im Vergleich zu früher eine gewisse Fluktuation bei den Berufsrichtern, wobei durch das System der Senatsgerichtsbarkeit mit Laienrichtereteiligung aber eine weitgehende Kontinuität gewährleistet werden konnte. Die Wichtigkeit – aber auch Besonderheit – der Materie würde wohl auch ein gewisses richterliches Spezialistentum rechtfertigen („leuchtendes“ Beispiel: der langjährige Vorsitzende E Hermann). So gesehen würden wohl primär Kartellrichterkandidaten mit tendenziell einschlägigem Hintergrund – etwa aus der „verwandten“ Handelsgerichtsbarkeit – primär in Betracht kommen.

Der typische Kartellrichter zeichnet sich idealerweise auch durch einen ökonomischen „Haus-Sachverständigen“ aus. Aber auch wenn dieser noch so ausgeprägt ist: Um einen Sachverständigen kommt er in der Regel nicht umhin. Oftmals ist die systemimmanente große Rolle, die Sachverständige im Verfahren spielen, entscheidend: Einerseits ist die Qualität der Gutachten unterschiedlich, andererseits ist eine relativ große Unvorhersehbarkeit des Ergebnisses von Gutachten von einzelnen **Gerichtssachverständigen** (vor allem in Zusammenschlussverfahren) zu verzeichnen, die auch methodologisch und hinsichtlich der Datenerfassung nicht einheitlich agieren. Einzelne Gutachter haben sich zwischenzeitlich jedoch bereits einen guten Namen – nicht zuletzt durch ihre transparente Vorgangsweise – gemacht. Je mehr objektive Fakten bereits in Anträgen oder Anmeldungen enthalten sind, desto kürzer sollte die arbeitsaufwändige und daher teure Befundaufnahme des Sachverständigen ausfallen. Angemerkt sei aber, dass der Sachverständigen-Spielraum jüngst durch die Judikatur des OGH zur Radiusklausel (OGH als KOG 25.3.2009, 16 Ok 14/08) eingeschränkt wurde – Wahl der Methode bei der Marktdefinition ist Rechtsfrage.

Zu überlegen wäre de lege ferenda, ob und inwieweit eine Akteneinsicht der Amtsparteien, gegebenenfalls auch der Parteien, in die Datengrundlage des Gutachters gewährt werden sollte. Daten, die Zusammenschlusswerber einem Gutachter übermitteln, sollten jedenfalls auch den Amtsparteien – die ja zur Verschwiegenheit verpflichtet sind – übermittelt werden. In einigen Fällen haben Gutachter mehr oder minder ungeprüft die Daten der Zusammenschlusswerber übernommen. Anschließend stellten sich diese Daten als in wesentlichen Punkten schlichtweg unrichtig heraus.

Die Europäische Kommission (EK) sieht in Zusammenschlussverfahren einen „Data Room“ vor, dh die Möglichkeit mit den erhobenen Daten verschiedene Berechnungen anzustellen und die Ergebnisse der Berechnungen zu verifizieren. Der Zugang zum Data Room ersetzt jedoch nicht die Notwendigkeit, die Daten bzw die Datenquellen selbst auf Richtigkeit, Vollständigkeit und Verzerrungsfreiheit kontrollieren zu können.

Die österreichischen Verfahrensdauern sind im internationalen Vergleich geradezu vorbildlich: Im Fall des Aufzugkartells wurde innerhalb eines Jahres (Antrag vom 14.1.2007, Entscheidung KG 14.12.2007) entschieden, innerhalb eines „guten“ halben Jahres (8.10.2008, abzüglich jeweils 4 Wochen für Rekurs und Rekursbeantwortung) von der zweiten Instanz..? Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Kartell- bzw Missbrauchsfälle vor der Europäischen Kommission durchschnittlich 4 Mannjahre in Anspruch nehmen.

In Hinblick auf die Aufgaben der **Wettbewerbskommission** wäre eine Konzentration auf allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen systemkonform: Eine Einbindung in das „Tagesgeschäft“ etwa als „Amtssachverständiger“ wäre in der derzeitigen Konstellation systemfremd und könnte angesichts der Ressourcenausstattung der WettKom wohl auch nicht geleistet werden.

Generelle Bemerkung zur **BWB**: Es steht dem BKANw nicht zu und ist nicht seine Aufgabe, die „Schwesterbehörde“ zu beurteilen. Eine Bemerkung sei aber erlaubt: Unabhängigkeit korreliert auch immer ganz stark mit den zur Verfügung gestellten Ressourcen. Die gegebene Struktur der Amtsparteien war und ist politisch so gewollt. Sollte die BWB zukünftig mit Entscheidungskompetenzen ausgestattet werden, so wäre wohl eine gänzlich neue Struktur mit deutlich höheren Ressourcen erforderlich.

Vorbemerkung zum **BKANw**: Die Entscheidung zur Schaffung eines BKANws (BKANw) als Teil des Wettbewerbsvollzugs-Systems war – wie bereits erwähnt – ebenso wie die gesamte Gestaltung des Systems eine politische. Gerade die Sicherstellung der politischen Verantwortlichkeit angesichts einer weisungsfreien BWB war eine der Grundüberlegungen bei seiner Schaffung. Sichergestellt werden sollte dies durch das „Vier-Augen-Prinzip“ in Gestalt der Schaffung einer gleichberechtigten Aufgriffspartei.

Das Modell von BWB, BKANw und Gericht entspricht überdies in seinen Grundzügen dem gewaltenteilenden Ansatz, wie etwa dem amerikanischen Modell.

Fakten im Zusammenhang mit dem „Vier-Augen-Prinzip“:

- Erarbeiten der wettbewerbslich problematischen Punkte durch wechselseitige Konsultation schon auf Referentenebene;
- wechselseitige Stärkung der Position der Amtsparteien in „Großverfahren“ bei Besprechungen oder Tagsatzungen mit Antragsgegnern: Bei zahlreichen Verfahren sitzen den Amtsparteien mehrere wirtschaftlich potente und stark vernetzte Zusammenschlusswerber gegenüber.

Die durch die Einrichtung des BKANw verankerte politische Verantwortung ist bis zu einem bestimmten Grad gleichsam ein gedankliches Gegenmodell zum weisungsfreien Generaldirektor der BWB, aber auch zur „Ministererlaubnis“ des Deutschen Wettbewerbsrechts (§ 42 dGWB): Während der Deutsche Bundeswirtschaftsminister unter bestimmten Voraussetzungen einen vom Deutschen Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss erlauben kann, könnte der BMJ den BKANw hingegen veranlassen, durch die Stellung eines Prüfungsantrags einen Zusammenschluss überhaupt erst einer vertieften gerichtlichen Kontrolle durch das KG zu unterziehen und damit möglicherweise die

Fusion untersagen zu lassen. Dies stellt eine Möglichkeit der Politik dar, allenfalls mögliche Fehlentwicklungen hintanzuhalten oder neben kartellrechtlichen Aspekten auch gegebenenfalls umfassendere Aspekte einfließen zu lassen. Von dieser Einflussmöglichkeit wurde jedoch noch nie Gebrauch gemacht, die Zahl der Weisungen beträgt nach wie vor „0“.

Eine ersatzlose Auflösung wäre – wollte man den Motiven, die zu seiner Schaffung führten, treu bleiben – wohl nur im Zuge einer völligen Systemänderung denkbar.

In diesem Zusammenhang soll kurz auf die Kostenproblematik eingegangen werden:

In einer APA-Meldung der jüngeren Vergangenheit findet sich unter dem Titel "Schlechtes Zeugnis für Effizienz der Verwaltung" ua folgende Passage: „Beispielsweise hätten die BWB und der BKANw vergleichbare Kompetenzen. Eine Zusammenlegung der Einrichtungen zu einer Behörde würde nach Meinung der Experten nicht nur die Verfahren beschleunigen, sondern laut Rechnungshof auch ein Einsparungspotenzial von rund 250.000 Euro bergen“.

Es wird somit der Öffentlichkeit in unrichtiger und verfälschender Weise suggeriert, dass man diesen Betrag "brutto für netto" einsparen könne. Dazu einige Fakten:

- Seit seiner Schaffung verfügt der BKANw unverändert nur über 2 Planstellen;
- die Personal- und Sachausgaben des BKANw werden aus den Kreditmitteln des OLG Wien getragen (§ 80 Abs 3 KartG); er verfügt somit über kein eigenes Budget;
- der BKANw verfügt (etwa zum Unterschied zu einer Staatsanwaltschaft) über keine eigene Kanzlei, seine Kanzleigeschäfte werden von der Geschäftsstelle des OLG Wien wahrgenommen (§ 80 Abs 1 KartG); dies wurde schon bei Schaffung des BKANw mit Kosteneinsparungen bzw. "schlanker Organisation" begründet;
- die Kartellabteilung der Geschäftsstelle ist insgesamt mit 1,5 C-wertigen Planstellen ausgestattet;
- Einnahmen/Ausgaben:
- Zutreffend ist aber vielmehr, dass den Ausgaben – die sich übrigens nicht auf 250.000 Euro/Jahr belaufen! – auch Einnahmen gegenüberstehen. Bei Betrachtung des Zeitraumes seit 1.7.2002 zeigt sich nämlich, dass das Verhältnis Ausgaben/Einnahmen ca 1:3 beträgt, einem Euro an Ausgaben stehen also rund 3 Euro an Einnahmen aus Verfahren aufgrund der alleinigen oder federführenden Beteiligung des BKANw gegenüber;
- nicht einberechnet wurde hier die sonstige Auswirkung der

BKANw-Tätigkeit auf die öffentliche Hand, z.B. durch Einleitung von Verfahren in der Bauwirtschaft (Stichwort: generelle Senkung des Preisniveaus für Asphaltmischgut) oder Konsumenten (Stichwort: Honorarordnungen).

Dazu kommt, dass der BKANw neben seinen kartellrechts-/wettbewerbsrechtlichen Zuständigkeiten seit dem Jahr 2007 nach dem Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG) zuständige österreichische Verbraucherbehörde für insgesamt neun Richtlinienmaterien (ua für die Bereiche Fernabsatz, E-Commerce, Pauschalreisen etc) ist und seither ein stetig steigender Geschäftsanfall zu verzeichnen ist.

Generell ist zu sagen, dass die Kooperation mit allen **Regulierungsbehörden** ausgezeichnet funktioniert. Gegen die jetzt schon existierende, bis dato aber noch nicht ausgeübte Antragsbefugnis der Regulatoren beim Kartellgericht spricht ebenfalls nichts, wiewohl tendenziell ihre Rolle wohl schwächer werden wird, wenn zunehmend derzeit noch regulierte Bereiche in den „allgemeinen“ Wettbewerb entlassen werden.

### 3. Verfahrensrechtliche Aspekt

Das Selbstverständnis des KOG als reine Rechtsinstanz (auch wenn es gewisse „Notausgänge“ offen lässt) führt dazu, dass – vor allem im Fusionskontrollverfahren – dem Gutachter manchmal eine im wahrsten Wortsinne „entscheidende“ Rolle zukommen kann. In gewissen Fallkonstellationen (wenn etwa das Sachverständigengutachten nicht so überzeugend ist) wäre also eine zweite Tatsacheninstanz durchaus überlegenswert.

Diskutiert werden könnte etwa über einen 3-stufigen Instanzenzug, nämlich beispielsweise Handelsgericht Wien – Oberlandesgericht Wien als 2. (auch Tatsachen-)Instanz – Oberster Gerichtshof (Rechtsinstanz).

Alternativen zum gegenwärtigen Rechtsschutzsystem sind schwer auszumachen:

Der Verwaltungsrechtszug erscheint definitiv nicht als „echte“ Alternative (Verfahrensdauer, Verwaltungsrichter müssten sich erst einarbeiten, während die Kartellgerichtsbarkeit eine jahrzehntelange Erfahrung aufweist und mit dem Lauterkeitsrecht eine typische justizielle Schwestermaterie hat). Selbst im Falle einer Entscheidungsbefugnis der BWB wäre eine umfassende inhaltliche, gerichtliche Kontrolle schon alleine aufgrund von EMRK-Erfordernissen nötig.

Das gegenwärtige Kartellverfahren ist grundsätzlich nicht schlecht (vor allem die Verfahrensdauer „lässt sich durchaus sehen“), auch das

Außerstreitverfahren als modernstes justizielles Verfahrensrecht ist für Kartellsachen im jetzigen gerichtlichen System durchaus „handlebar“. Es kommt – wie überall – immer drauf an, was man aus den Gegebenheiten dann tatsächlich macht.

Fraglich ist, was als Alternative denkbar wäre: Wohl kaum das AVG. Die Schaffung eines „eigenen“ Verfahrensrechts (eine „österreichische VO 1“) würde wohl einen ziemlichen Aufwand verursachen und wäre wohl auch im Sinne einer gewissen Einheitlichkeit der (Verfahrens-)Rechtsordnung nur schwer zu argumentieren.

Die BWB verfügt über ein nicht unbeträchtliches Instrumentarium an **Ermittlungs-befugnissen**. Jedenfalls muss sichergestellt sein, dass die BWB z.B. für die Behandlung von Ermittlungersuchen des BKANw (§ 81 Abs 3 KartG) mit entsprechenden Ressourcen ausgestattet ist.

Richtig ist, dass konkrete Fälle (Bsp: Auskunftsverlangen im Zusammenhang mit der Branchenuntersuchung Lebensmittelhandel) Verbesserungsbedarf gezeigt haben, wobei auch anzumerken ist, dass es sich bei dem Fall „Branchenuntersuchung Lebensmittel“ um den ersten „großen“ einschlägigen Fall einer Branchenuntersuchung handelt, der wesentlich zur Entwicklung einer entsprechenden Judikatur (Zwangsgeld etc) beigetragen hat. Gegen ein – wie auch immer zu gestaltendes – „Eilverfahren“ besteht in diesem Zusammenhang kein grundsätzlicher Einwand.

Die grundsätzliche Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit von **Kronzeugenregelungen** steht außer Streit, ebenso wie auch mögliche Spannungsverhältnisse zum Strafrecht (Kronzeugenstatus „immunisiert“ nicht gegen strafgerichtliche Verfolgung) und zum Zivilrecht (Schadenersatzproblematik). Ferner ist die BWB nach österreichischer Rechtslage „dominus litis“ im Kronzeugenverfahren und damit zu dieser Frage der primäre Ansprechpartner.

Obwohl Verfahren gegen marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen und **Marktmachtmissbrauchsverfahren** im Besonderen tendenziell eher schwierig sind (z.B. Bereitschaft von „schwächeren“ Marktteilnehmern auszusagen bzw sich als Zeugen vor Gericht zur Verfügung zu stellen), haben die bisherigen praktischen Erfahrungen kein akutes Bedürfnis bei der Erleichterungen in der Beweisführung erkennen lassen.

Fraglich ist, ob die im deutschen GWB nunmehr vorgesehene Beweislastumkehr zur Verschärfung der Missbrauchskontrolle in der Energiewirtschaft (zumindest zum jetzigen Zeitpunkt) „1:1“ nachvollzogen werden soll: Es sei daran erinnert, dass es dagegen starke dogmatische Bedenken seitens der Wissenschaft, aber auch der Deutschen Monopolkommission gab. Faktum ist aber auch, dass seit der Einführung noch nicht so viel Zeit verstrichen ist, um verlässlich beurteilen zu können, ob sich die Regelung bewährt hat.

Zu den jüngst veröffentlichten „Erläuterungen zu den Prioritäten der Europäischen Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ ist anzumerken, dass damit noch weitgehend unbestimmte zusätzliche Tatbestandsmerkmale geschaffen worden sind (wie z.B. der „as efficient as competitor-Test“ bzw die Überprüfung von Effizienzvorteilen missbräuchlichen Verhaltens). Die Überprüfung dieser Tatbestandsmerkmale würde voraussichtlich enorme zusätzliche Kosten in Form weiterer Gutachten verursachen, wobei auch nicht sicher gesagt werden kann, ob die Gemeinschaftsgerichte den Vorstellungen der Kommission folgen werden.

Eine Multiplikatorverordnung in der **Fusionskontrolle** wird positiv gesehen, weil die Erfahrung gezeigt hat, dass die Branchen (Nischenplayer etc) oftmals so unterschiedlich sind, dass starre Schwellenwerte den spezifischen Umständen nicht gerecht werden. Als Branchen dafür kommen die „üblichen Verdächtigen“, also schon in der bisherigen Diskussion vorgeschlagenen, wie Apotheken, Asphaltmischanlagen, Kinos etc in Frage, Branchen also, in denen die durchschnittlichen Umsätze pro Unternehmen manchmal bedeutend unter den Schwellenwerten liegen. Im Übrigen: Ein ähnlicher legistischer „Kunstgriff“ existiert ja schon bei Medienzusammenschlüssen (§ 9 Abs 2 KartG).

# **Protokoll der 11. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 14.05.2009**

## Anwesend:

Helmut Gahleitner (BAK)  
Ulrike Ginner (BAK)  
Andreas Graf (LKÖ)  
Dirk Matthias Kaufmann (WKÖ, Wp)  
Ingrid Schopf (IV)  
Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

## **Expertengespräch mit Klaus Wejwoda (Wettbewerbskommission)**

### **1. Allgemeine Fragen:**

In Österreich ist eine systematische umfassende Vorgabe zur Wettbewerbspolitik offenkundig nicht vorhanden. Mangels gesetzlicher Vorgaben beschränkt sich die Wettbewerbspolitik ausschließlich auf den kartellrechtlichen Vollzug. Die mangelnde Bereitschaft für eine offensive Wettbewerbspolitik ist auch in den bereitgestellten Budgetmitteln für die BWB ablesbar.

Wettbewerb insbesondere in den Bereichen Energie und Mineralölwirtschaft findet nicht statt. Die realwirtschaftlichen negativen Auswirkungen in diesen Problembereichen sind allerdings vorhanden.

Für die Sozialpartner hat die KartG/WettbG-Novelle 2002 zu einem Informationsdefizit geführt. Über die Wettbewerbskommission können Zusammenschlussanmeldungen zwar angefordert werden, über den Fortgang bzw. Ausgang von konkreten Verfahren wird allerdings kaum informiert.

Eine Wettbewerbspolitik mit „Biss“ erfordert einerseits den Ausbau von Ressourcen andererseits die Schaffung von rechtlichen Möglichkeiten für einen effizienten Vollzug.

In organisatorischer Hinsicht sollte überlegt werden die Personalhoheit inklusive gehaltmäßiger Sonderregelungen an die BWB zu übertragen. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, wenn auch Mitarbeiter, die entsprechende Erfahrung einbringen (z.B. Anwaltsprüfung, Wirtschaftstreuhand etc.) bei der BWB beschäftigt werden könnten. Dies ist aber

aufgrund des geltenden Gehaltsschemas nicht möglich. Eher wechseln gutqualifizierte Mitarbeiter in besser dotierte Aufgabenbereiche. Vorzusehen wären auch Ausbildungspläne, Trainings und die Möglichkeit zur Jobrotation. Für die Motivation der Mitarbeiter sollten auch Beförderungen sowie Prämienzahlungen möglich sein. Dies wäre budgetär auch jetzt schon machbar. Ebenso wäre ein entsprechender hierarchischer Mittelbau notwendig.

Aufgrund der budgetären Vorgaben ist eine Änderung bis 2010 nicht möglich, auch danach wird aufgrund der knappen Mittel für den Ausbau der Behörde weder in quantitativer noch qualitativer Hinsicht viel Bewegungsspielraum sein.

Präferiert wird die Entwicklung zu einer Entscheidungsbehörde nach dt Vorbild inklusive Ministervorbehalt, welcher im österreichischen System durch den Kartellanwalt ausgeübt werden könnte. Derzeit ist die BWB nicht in der Lage, diese Aufgabe zu erfüllen, dies wird sich auch bis zum Ende der Legislaturperiode nicht ändern.

Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf die Finanzierungsquellen der Regulatoren.

Die in Österreich zurückhaltende Wettbewerbsgesinnung erklärt sich aus der historischen Entwicklung (Preis- bzw Lohnunterausschuss).

Eine strenge Fusionskontrolle in kleinen aber vernetzten Volkswirtschaften führt nicht zu adäquaten Ergebnissen. Nationale Zusammenschlüsse erreichen oftmals nur die europäische Aufmerksamkeitsschwelle. Solange die Headquaterfunktion in Österreich verbleibt, besteht für den Standort auch keine Gefahr. Aufkäufe von Dritten mit einer einhergehenden Verlagerung des Headquaters sind aber bedenklich. Die Missbrauchskontrolle nimmt daher einen wichtigen Stellenwert ein.

Die Transparenz über die Tätigkeit der Behörde ist verbesserungswürdig. Es gibt nicht in allen Fällen ausreichende Informationen über abgeschlossene Verfahren. Dies erscheint gerade in Anbetracht der „Private-Enforcement“ Diskussion problematisch. Eine Konkretisierung der gesetzlichen Informationspflicht wäre vorteilhaft.

## 2. Organisationsrechtliche Aspekte

**Kartellgericht:** Die Entscheidungskompetenz sollte wie im deutschen System bei der BWB liegen, mit einer gerichtlichen Rechtskontrolle. In Erinnerung gerufen wird das langwierige Verfahren beim Auskunftersuchen Lebensmitteleinzelhandel, wobei angemerkt wird, dass die Rechte des Unternehmens geschützt werden müssen, nicht jedoch Querulanten unterstützt werden dürfen. Auskünfte müssen rasch gegeben werden. Be-

vor es Überlegungen zu Strukturreformen gibt, muss allerdings die Ressourcenfrage gelöst werden.

**BWB:** Anzumerken ist, dass es ein Ungleichgewicht in dem Aufgreifen von Sachverhalten gibt. Während z.B. der Fall Rinderbesamung intensiv beleuchtet und die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken abgestellt wurden, werden wichtige Probleme, die z.B. in Lebensmittelhandel auftauchen nicht gelöst. Ein weiterer wichtiger Schwerpunkt ist die Mineralöluntersuchung. Auch der Energiesektor muss laufend beobachtet werden.

Der Tätigkeitsbericht wird im Wirtschaftsausschuss einer Enderledigung zugeführt. Er sollte aber auch im Plenum behandelt werden. Zur Ausübung politischer Kontrolle gegenüber dem Generaldirektor für Wettbewerb ist auch denkbar, dass eine qualifizierte Mehrheit im Parlament ein Misstrauensvotum beschließen kann.

**BKANw:** Die ursprüngliche Skepsis der Landwirtschaftskammer konnte durch die hervorragende Arbeit des BKANw ausgeräumt werden. Auch in einem allfälligen neuen System kann dem BKANw die Funktion zur Ausübung der „Ministererlaubnis“ zukommen. Die Frage um diese Institution ist jedenfalls nicht die Wichtigste.

**Wettbewerbskommission:** Es geht hierbei vor allem um die zukünftige Orientierung der Wettbewerbskommission. Die Zusammensetzung aus Sozialpartnern, Wissenschaftlern und Praktikern hat sich bewährt. Nicht zeitgemäß ist allerdings die Funktion als Gutachter im Entscheidungsverfahren (Einzelfall).

Die Entwicklung hin zu einer „Monopolkommission“ nach deutschem Vorbild wird befürwortet. Dieses System muss aber an die österreichischen Bedürfnisse angepasst werden. Zusätzlich wäre dafür aber zumindest ein Mitarbeiter sowie eine adäquate finanzielle Abgeltung vorzusehen. Jedenfalls sollte die Wettbewerbskommission stärker gutachterlich in Anspruch genommen werden, entweder im Auftrag des BMWFJ oder der BWB.

Bei der Etablierung eines Wettbewerbsmonitorings sollte die Wettbewerbskommission jedenfalls eingebunden werden. Der Informationsfluss von BWB an die Wettbewerbskommission ist wichtig. Die Schwerpunktempfehlung, als wichtiges Instrument, sollte beibehalten bleiben.

### 3. Verfahrensrechtliche Aspekte

**Verfahren in der Missbrauchsaufsicht:** Die Kriterien für die Marktherrschaft sollten evaluiert werden. Abzustellen soll nicht auf eine einzelne Ware oder Dienstleistung, sondern auf die generelle Marktposition des Unternehmens. So verfügt der REWE-Konzern nunmehr über mehr

als 30 % Marktanteil im LEH, eine Marktherrschaft einzelne Produkte betreffend ist aber kaum nachweisbar.

Es sollte mit widerlegbaren Vermutungen gearbeitet werden. Das Thema Beweislastumkehr ist zwar ein heikles. Der Regelung der Beweislastumkehr bei Preismissbrauch im Energiebereich nach dem deutschen Vorbild könnte allerdings näher getreten werden.

**Fusionskontrollverfahren:** Durch die Anhebung der Schwellenwerte sind manche wettbewerbsrechtlich problematische Branchen nicht mehr kontrollierbar. Die Erlassung einer Multiplikatorenverordnung insbesondere für die Branchen Asphalt, Kinos und Apotheken (wegen der Beteiligung des Großhandels) sollte ernsthaft überlegt werden.

**Branchenuntersuchungen:** Die abgeschlossenen Untersuchungen im LEH sowie im Energiesektor sollten wieder evaluiert werden. Die Wettbewerbskommission sollte jedenfalls bei Branchenuntersuchungen federführend sein und die BWB ersuchen können, die dafür notwendigen Informationen zu beschaffen.

#### 4. Materielle rechtliche Aspekte

**Kartellverbot:** Zum Genossenschaftsprivileg ist anzumerken, dass die dzt Regelung den europäischen Vorgaben entspricht.

**Fusionen:** Um Umgehungshandlungen mit 24,9 % Beteiligungen zu unterbinden wird eine Regelung iS eines neuen Fusionstatbestandes als sinnvoll erachtet. Allerdings sollten auf nationaler Ebene notwendige Fusionen nicht verhindert werden.

**Freie Berufe:** Geschützte Sektoren existieren auch noch im gewerblichen Bereich (z.B. Gebietsschutz bei Rauchfangekehrern hinsichtlich Neubauten).

Die Honorarordnung mit Mindestpreisen bei Tierärzten wurde bereits bei der BWB angezeigt.

Weitere Liberalisierungsschritte bei Rechtsanwälten würden aber zum Entstehen eines „Anwaltsproletariats“ führen.

Auch die Reglementierungsregelungen im Notariat sind differenziert zu sehen. Ein Gespräch mit der Wettbewerbskommission wäre von Vorteil. Betont wird aber, dass bestimmte Einrichtungen wie das Testamentsregister, die Treuhandbank sowie Regelungen über die Ausfallhaftung ein gutes Sicherheitsnetz gewähren, welches Schaden ausschließt.

**Wettbewerbsmonitoring:** Die Wichtigkeit eines Wettbewerbsmonitorings wird betont. Die Einführung sollte mittels Gesetzesauftrag erfolgen und es müssen auch Ressourcen bereitgestellt werden. Die Wettbewerbskommission sollte eingebunden sein.

**Ausblick und Erwartungen:** Die Untersuchung Wettbewerbsbelebungspaket „Strom“ kann nicht als abgeschlossen angesehen werden. Kritisch ist, dass sich die Branche selbst kontrolliert. Die Transparenz, wie die einzelnen Unternehmen die Empfehlungen umgesetzt haben ist nicht gegeben. Ein jährliches Monitoring sollte in dieser Branche durchgeführt werden.

Im Wirtschaftsbericht der Bundesregierung sollte es ein umfassendes Wettbewerbskapitel geben.

## **Protokoll der 12. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 28.05.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner

Ingrid Schopf

Theodor Taurer

### **Expertengespräch mit Elfriede Solé (Oberster Gerichtshof; Vorsitzende der Telekom Kontrollkommission)**

Die strategische Grundausrichtung der **Wettbewerbspolitik** muss von der politischen Ebene ausgehen; Richter vollziehen das Wettbewerbsrecht im Einzelfall und betreiben als Rechtsanwendungsorgan keine Politik. Kartellrechtliche Entscheidungsbehörden können sich die Inhalte ihrer Tätigkeit nur eingeschränkt aussuchen.

In den Jahren seit 2002 hat sich sowohl bei den Unternehmen als auch in der Allgemeinheit ein größeres Bewusstsein über kartellrechtliche Zusammenhänge entwickelt; das kann als Erfolg des neuen Systems gewertet werden.

In Hinblick auf die **Ausgestaltung des Rechtsweges** in Kartellangelegenheiten kann sowohl ein verwaltungsbehördlicher als auch ein zivilgerichtlicher Zugang gewählt werden. Ein wesentlicher Vorteil des zivilgerichtlichen Weges ist aber die richterliche Ausbildung der Entscheidungsorgane. Es gibt zwar keine spezifische richterliche Ausbildung in Hinblick auf das materielle Kartellrecht; dafür haben die Richter des OLG bereits 14 Jahre Richtertätigkeit (4 Jahre RIAA, mind 10 Jahre als Richter 1. Instanz) hinter sich, wobei dabei rund 200 Entscheidungen pro Jahr getroffen werden. Das ist ein Praxisvorsprung der Kartellrichter, den die durchschnittlich eher jungen Mitarbeiter der BWB nicht leicht aufholen können. Bedenkt man, dass im Bereich des Sprengels Wien 800 Richter tätig sind und nur 80 bis zum OLG kommen, findet hier auch ein strenger Ausleseprozess statt. Dadurch erwerben die Richter die Fähigkeit Urteile zu schreiben. Will man vom gegenwärtigen System der Entscheidung durch Richter abgehen, ist zu befürchten, dass die Qualität der Entscheidungen in den nächsten 10 Jahren darunter leiden wird. Bei der Einrichtung eines Rechtszuges zwischen BWB und OLG käme es auch zu Problemen aufgrund der unterschiedlichen Kontrollstandards. Die hier

angeführten Unterschiede sind aber ausdrücklich nicht der BWB anzulasten.

Neben der Fertigkeit, Urteile zu schreiben, lernt man in der Richterausbildung die Verfahrensführung (auch in unterschiedlichen Verfahrensarten. Bei der theoretischen Ausbildung der Richter in der Justizschule in Schwechat wird auch seit 5 Jahren immerhin einen Tag lang Wettbewerbsrecht unterrichtet. Eine eigene kartellrechtliche Grundausbildung, die über das Bestehende hinausgeht, sollte jedenfalls bei solchen Richtern verlangt werden, die zum Kartellgericht ernannt werden. Auch die Zurverfügungstellung eines eigenen kleinen Ausbildungsbudgets für das Kartellgericht selber, wie dies beispielsweise in der Ära Hermann faktisch eingeräumt worden ist, erscheint notwendig.

Kartellrechtliche Grundkenntnisse sind vor allem bei der Umsetzung des Private Enforcements erforderlich, hier sollte es einen Spezialschadenersatzrechtszug vom Handelsgericht Wien über das Oberlandesgericht Wien hin zum OGH geben. Diesen **Instanzenzug** könnte man dann auch beim Public Enforcement anwenden. Würde man sich für den Verwaltungsvollzug entscheiden, bliebe die Frage, wie sich das Private Enforcement sich in einem solchen Umfeld sinnvoll gestalten könnte. Bei der Verlängerung des Instanzenzuges käme es insgesamt doch zu einer beträchtlichen Verlängerung der Verfahrensdauer.

Ein Mischsystem aus erstinstanzlicher Verwaltungsentscheidung und nachfolgender richterlicher Kontrolle wäre nicht optimal. Die Erfahrungen zeigen, dass eine **sukzessive Kompetenz** wieder zu Verfahrensverlängerungen führt; das bestehende deutsche Vollzugssystem kann mit den österreichischen Vorstellungen der sukzessiven Kontrolle nicht verglichen werden; dort gibt es ein ganz eigenes Verwaltungsverfahren, welches sich in einer 60-zig jährigen Tradition bewährt hat.

Die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes wenden durch die Zusammenlegung von Ermittlung und Entscheidung das inquisitorische Prinzip an; dies würde im Verständnis der österreichischen Rechtstradition zu rechtsstaatlichen Problemen führen. Praktisch wäre es auch schwierig, quasi wirtschaftspolizeiliche Erhebungen mit richterlicher Tätigkeit zu vermengen. Richter sind universell rechtlich ausgebildet; ist auch für die Anwendung des Kartellrechtes erforderlich, umfassende Kenntnisse aus anderen Rechtsbereichen (allgemeines Zivilrecht, Gesellschaftsrecht, etc) zu haben.

Aus der Praxis eines Rechtsmittelrichters ist zur Frage der **Tatsachenkontrolle** festzuhalten, dass maximal 5 % aller Beweisrügen erfolgreich sind; für diese gibt es auch in normalen Zivilprozess hohe Anforderungen. Würde man erwägen auch mündliche Verhandlungen auf der Ebene der zweiten Instanz durchzuführen, käme es wiederum zu einer beträchtli-

chen Verfahrensverlängerung. Ein Zugang zum OGH sollte nicht komplizierter geregelt werden als er ohnedies schon ist.

Aus eigener Wahrnehmung muss festgestellt werden, dass das Kartellgericht darunter leidet, nicht immer ausreichende Erhebungsergebnisse von der BWB übermittelt zu erhalten; dabei kommt es aber auf den/die Sachbearbeiter/in. Wenn sich die BWB gegenüber dem Gericht auf die Geheimhaltung ihrer Erhebungsergebnisse beruft, sind diese im Gerichtsverfahren nicht verwertbar. Dabei kommt es dem Gericht auf die Vorlage objektiver Urkunden an und nicht subjektiver Wahrnehmungen einer Partei.

Da die BWB Partei der Kartellverfahren ist, können deren Ökonomen nicht als Sachverständige durch das Gericht bestimmt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass ein Gutachtauftrag des Kartellgerichtes immer aus zwei Teilen besteht: Befund und Gutachten. Der Befund besteht in der Auflistung objektiver Zahlen, Daten und Fakten. Wenn diese Aufgabe verstärkt durch die BWB übernommen werden könnte wäre das eine enorme Hilfe zur Sachverhaltsklärung im Kartellverfahren und würde die Sachverständigengutachten wesentlich verbilligen und das Verfahren insgesamt beschleunigen.

Durch den bestehenden § 39 KartG wird das Kartellgericht in seinen Beweiserhebungsmöglichkeiten erheblich beschränkt. Dieser sollte ursprünglich Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betroffener Unternehmen schützen; allerdings gibt die BWB ohnehin keine Geheiminformationen weiter. Das Gericht kann aufgrund „geheimer Beweismittel“, aber keine rechtsstaatliche Entscheidung treffen, es sollte hier überlegt werden, inwieweit nicht ein Dritter als Vertrauensperson die Verfahrensrecht im Bezug auf den **Geheimnisschutz** wahren könnte. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die bestehenden Anonymisierungsvorschriften im OGH-Gesetz für die Zwecke des Kartellrechtes nicht zweckmäßig sind. Es besteht hier zwar Namens-, aber kein Geheimnisschutz. Dazu wäre eine eigene Regelung im KartG zweckmäßig. Dort sollte auch verankert werden, dass rechtskräftige Entscheidungen des Kartellgerichtes ebenfalls zu veröffentlichen sind.

Dass **Sachverständige** in Gerichtsverfahren eine wesentliche Rolle spielen und die Tatsachenbasis für das Gericht aufbereitet, ist kein Spezifikum des kartellgerichtlichen Verfahrens; darin ist kein Mangel des österreichischen Kartellverfahrens zu erblicken. Das Sachverständigen-gutachten ist ein vom Senat zu würdigendes Beweismittel, das in Österreich bestehende System externer, durch das Gericht von Fall zu Fall zu bestimmenden Gutachter ist flexibel; schlechte Sachverständige werden einfach nicht mehr bestellt. Diese Flexibilität hätte man bei angestellten Experten nicht.

Die Kostenregelungen des KartG und der Möglichkeit der Zuerkennung von Verfahrenshilfe sichern einen leistbaren Zugang zum Kartellgericht.

Wenn die Forderung erhoben wird, die Gutachtensaufträge an die sachverständigen sollten präziser formuliert sein, dann hat das auch Nachteile; um eine präzisere Eingrenzung der Fragen an den Sachverständigen vorzunehmen, müsste das Gericht bereits eigene Erhebungen durchführen, wie z.B. Zeugeneinvernahmen. Dies kann vor allem im Fusionskontrollverfahren zu zeitlichen Problemen führen. Diese können vor allem dann auftreten, wenn aufgrund des Sachverständigengutachtens eine neuerliche (ergänzende) Einvernahme der Zeugen notwendig werden sollte (abgesehen von den größeren Mühen der Zeugen und der größeren Gefahr, diese rechtzeitig ein zweites Mal vor Gericht zu bekommen).

Die Übertragung echter Entscheidungsbefugnis an die BWB in ihrer heutigen Form wäre systemwidrig; der Generaldirektor steht außerhalb des Weisungszusammenhangs der Verwaltung, ist aber auch kein Richter. Wenn, dann wäre eine Kollegialbehörde zu schaffen, wobei Art 133 Zif 4 BVG hier wohl nicht nutzbar gemacht werden könnte. Auch würde ein gänzlicher Übergang des Kartellrechtsvollzugs in die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu keiner Verfahrensbeschleunigung führen. Außerdem garantiert die Weisungsfreistellung der BWB noch keine faktische Unabhängigkeit der Behörde.

Generell wird festgehalten, dass selbst bei einer Ausstattung mit nur 17 Sachbearbeitern, eine größere Anzahl von selbständigen Anträgen durch die BWB möglich sein sollte.

Die Einrichtung des **Bundeskartellanwaltes** hat sich in der Praxis bewährt.

Ein umfassendes Antragsrecht der **Regulierungsbehörden**, allerdings eingeschränkt auf den jeweiligen Wirtschaftssektor, wird begrüßt. Wenn die bereits bestehenden Antragsrechte zu wenig genutzt werden, dann liegt das an der Personalausstattung. Das Gesprächsklima zwischen Telekomregulator und BWB ist stark verbesserungsbedürftig.

Im Bereich der **Geldbußen** müssen die materiellrechtlichen Bestimmungen dahingehend verdichtet werden, als etwa der Allgemeine Teil des StGB (Regelung über Anstiftung, Beteiligung, etc) ins Kartellrecht übernommen wird. Die geltenden Bemessungsregeln erscheinen verfassungsrechtlich bedenklich; auch die Vorgehensweise der EU-Kommission mit der weiten Anwendung von Softlaw ist bedenklich. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers die präzisen Kriterien für die Geldbußenbemessung im Sinne der Rechtssicherheit zu normieren. Die Latte liegt im Kartellrecht besonders hoch, da die Geldstrafen hier wesentlich höher als im allgemeinen Strafrecht sind (dort liegt die Höchststrafe bei ca Euro 150.000).

Ein Geldbußenantrag sollte so konkret abgefasst sein, dass er die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Anklageschrift erfüllt.

Eine eigene Bescheidkompetenz der BWB bei Auskunftsverlangen könnte zu rechtstaatlichen Problemen führen; durch die Vorgehensweise einer Behörde darf es zu keinem lascheren Umgang mit den Bürgerrechten kommen. Der Gesetzgeber könnte hier aber doch Verbesserungen herbeiführen, etwa durch kürzere Rechtsmittelfristen (z.B. 1 Woche) oder durch Beschneidung des Anhörungsrechtes des Gegners. Es wird auch auf § 44 des Außerstreitgesetzes verwiesen, wo die Vollstreckbarkeit einer Entscheidung vorläufig zuerkannt werden kann.

Fragen des **Beweisverfahrens** sollten nicht auf die Missbrauchsaufsicht beschränkt werden. Allerdings erscheint eine Beweislastumkehr zu weitreichend. Überlegenswerter erscheint ein Abstellen auf prima facie Beweise: Typische Sachverhalte führen zu typischen Schäden. Der Verfahrensgegner muss sich dann frei beweisen, reine Erkundungsstrategie sollten dabei nicht zugelassen werden, aber die Antragstellerin müsste über die reine Behauptung hinaus plausible Anscheinsbeweise vorlegen. Es wird auf die Möglichkeiten nach § 3 (2) AußerstrG (Fragerecht der Parteien), § 16 (2) (Mitwirkungspflichten der Parteien) und § 79 (Zwangsmittel im Verfahren) hingewiesen.

## **Protokoll der 13. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 28.5.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK),  
Theodor Taurer (WKÖ),  
Ingrid Schopf (IV),  
Andreas Graf (LWK)

### **Expertengespräch mit Andreas Reindl (Executive Director, Fordham Competition Law Institute, NY)**

Der **Stellenwert der Wettbewerbspolitik** kann nur aus der jeweiligen persönlichen Sichtweise beantwortet werden. Wettbewerb soll den Konsumenten schützen. Wenn die Märkte funktionieren, gibt es die besten Ergebnisse für den Konsumenten, mit bester Qualität, Angebot und Preis. In Literatur und Praxis werden aber wesentliche Formen des Marktversagens benannt. Grundsätzlich schafft Wettbewerb die besten Resultate im funktionierenden Markt. In Bereichen in denen Märkte nicht funktionieren oder es zu Marktversagen kommt sind genaue Analysen notwendig, in welchen Teilbereichen ein Rest an Wettbewerb erhalten werden und zu besseren Ergebnissen beitragen kann. Beispiel dafür ist der Markt der Gesundheitsvorsorge.

Wettbewerbspolitik sollte integrierte Regierungspolitik sein. Aber auch die Wettbewerbsbehörden erfüllen wettbewerbspolitische Aufgaben, selbst wenn sie nicht leitend für die Entwicklung der Wettbewerbspolitik zuständig sind, indem sie Schwerpunkte setzen und sicherstellen, dass ihre Eingriffe am Markt mit wettbewerbspolitischen Zielen konsistent sind. Für die Schwerpunktsetzung sollten wettbewerbspolitische Überlegungen im Vorhinein getroffen werden.

Estland ist ein gutes Beispiel für eine sinnvolle Aufgabenverteilung betreffend die Wettbewerbspolitik. Die Wettbewerbsbehörde ist primär eine Aufgabe des zuständigen Ministeriums. Der Einfluss des Ministeriums innerhalb der Regierung und gegenüber anderen Ministerien ist groß. Aber die Wettbewerbsbehörde wird regelmäßig vom Ministerium beigezogen, um von ihrem Fachwissen zu profitieren. Eine Behörde soll ja nicht nur vollziehen (so wie in Deutschland). Auch UK ist ein weiteres gutes Beispiel. Eine absolute Trennung von Politik und Vollzug ist langfristig nicht vorteilhaft.

Modelle in denen die **Aufgriffs- und Entscheidungskompetenz** getrennt sind (wobei dies auch behördenintern organisiert sein kann) er-

scheinen nach subjektiver Einschätzung aus rechtsstaatlichen Gründen wünschenswert; allerdings gibt es dafür keine internationalen Standards.

In Österreich wurden nach der letzten Reform die bestehenden Strukturen weiterverwendet, jedoch unter anderem Namen und ohne hinreichend auf die Effektivität der Rechtsdurchsetzung zu achten. Die BWB hätte am Anfang viel selbständiger agieren sollen. Zuerst sollten von der Politik die **Schwerpunkte** und Ziele gesetzt werden, erst dann sollten die Institutionen danach ausgerichtet werden. Auch der Umstand, dass die Schwerpunkt Empfehlung für die künftige Tätigkeit der BWB von der Wettbewerbskommission kommt, ist nicht sinnvoll und zeigt das politische Misstrauen gegenüber der BWB.

Eine direkte **Kausalität zwischen Wirtschaftswachstum und funktionierendem Wettbewerbsvollzug** sind schwer auszumachen. Während die Wettbewerbsdurchsetzung in einigen Ländern schwach erscheint, steht die nationale Volkswirtschaft gut da (z.B. Österreich, Luxemburg). Gute Beispiele für den positiven Einfluss ernstgemeiner Wettbewerbspolitik auf die Gesamtwirtschaft sind ua Schweden oder Australien. Dort gibt es einen politischen Konsens, wie Wettbewerb und Wettbewerbspolitik im gesamtpolitischen Kontext Sinn machen.

Wichtig ist die Vermittlung der positiven Auswirkungen des Wettbewerbsvollzugs gegenüber der Öffentlichkeit. Beispiel UK: Die Wettbewerbsbehörde muss nachweisen, dass sie ihr Geld wert ist. Die Behörde vollzieht nicht nur Wettbewerbsrecht, sondern setzt auch selber viele Aktivitäten und Prioritäten. Durch eine transparente Schwerpunktsetzung kann der Nachweis des positiven Beitrages des Behördenhandelns erleichtert werden. Der Aufwand für ein solches System, in dem eine Behörde Rechenschaft ablegen muss, mag am Anfang hoch sein, dient aber auch der politischen Unterstützung der Wettbewerbsbehörde.

Die **Fusionskontrolle** ist gegenüber der klassischen Verfolgung von Kartellen und Missbrauchssachverhalten eigens zu betrachten. Die Voranmeldung von Zusammenschlüssen spielt in in Ländern mit einer ex-ante Fusionskontrolle eine wichtige Rolle; bisher ist kein Land mit einer funktionierenden ex-ante Fusionskontrolle zu einer ex-post Kontrolle (wie z.B. in UK) übergegangen.

Das Anheben von Schwellenwerten bei Zusammenschlüssen ist grundsätzlich sinnvoll, damit die Anzahl der Anmeldungen nicht zu hoch wird. Die internationale Erfahrung zeigt, dass dadurch kaum einmal wirklich problematische Zusammenschlüsse unter die Schwellenwerte fallen. International gesehen, werden Schwellenwerte mit weltweiten Umsätze immer häufiger gestrichen; durch das verstärkte Abstellen auf inländische Umsätze versucht man jene Zusammenschlüsse herauszufiltern, die aufgrund ihrer nationalen Relevanz von der nationalen Fusionskontrolle überwacht

werden sollen. Multiplikatoren für einzelne Bereiche sind problematisch; in den NL hat man dies etwa für Krankenhäuser erwogen.

Eine weitere Möglichkeit zur Verringerung der Anmeldezahlen wäre die Erhöhung der Schwellenwerte mit der zusätzlichen Möglichkeit, ex post in einen Zusammenschluss eingreifen zu können (so z.B. Schweden). Solche System funktionieren zur Zeit relativ problemlos, können aber problematisch sein, wenn sich Unternehmen „vor der Behörde verstecken“ und im nachhinein eine Entflechtung angeordnet werden muss. Vor allem wenn Probleme bestehen könnten (z.B. hoher Marktanteil, etc), sollten Unternehmer ihre Zusammenschlüsse vorsichtshalber anmelden.

Die **Trennung von Aufgriffs- und Entscheidungskompetenz** ist prinzipiell zu befürworten und sollte beibehalten werden. Es ist grundsätzlich egal, ob diese in einer Behörde integriert sind oder ob zwei unterschiedliche Behörden befasst sind, wobei die Zusammenfassung in einer Behörde Effizienzgewinne bringen kann. Die Erfahrungen mit der EU sind aber schlecht.

Eine Behörde, welche eine Aufgriffskompetenz hat, trifft wesentliche wettbewerbspolitische Entscheidungen (was wird aufgegriffen, was ist wichtig, warum wird in einem Bereich vorgegangen und in einem anderen nicht – Prioritäten- bzw Schwerpunktsetzung).

In Schweden und den USA wird für eine negative Entscheidung eines Zusammenschlusses ein Gericht befasst. Die Anmeldung und Prüfung erfolgt durch eine Verwaltungsbehörde. In UK ist ein Hybridsystem zwischen Gericht (Competition Appeal Tribunal) und eine Verwaltungsbehörde eingerichtet (OFT, Competition Commission). Ein gutes Beispiel für eine gelungene Integration von Aufgriffs- und Entscheidungskompetenz innerhalb einer Behörde ist Ungarn; hier gibt es eine behördeninterne strikte Trennung, wobei der entscheidungsbefugten Stelle, dem Competition Council, ein eigener Mitarbeiterstab zugeordnet ist. Auch in Frankreich wurden die Zuständigkeiten jüngst neu geregelt (Autorité de la Concurrence) eine neue Wettbewerbsbehörde geschaffen. Auch diese Institution wäre für eine Systemanalyse interessant.

Das deutsche Modell ist zwar sehr funktionsfähig, vor allem bei der Fusionskontrolle. Ca 90 % der Anträge werden innerhalb weniger Tage erledigt. Die Missbrauchsaufsicht ist jedoch international gesehen weniger vorbildlich. Ein Strukturproblem des Bundeskartellamtes ist, dass der Präsident eigentlich nur ein „Mediensprecher“ ist. Er vertritt die Behörde nach außen, kann aber nicht auf einzelne Entscheidungen Einfluss nehmen. Er hat keine Einflussmöglichkeit auf wettbewerbspolitische Prioritäten und kein Weisungsrecht. Die Beschlussabteilungen sind vom Präsidenten unabhängig. Die Arbeit im Bundeskartellamt ist prestigeträchtig, darum stehen auch gute Mitarbeiter zur Verfügung. Die Mitarbeiter

werden durch entsprechende Ausbildungsmöglichkeiten auch bestens geschult.

Für eine allfällige Reform in Österreich wird geraten, sich nicht an großen Ländern zu orientieren, sondern einen Vergleich mit Ländern zu suchen, die in einer vergleichbaren wirtschaftlichen Situation sind (Größe, Marktstruktur, wirtschaftspolitische Geschichte, Zugang zu Wettbewerb etc) sind. Dies könnten Portugal, Norwegen, Schweden, Ungarn oder die Slowakei sein.

Das **Kartellgericht** ist auch eine Tatsacheninstanz. Das Problem ist, dass das Kartellgericht nicht die notwendigen Ressourcen hat (keinen wissenschaftlichen Mitarbeiterstab wie in UK). Es ist oft auch ein zeitliches Problem, um ein institutionelles Wissen aufzubauen. Für schwierige Fälle vor Gericht sollte ebenfalls ein entsprechend qualifizierter Mitarbeiterstab vorhanden sein. Es sollte überlegt werden, ob nicht die gesamte Tatsachenerhebung eine Aufgabe der BWB sein sollte, und das Gericht erst dann eingeschaltet werden sollte, wenn ein Zusammenschluss zu untersagen ist.

Die Position des Generaldirektors der **BWB** als monokratisches Leitungsorgan kann Sinn machen. Es liegt jedoch an der jeweiligen Person, was diese aus der Position macht. Eine persönliche Verantwortung durch einen Rechenschaftsbericht würde dazu beitragen. In Estland gibt es Entscheidungen des Behördenleiters nur gemeinsam mit einem seiner Stellvertreter.

In der britischen Behörde OFT gibt es jährlich etwa 10 % – 20 % Personalfuktuation und man ist mit dieser Situation durchaus zufrieden.

Oft ist auch die Bestellung des Behördenleiters kritisch zu betrachten, da politische Motivationen mitspielen. Hier kann Schweden als gutes Beispiel dienen, wobei der jüngsten Bestellung des Behördenleiters zum ersten mal durch externe Headhunter eine Liste der besten Kandidaten erstellt wurde. Die Bestellung nahm die Regierung vor. Dieses Verfahren führte dazu, dass zum ersten mal ein höchstqualifizierter Experte bestellt wurde und nicht ein hochrangiger Beamte aus der Verwaltung. Es ist dort jedoch auch politische Absicht, dass die am besten qualifizierte Person Leiter der Behörde wird.

Konfliktbereiche ergeben sich auch durch die Beiordnung der BWB zum BMWFJ. Unter Umständen könnte eine Angliederung an das BMJ Vorteile haben. Die Anliegen des Wirtschaftsministers weichen manchmal von denen der Wettbewerbsbehörde ab. Ansonsten wäre auch ein Modell mit Verantwortung gegenüber dem Nationalrat (ähnlich Rechnungshof) denkbar. Dies ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn Wettbewerbspolitik für die Politik wichtig ist. Jedenfalls sollte die BWB mehr Hoheit über die eigenen Ressourcen haben.

Die Dualität zwischen BWB und **BKANw** ist zu hinterfragen. Sie ist nicht sehr effizient und sollte langfristig geändert werden (auch die Doppelgleisigkeit im Behördenaufbau der USA: FTC und DOJ ist grundsätzlicher Unfug). Der BKANw ist als Gegenteil der Ministererlaubnis in Deutschland zu sehen; er kann Untersagungen eines Zusammenschlusses im Interesse allgemeiner wirtschaftspolitischer Interessen nicht abändern, sondern im Prinzip kann seine Rolle nur zu mehr Untersuchungen und Untersagungen führen. Der BKANw hat anscheinend die Aufgabe, das zu erledigen, was die BWB nicht erledigt hat. Dies deutet auf grundsätzliches Misstrauen der Politik gegenüber der BWB hin.

Die Einrichtung der **WBK** hat historische Gründe. Sie gibt zwar die Schwerpunkte an die BWB vor; dies sollte aber in der politischen Verantwortung der BWB bzw des Generaldirektors liegen. Besser wäre es, ein „Board of Directors“, wie z.B. in UK, einzuführen. So ein Beirat oder Aufsichtsrat wäre sinnvoll, bedarf jedoch auch eines entsprechenden Mitarbeiterstabes. Gutachtensaufträge sollten eigentlich an die BWB ergehen, da diese die Experten hat.

Die Zusammenlegung von **Regulierungsbehörden** und Wettbewerbsbehörde kann Synergien bringen. Gute Beispiele dazu sind Niederlande und Australien, wo sich durch die Zusammenlegung die Qualität der Arbeit verbessert hat. Es besteht allerdings das Risiko, dass wettbewerbsrechtliche Entscheidungen vom Regulierungsverständnis beeinflusst werden.

Ein Modell, wo der Regulator direkt Wettbewerbsrecht anwenden kann, gibt es in UK. Es ist jedoch nicht sinnvoll, dass ein Wettbewerb zwischen den Behörden stattfindet.

**Ermittlungsbefugnisse** sind ausreichend. Eventuell könnte das Abhören von Telefonen noch interessant sein, z.B. bei Hardcore-Kartellen. Die **Kronzeugenregelung** bringt die meisten Erfolge. Oft sind es Insiderinformationen, die zu einem Verfahren gegen Hardcore-Kartelle führen. Die Kronzeugenregelung sollte nicht im Ermessen der Behörde sein; sie muss gegenüber den Unternehmen glaubhaft gelebt werden. Dies geschieht allerdings nur dann, wenn viele Verfahren eingeleitet werden und sich eine glaubhafte Praxis entwickelt. Es gibt internationale Standards für effektive Kronzeugenregelungen, an denen man sich ausrichten sollte.

Die **Kartellrechtsdurchsetzung in Österreich** ist im Vergleich zum restlichen Europa schwach – dies ist ua die Folge einer verfehlten Festlegung der Arbeitsschwerpunkte. Es besteht ein großer Bedarf an gut ausgebildeten Mitarbeitern. Kartelle abzustellen ist wichtiger als die Zusammenschlusskontrolle. Wichtig ist zu wissen, wie Kartelle funktionieren und wie man sie verhindern kann. Kartelle machen viel mehr Schaden.

Für die **Missbrauchsaufsicht** sind keine besonderen Beweisregelungen notwendig. Auch rechtspolitisch gibt es keine Begründung, wieso eine andere Regelung eingeführt werden sollte.

Auch wenn das Verfahren zur Verhängung von **Geldbußen** ein Verwaltungsverfahren ist, müssen die strafrechtlichen Verfahrensgarantien gewährleistet sein. Auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit einzelner Personen neben einer Geldbuße soll weiter bestehen bleiben. Dies könnte auch in der Disqualifikation der betroffenen Person bestehen, sodass sie keine gesellschaftsrechtliche Leitungsposition mehr einnehmen kann. In Österreich gäbe es genug Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung, es muss von den Verantwortlichen nur der Schwerpunkt dazu gesetzt werden.

Das deutsche Modell der **Fusionskontrolle** ist in Bezug auf das Kriterium des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ als weitere Aufgriffschwelle erfolgreich. Dies hat in Deutschland auch nicht zu einer ausufernden Rechtsanwendung geführt.

Die EK wird im Bereich des **Private Enforcement** nicht viel harmonisieren können, da die Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten zu groß sind. Durch die Initiative der EK wurde jedoch in einzelnen Mitgliedstaaten die Diskussion darüber angeregt. Private Enforcement sollte dort eingeführt werden, wo man die Qualität von Wettbewerbsnormen verstärken will. Zuerst sollte überlegt werden, was man mit der Verbesserung der privaten Rechtsdurchsetzung des Kartellrechtes eigentlich erreichen will. Das System muss aber auch mit den bestehenden Sammelklagen zusammenpassen. Private Enforcement kann nur funktionieren, wenn jemand daran verdient. Es kann durchaus akzeptabel sein, wenn die Anwälte daran verdienen und die Geschädigten kein Risiko tragen. Diesbezüglich stellt sich auch die Frage, wie man Massenklagen lukrativ machen kann. Ein opt in ist weniger effizient als ein opt out. Erfahrungen für ein gutes Modell dazu gibt es in Kanada. Dort kann das Gericht auch bestimmen, dass die im Urteil bestimmte Schadensersatzzahlung an „soziale Einrichtungen“ geht (z.B. Verbraucherorganisationen), wenn die Auszahlung an einzelne sich nicht auszahlt und ineffektiv wäre. Auch Kronzeugen sind nicht vom Private Enforcement ausgenommen. Eine optimale Strafe z.B. gegen Kartelle besteht aus dem Ergebnis von Public und Private Enforcement.

Fraglich ist, ob die Einrichtung eines **Wettbewerbsmonitorings** ein wirtschaftspolitischer Schwerpunkt sein soll. Ein Wettbewerbsmonitoring ist häufig ineffektiv und bindet Ressourcen, die man in anderen Bereichen eher benötigt. Beispiele für Länder mit Monitoring sind Dänemark und allenfalls die Niederlande. Ein Wettbewerbsmonitoring kann allenfalls für Branchenuntersuchungen interessant und bedeutungsvoll für die Festsetzung von Schwerpunkten sein.

## **Protokoll der 14. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 04.06.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK),  
Ingrid Schopf (IV),  
Theodor Taurer (WKÖ),

### **Erstes Gespräch mit Vertretern der Studienvereinigung Kartellrecht mit Hanno Wollmann, Florian Neumayr, Stephan Polster, Isabella Hartung, Günter Bauer, Raoul Hoffer, Axel Reidlinger**

Dr Wollmann bedankt sich einleitend für die Einladung und betont das Interesse der Studienvereinigung an einer positiven Weiterentwicklung des Kartell- und Wettbewerbsrechts.

Grundsätzlich haben Rechtsanwälte als Vertreter von Unternehmen zum Kartell- und Wettbewerbsrecht einen pragmatischen Zugang, das heißt die Anwendung des Kartellrechts soll gut funktionieren. Aus anwältlicher Sicht ist daher wichtig:

- Hohe Vorhersehbarkeit von Entscheidungen aufgrund klarer inhaltlicher Regelungen
- Kompetente Ansprechpartner (wie sind Gestaltungsspielräume auszufüllen?)
- Zeitlich effizienter Vollzug des Kartellrechts sowohl auf Ebene des Kartellgerichts als auch auf Ebene der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)
- Hoher rechtsstaatlicher Standard (rascher Rechtsschutz, rechtliches Gehör und gerichtliche Überprüfung)

Zur **Wettbewerbspolitik** wird ausgeführt, dass es sich hierbei um ein wichtiges Element im Rahmen der Marktwirtschaft handelt. Wettbewerbspolitik ist nicht mit dem Kartellrecht gleichzusetzen, es gehe hier – wie auch im WIFO-Weissbuch ausgeführt – nicht nur um das Abarbeiten von Einzelfällen; Wettbewerbspolitik ist eingebettet in andere Politikbereiche (z.B. Industriepolitik) und bedarf daher einer gesamten Betrachtung. Der Befund zur österreichischen Wettbewerbspolitik fällt negativ aus. Vermisst wird die Ernsthaftigkeit, was ua im Fehlen von klaren Schwerpunktsetzungen (Priority-list) und der mangelnden Ressourcenausstattung wesentlicher Akteure (ua der BWB) zum Ausdruck

kommt.

Die **Reform 2002** hat sich grundsätzlich bewährt und enthält viele positive Elemente. Kritisch angemerkt wird hingegen, dass seit rund 2 Jahren im Kartellrechtvollzug eine Stagnation festzustellen ist. Zurückzuführen ist diese Entwicklung nicht auf mangelnde Wettbewerbsgesinnung der Unternehmen, vielmehr braucht es eine konsequentere Kartellrechtsanwendung. Unter den Rahmenbedingungen, unter denen insbesondere die BWB derzeit agieren muss, ist dies nicht hinreichend gewährleistet.

Bezüglich der laufenden Diskussion betreffend die Organisation des Kartellrechtvollzugs (Gericht versus behördliches System) gibt es innerhalb der Rechtsanwaltschaft keine einheitliche Meinung. Vorstellbar wäre auch eine Differenzierung nach Sachkriterien.

Es wird einleitend hierzu festgehalten, dass die starke Abhängigkeit der **BWB** vom BM für Wirtschaft, Familie und Jugend negativ sei. Gerade in Personalagenden (Anstellung, Bezahlung) sollte die BWB eigenständige Budgethoheit haben. Ziel müsse es sein, dass sich die BWB – so wie die Regulatoren – in Eigenverantwortung adäquate Strukturen (Stabsstellen, Referatsleiter etc, mit wettbewerbsfähigen Gehältern, etwa im Vergleich zum BVA) geben kann. Dafür ist aber eine Budgetaufstockung notwendig. Vorstellbar wäre eine Zweckwidmung der für Wettbewerbsverstöße verhängten Geldbußen an die BWB.

Klar abgelehnt wird die im Rahmen der letzten Wettbewerbsrechtsnovelle verfolgte Strategie, zunächst die Kompetenzen der BWB auszuweiten und erst in einem späteren Schritt über notwendige Geldmittel zu reden. Eine solche Politik hätte einen Stillstand für mehrere Jahre zur Folge. Die monokratische Organisationsstruktur der BWB ermöglicht schnelle Entscheidungen und wird in der gegenwärtigen Struktur positiv bewertet. Vermisst wird eine einheitliche Linie der Behörde. Die sehr flache Organisationsstruktur führe dazu, dass die Entscheidung im Einzelfall vom jeweils zuständigen Sachbearbeiter abhängig ist. Die Verbesserung dieser Struktur wird nachdrücklich angeregt.

Begrüßt würden eine Schwerpunktsetzung und eine stärkere Hinwendung der Ressourcen in Richtung Kartell- und Missbrauchsaufsicht. Gerade Missbrauchsfälle seien zwar die komplexesten und schwierigsten Tatbestände des Kartellrechts (va im Vergleich zu Zusammenschlüssen), aber gerade in einer kleinen Volkswirtschaft die wichtigsten Wettbewerbsfälle.

Herr Hoffer spricht sich für die Beibehaltung des Kartellgerichts und gegen die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Als Vorteil des Kartellgerichts wurde ua die für Unternehmen wichtige Individualantragslegitimation hervorgehoben (Abstellmöglichkeit). Begrüßt wurde von Hoffer ein 3-instanzlicher Rechtszug mit Tatsachenüberprüfung zur Stärkung des Rechtsschutzes. Auf Ebene der BWB wäre auf Sachbearbei-

terebene ein Vier-Augen-Prinzip (besser: eine Zwischenhierarchie) prüfenswert.

Einigkeit herrsch darüber, dass es nicht zweckmäßig sei, internationale Strukturen (Stichwort deutsches Bundeskartellamt) einfach zu kopieren. In Österreich fehle es vor allem an einer zielorientierten Wettbewerbspolitik. Der Kartellrechtsvollzug kann allerdings die Wettbewerbspolitik nicht ersetzen, es braucht einen Impulsgeber. Die Vorgaben für die dringend notwendige Schwerpunktsetzung und Orientierung könnten kommen von:

- Regierung
- Parlament
- von einer aufzuwertenden Wettbewerbskommission

Es wurde allerdings darauf hingewiesen, dass ein gewisses Spannungsfeld zwischen unabhängiger BWB und politischen Vorgaben bestehe.

Sollte die BWB als Entscheidungsbehörde ausgebaut werden, so braucht es nach Auffassung der Anwälte Ergänzungen in Richtung klare Regelungen betreffend Transparenz, Rechtsschutz, Fristbearbeitung. Wichtig wäre diesfalls nicht nur eine Entscheidungskompetenz, sondern auch eine Entscheidungspflicht der BWB innerhalb einer festzulegenden Frist, wobei bei Nichtverfolgung, die Gründe offen zu legen wären. Ein Rechtszug wäre wichtig, sollte aber (angesichts der dortigen Bearbeitungsfristen) nicht zum VwGH gehen.

Zusammenfassend wird für die Erzielung eines effizienteren Vollzugs in der BWB nochmals vorgeschlagen:

- Einführung einer Zwischenhierarchie (erfahrene Referatsleiter) und von eigenen Stabsstellen (Legal Service mit Erfahrung in der Vertretung vor Gerichten; Economist Team)
- Bildung von Case-Teams
- Klare Schwerpunktsetzung (Priority-list, wie es etwa die Kommission, Niederlande oder Dänemark macht)

Die **Wettbewerbskommission** sollte sich nicht im Einzelfall engagieren, sondern Impulsgeber und Beobachter des Wettbewerbsgeschehens sein. Aus dieser könnte sich ansatzweise eine Monopolkommission österreichischer Prägung, ohne eigene Ermittlungsbefugnisse entwickeln. Die Durchsetzung von Auskunftsersuchen sollte über die BWB erfolgen.

Grundsätzlich sind vor dem Kartellgericht 3 verschiedene **Verfahrensarten** zu unterscheiden:

- Öffentliche (von den Amtsparteien eingeleitete) Abstellungs- und Geldbußenverfahren
- Private Verfahren
- Zusammenschlussverfahren

Festgehalten wird, dass das derzeitige Außerstreitverfahren für die einzelnen Verfahrensarten unterschiedlich gut geeignet ist. Gerade im Rahmen von **Zusammenschlussverfahren** (das von der wettbewerbspolitischen Aufgabe her ein klassisches Verwaltungsverfahren wäre) führt das kontradiktorische Verfahren vor dem Gericht dazu, dass die Amtsparteien fast immer bei ihrer ursprünglichen Einschätzung laut Prüfungsantrag bleiben und nur selten davon abweichende Prüfungsergebnisse des Gerichts akzeptieren wollen. Rechtsstaatlich nicht ideal sei auch die starke Stellung des Sachverständigengutachtens, dem das Kartellgericht regelmäßig folge und damit quasi eine Auslagerung der Entscheidung stattfindet. Das derzeitige System biete vor allem wenige Möglichkeiten der Feinabstimmung, und in Verbindung mit dem Fehlen der Tatsachenüberprüfung beim Kartellobergericht entspricht die Zusammenschlusskontrolle in Einzelfällen einem „Glücksspiel“.

Gemessen an der wettbewerbspolitischen Funktion der Zusammenschlusskontrolle gibt es in diesem Verfahren zu viele behördliche „Player“ (die das Verfahren sehr aufwändig machen), weshalb in diesem Verfahrensbereich eine (Allein-)Entscheidungskompetenz einer erweiterten und besser unterstützten BWB durchaus überlegenswert wäre.

Die Einführung einer **Tatsachenüberprüfung** durch das KOG hätte nach Meinung der Anwälte vor allem eine „hygienische Funktion“ und würde die oftmals mangelhafte Befundgrundlage einer Beweiswürdigung unterziehen. Im Ergebnis sollte die Tatsachenüberprüfung die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen verbessern.

Zur **Verbesserung der Transparenz** von Entscheidungen wird vorgeschlagen, auch erstinstanzliche Entscheidungen des Kartellgerichts unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offen zu legen. Gefordert wäre in diesem Zusammenhang vor allem die BWB.

Allgemein wird festgehalten, dass die bestehenden **Ermittlungsbefugnisse** grundsätzlich notwendig und ausreichend seien, wenngleich sie verbesserungsfähig sind. Allerdings werden die Ermittlungsbefugnisse seitens der Behörde – auch im Vergleich zu den jungen Behörden etwa in Ungarn und der tschechischen Republik – zu wenig genutzt, so hat die BWB in den letzten 7 Jahren aus Eigeninitiative nur 2 Hausdurchsuchungen durchgeführt. Die Ermittlungsbefugnisse, insbesondere den Auftrag Auskünfte zu erteilen, sollten noch effizienter gestaltet werden (Entscheidungsfrist für Kartellgericht, keine aufschiebende Wirkung des Rekurses). Die Studienvereinigung spricht sich aber gegen eine diesbezügliche Entscheidungskompetenz der Behörde aus. Verwiesen wird weiters auf das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung des Anwaltsprivilegs in Österreich. Wichtig wäre es auch, bei Zeugeneinvernahmen durch die BWB Rechtsbeistand durch Anwälte zu gewährleisten; die derzeitige Situation sei bedenklich.

Zielführend wäre grundsätzlich eine Angleichung der Ermittlungsbefugnisse an jene der EK (VO 1/2003), so gibt es in Österreich nicht die Möglichkeit der Versiegelung und auch eine Befragungsmöglichkeit von Mitarbeitern bei Hausdurchsuchungen ist nicht vorgesehen.

Die **Kronzeugenregelung** wird als positiv beurteilt; Verbesserungen können aber in folgenden Bereichen herbeigeführt werden:

- Leitlinien, was ein Kronzeugenantrag enthalten muss, um anerkannt zu werden
- Kronzeugenstatus muss wie auch bei der EU-Kommission rechtsverbindlich zugesprochen werden, dzt übermittelt die BWB nur unverbindliche Mitteilungen
- Anpassung an zweckmäßige Aspekte des Leniency-Programms auf EG-Ebene: z.B. (i) Sperrwirkung (Marker-System): Schutz des Ranges eines Kronzeugen für den Zeitraum, in dem er die erforderlichen Informationen und Beweismittel für einen förmlichen Antrag sammelt; (ii) allenfalls Möglichkeit der Stellung von hypothetischen Anträgen, um eine anonyme Vorabklärung der Anwendung des Kronzeugenprogrammes, auf einen bestimmten Sachverhalt zu ermöglichen;
- Möglichkeit der Stellung von hypothetischen Anträgen
- Schutz des Kronzeugen vor strafrechtlicher Verfolgung, um Attraktivität des Kronzeugenprogrammes zu erhöhen
- Klärung strittiger Fragen des Vertraulichkeitsschutzes von Kronzeugenanträgen (z.B. Aktenbeischaftung durch Zivilgerichte, Akteneinsicht durch Privatbeteiligte)

Anhang zum Protokoll vorgelegt von Herrn Bauer und Herrn Polster:

**Welche neuen Ermittlungsbefugnisse würden der BWB in der Erfüllung ihrer Aufgaben helfen? Sind dann zusätzliche Rechtsschutzinstrumente im kartellrechtlichen Vorverfahren notwendig? Wenn ja, welche?**

Wir halten es für hilfreich, die Befugnisse der BWB sowie die Sanktionsmöglichkeiten an diejenigen der EG Kommission in der VO 1/2003 anzupassen. Folgende Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten der EG Kommission im Rahmen einer Nachprüfung stehen der BWB derzeit bei einer von ihr selbst durchgeführten Hausdurchsuchung nicht oder nicht in dieser Form zu:

- Die Kommission kann betriebliche Räumlichkeiten, Bücher oder Unterlagen jeder Art für die Dauer und in dem Ausmaß, wie es für die Nachprüfung erforderlich ist, versiegeln (Art 20 Abs 2 lit d VO 1/2003). Eine derartige Befugnis hat die BWB nicht.

- Die BWB kann gemäß § 11a Abs 1 Z 3 iVm § 12 Abs 4 letzter Satz WettbG „alle für die Durchführung von Ermittlungshandlungen erforderlichen Auskünfte verlangen“. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass die BWB befugt ist, das Unternehmen um Mitteilung zu ersuchen, wo sich bestimmte Dokumente befinden, sowie das Unternehmen zum Inhalt der Dokumente zu befragen (Müller in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005 § 12 Rz38). Die Kommission hingegen ist seit der VO 1/2003 nicht auf Fragen zum Verwahrungsort und Inhalt von Dokumenten beschränkt, sondern vielmehr auch berechtigt, Erläuterungen zu Tatsachen oder Unterlagen zu verlangen, die mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung in Zusammenhang stehen (Art 20 Abs 2 lit e VO 1/2003).
- Überdies kann die Kommission die genannten Erläuterungen von allen Vertretern des Unternehmens sowie auch von allen Mitgliedern der Belegschaft des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung verlangen (Art 20 Abs 2 lit e VO 1/2003). Gegenüber der BWB sind im Rahmen einer Hausdurchsuchung hingegen, nur der Inhaber des Unternehmens und deren Vertreter bzw bei juristischen Personen und teilrechtsfähigen Personengesellschaften, die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung befugten Personen verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen (§ 11a Abs 2 iVm § 12 Abs 4 letzter Satz WettbG). „Normale“ Mitarbeiter könnten von der BWB im Rahmen einer Hausdurchsuchung nur als Zeugen gemäß § 11 Abs 2 WettbG befragt werden, was aber eine Ladung iSd AVG voraussetzt (welcher nur dann zwingend Folge geleistet werden muss, wenn sie in Form eines Ladungsbescheids ergeht). Überdies steht einem solchen Zeugen ein Entschlagungsrecht nach § 49 AVG – also auch wegen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen – zu.
- Die Kommission kann zudem Geldbußen gegen das Unternehmen verhängen, wenn im Rahmen der Hausdurchsuchung (i) eine gestellte Frage (von einem Organmitglied oder einem „normalen“ Mitarbeiter) unrichtig oder irreführend beantwortet wird; (ii) eine von einem „normalen“ Mitglied der Belegschaft erteilte unrichtige oder irreführende Antwort nicht innerhalb einer von der Kommission gesetzten Frist berichtigt wird oder (iii) von einem Organmitglied oder Mitarbeiter keine vollständige Antwort erteilt oder eine vollständige Antwort verweigert wird (Art 23 Abs 1 lit d VO 1/2003). Nach dem KartG und WettbG sind hingegen keine Geldbußen für Unternehmen im Fall einer Falschaussage oder Aussageverweigerung vorgesehen. Lediglich

ein als Zeuge vernommener Mitarbeiter kann nach dem StGB (persönlich) für eine Falschaussage strafrechtlich verantwortlich gemacht werden.

Eine Anpassung der Befugnisse der BWB an die Befugnisse der Kommission nach der VO 1/2003 wäre aus der Sicht der Rechtsunterworfenen, aber auch aus der Sicht der BWB sinnvoll, da beide Seiten nicht mehr inhaltlich unterschiedliche Regeln beachten müssten, je nachdem, ob es sich um eine Hausdurchsuchung der Kommission mit Unterstützung durch die BWB vor Ort oder um eine von der BWB selbst angeordnete Hausdurchsuchung handelt. Überdies kann eine allfällige Erweiterung der Befugnisse der BWB wohl nur dann relevante Veränderungen in der Praxis bewirken, wenn gleichzeitig die Sanktionsmöglichkeiten erweitert werden.

#### Zusätzlicher Rechtsschutz

Die BWB ist befugt, Zeugen und Beteiligte heranzuziehen (§ 11 Abs 2 WettbG u.a).

Während sich nach dem AVG (§ 10 Abs 5 AVG), auf welchen § 11 Abs 2 WettbG Bezug nimmt, Beteiligte (Parteien) eines Rechtsbeistands bedienen können, ist ein Recht eines Zeugen auf Rechtsbeistand im AVG nicht positiv-rechtlich verankert. In Übereinstimmung mit § 8 RAO, das Rechtsanwältinnen eine umfassende berufsmäßige Parteienvertretung vorbehält, hat die Rechtsprechung zum AVG unter bestimmten Umständen die Möglichkeit der Beiziehung eines Rechtsanwalts durch einen Zeugen anerkannt (*Hengstschläger/Leeb*, AVG Kommentar § 50 Rz 7). Auch nach § 160 StPO idGF darf der Zeuge eine Vertrauensperson beiziehen. Da dies in der Praxis der BWB jedoch nicht entsprechend gelebt wird (bereits die reine Anwesenheit eines Rechtsanwalts bei einer Zeugenvernehmung wird verwehrt), sollte im WettbG explizit ein Recht auf Beiziehung eines Anwalts auch für Zeugen normiert werden.

Die Gründe dafür hat der VwGH in seiner E v 13.12.1990 (90/09/0152) hervorgehoben. Nach dieser E "verwehren die prozesuale Stellung und Funktion eines Zeugen es ihm nicht, sich zu einer Vernehmung eines Rechtsanwaltes seines Vertrauens und seiner Wahl zu bedienen. Denn der rechtsunkundige Zeuge wird regelmäßig selbst bei fehlerfreier Belehrung die rechtlichen Folgen seiner Angaben für ihn nicht sicher übersehen und den Umfang und die Grenzen seines Aussageverweigerungsrechtes nicht zweifelsfrei erkennen können. Es sind Rechtsfragen, ob, wann und in welchem Umfang im Zuge einer [...] Aussage die Auskunft auf einzelne Fragen abgelehnt werden kann. Ein [...] Rechtsanwalt ermöglicht es dagegen dem Zeugen, zur

sachgerechten und seinen Interessen entsprechenden Wahrung und Ausübung seiner prozessualen Rechte und Möglichkeiten, auf den Gang des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Der Rechtsanwalt kann dem Zeugen nicht nur zu seinem Recht verhelfen, sondern ihn auch darin unterstützen, unberechtigte Angriffe abzuwehren."

## **Protokoll der 15. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 18.06.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ)

### **Zweites Gespräch mit Vertretern der Studienvereinigung Kartellrecht mit Hanno Wollmann, Florian Neumayr, Stephan Polster, Isabella Hartung; Günter Bauer, Isabel Innerhofer, Harald Kühnert**

Zur Institution des **BKANws** gibt es in der Anwaltschaft unterschiedliche Sichtweisen. In der Praxis hat sich der derzeit im Amt befindliche BKANw als wichtige und sinnvolle Anlaufstelle für kartellrechtliche Probleme erwiesen. Dem aktuellen BKartAnw kommt bei der gegenwärtigen Ressourcenausstattung der BWB im gegenwärtigen System eine wesentliche Rolle zu. Der BKANw ist eine treibende Kraft dort, wo die BWB – aus welchen Gründen auch immer – nicht tätig wird. Die Weisungsgebundenheit hat bisher keine Auswirkungen gehabt; die Möglichkeit politische Ansichten frühzeitig in das Vollzugssystem einzubringen, wird aber als dem deutschen System mit der Ministererlaubnis überlegen angesehen.

Bei einer Reform des Vollzuges, wird es als nicht sinnvoll angesehen, den BKANw schlicht in die BWB zu „verschieben“. Im Falle einer umfassenden Reform (grundlegende Stärkung der Ressourcen der BWB) wird aber der Dualismus BWB – BKANw zu überdenken sein.

Hinsichtlich der Aufgaben des BKANw wird auch auf das Regierungsübereinkommen verwiesen, wonach der BKANw der BWB Ermittlungsaufträge erteilen können soll.

Die Zusammenarbeit beider Aufgriffsbehörden hat sich in letzter Zeit merklich verschlechtert.

Die **Regulatoren** verfügen über großes Know How bezüglich der betreffenden Sektoren; wenn diese kartellrechtliche Aspekte in ihren Entscheidungen berücksichtigen, kann es zu Spannungen mit dem allgemeinen Kartellrechtsvollzug kommen. Beim Vollzug des Kartellrechts durch die Kartellbehörden könnten die Regulatoren künftig anstelle zu beauftragender externer Sachverständiger Befund und Gutachten erstellen. Dies bleibt innerhalb der Anwaltschaft aber umstritten, da befürchtet wird,

dass es Naheverhältnisse zwischen Regulator und ehemaligen Monopolunternehmen gibt.

Mit der Kooperation BWB – Regulatoren gibt es gemischte Erfahrungen: Ob es zu einer Kooperation kommt, ist personen- und fallabhängig. So ist in Zusammenschlussfällen die Zusammenarbeit umfangreicher und typischerweise besser als bei Kartell- und Missbrauchsfällen.

Eine eigene Parteistellung der Regulatoren im gegenwärtigen System ist notwendig, wird aber nur selten in Anspruch genommen.

Zum Gedanken der Einführung von Beweiserleichterungen in der **Missbrauchsaufsicht** bestimmter Branchen, wird festgehalten, dass diese wohl definitorisch schwer zu fassen sein werden. Alternativ dazu sollte eher über eine Aufwertung des Untersuchungsgrundsatzes beim Kartellgericht sowohl bei Individual- als auch bei öffentlichen Verfahren nachgedacht werden. Hier gibt es in der Anwaltschaft aber unterschiedliche Auffassungen. Zum derzeitigen Stand der Rechtslage wird auf einen Aufsatz von Dr Jürgen Rassi zu den Ermittlungsmöglichkeiten im Zivilprozess verwiesen.

Jedenfalls darf es zu keinen reinen Erkundungsbeweisen kommen; im Grunde soll jeder Antragsteller alles was für seinen Rechtsstandpunkt spricht zunächst erheben. Es müssen vor allem die entscheidungsrelevanten Fakten aufbereitet und dem Gericht übergeben werden.

Es wird ausgeführt, dass die Wahrnehmung des Aufgriffsmessen durch die BWB überprüfbar sein sollte; auch wenn dies im Verwaltungsweg erfolgen müsste.

Die Durchführung des **Private Enforcements** im gegenwärtigen System stößt an die Grenzen der engen Rechtsprechung des OGH zum Feststellungsinteresse; in Zukunft sollte klargestellt werden, dass auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für die Stellung eines Feststellungsbegehrens ausreichen soll.

In einem künftigen Vollzugsmodell könnte dem Kartellgericht eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Beantwortung von Vorfragen zu kartellrechtlichen Schadenersatzprozessen zukommen; als Spezialgericht ist es zur Feststellung von Wettbewerbsverstößen regelmäßig besser geeignet. Dies könnte relativ einfach über die Antragsbefugnisse gem § 36 Abs 4 KartG geregelt werden. Auch sollten für die Feststellungsbefugnis für die Vergangenheit bei Individualanträgen die allgemeinen Voraussetzungen gemäß § 36 Abs 4 Z 4 KartG genügen.

Das Problem der Passing on Defence stellt sich so nicht, wendet man die bestehenden Regeln über den Vorteilsausgleich und die konkrete Schadenberechnung an.

Da es einerseits wenig kartellrechtliche Fälle gibt, andererseits die Entscheidungen nicht vollständig publiziert werden, könnte sich bei Son-

derbestimmungen im kartellrechtlichen Bereich, die sich von den sonst geltenden Grundsätzen entfernen, nur schwer eine gesicherte Dogmatik entwickeln. Zumindest sollten auch rechtskräftige Entscheidungen erster Instanz verfügbar gemacht werden. Es wäre sehr begrüßenswert, wenn die Anonymisierungsregeln überarbeitet würden.

Zu den von der EU-Kommission angedachten Verjährungsregeln ist festzuhalten, dass es dadurch zu einer zusätzlichen Verjährungsfrist kommt, die aber durchaus gerechtfertigt ist.

Dass die Anmeldungen in der **Fusionskontrolle** infolge der Anhebung der Schwellenwerte zurückgegangen sind, wird positiv bewertet. Dadurch kann sich die BWB auf die wirklich wesentlichen Fälle konzentrieren. In diesem Zusammenhang empfiehlt die Studienvereinigung, ebenso wie in Deutschland einen zweiten Inlandsumsatzschwellenwert einzuführen (wonach ein Zusammenschluss in Österreich nur anmeldebedürftig ist, wenn zwei beteiligte Unternehmen im Inland jeweils einen bestimmten Mindestumsatz erreichen). Die Erfahrung zeigt, dass dies die Unternehmen und die Behörden von sehr vielen Routinefällen entlasten würde, bei denen von vornherein keine wettbewerblichen Bedenken ersichtlich sind. Die Zahl der interessanten Fälle, die auf diese Weise einer Kontrolle entgingen, wird als verschwindend betrachtet.

Die Einführung einer MultiplikatorenVO für einzelne Branchen könnte eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes darstellen; § 18 KartG setzt hier sehr enge Grenzen.

Im Zusammenhang mit Medienzusammenschlüssen ist auf das Problem unbestimmter Gesetzesbegriffe hinzuweisen; Verweise auf das Mediengesetz reichen da oft nicht aus, hier sind Präzisierungen vorzunehmen (z.B.: Ist ein Internetprovider ein Medienunternehmen?).

Weiters sind die Regeln zur Medienvielfalt als *Austriaka* zu bezeichnen. Es wird auf das Spannungsverhältnis zwischen einer wettbewerbsökonomischen Beurteilung und der Evaluierung der Auswirkung eines Zusammenschlusses auf die Medienvielfalt hingewiesen. Wahrscheinlich wäre hier ein doppeltes Prüfverfahren besser, wobei die Medienvielfalt von einer getrennten Behörde zu beurteilen wäre.

Das bestehende Durchführungsverbot in der Fusionskontrolle ohne Ausnahme etwa für Übernahmeangebote ist ein Problem.

Die Dauer der Phase I der Fusionskontrolle in Österreich ist für materiell unbedenkliche Fälle zu lange.

Weiters wäre zu überlegen, die Tatbestände der österreichischen Zusammenschlusskontrolle mit jenen der EU-FKVO abzugleichen.

Grundsätzlich ist es praktisch unerheblich, ob der Marktbeherrschungstest als materiellrechtliches Prüfkriterium beibehalten wird oder auf den SLC-Test umgestellt wird. Jedenfalls ist die überzogene Bedeutung der

Marktbeherrungsvermutung nach dem KartG für die Fusionskontrolle zu diskutieren.

Die BWB sollte selber feststellen können, ob sie für einen bestimmten Zusammenschlussfall zuständig ist oder nicht. Wobei auch hier wieder eine Überprüfungsmöglichkeit einer solchen Entscheidung bestehen müsste.

Auch sollte im Gesetz ausdrücklich eine Heilung der Nichtigkeit in Folge Freigabe aufgrund einer nachträglich eingebrachten Anmeldung verankert werden.

Im Hinblick auf die Verbesserung des **Geldbußenverfahrens** sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Das kartellgerichtliche Geldbußenverfahren sollte an die Verfahrensgarantien von Art 6 und 7 MRK besser angepasst werden.
- Die gesetzlichen Vorgaben zur Geldbußenbemessung sind unzureichend, weil sie einen zu breiten Ermessensspielraum einräumen.
- Die Praxis der BWB vor Stellung eines Geldbußenantrags, weder rechtliches Gehör noch Akteneinsicht einzuräumen, verletzt die Waffengleichheit. § 13 WettG sollte überarbeitet werden.
- Vor allem im Geldbußenverfahren fehlt die Kontrolle der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung.
- Manche bereits vom OGH analog angewendeten strafrechtlichen Bestimmungen (z.B. mangelnde Strafwürdigkeit) sollten explizit in das Kartellrecht übernommen werden.
- Ein Geldbußenantrag sollte den Anforderungen einer strafrechtlichen Anklageschrift entsprechen (dh auch frühzeitige Bekanntgabe der Höhe der beantragten Geldbuße).
- Es sollten Leitlinien für Vergleichsverhandlungen mit der BWB ausgearbeitet werden.
- Eine doppelte Bestrafung nach KartG und StGB bzw VerbVG sollte explizit ausgeschlossen werden.

Manche **Ausnahmetatbestände** sollten gestrichen werden, da sie keine Relevanz mehr haben. Zur Frage, ob die Bagatellregelung an die De Minimis Regeln der EU angepasst werden soll, vertritt die Anwaltschaft unterschiedliche Auffassungen. Ebenso solle die Bestimmung über die Empfehlungskartelle aus Gründen der Klarstellung in einen eigenen Paragraphen verschoben werden.

Abschließend wird betont, dass der wichtigste Handlungsbedarf in der politischen Entscheidung besteht, ob man eine funktionierende Wettbewerbsaufsicht überhaupt haben möchte; untrennbar damit verbunden, sind die entsprechenden budgetären Vorkehrungen. Wenn das Geld nicht vom Staat aufgebracht werden kann, dann sollte man besser beim bestehenden System bleiben.

# Protokoll der 16. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 18.8.2009

## Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Georg Kovarik (ÖGB)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

## Expertengespräch mit Wolfgang Feiel (RTR; für den Fachbereich Telekommunikation)

### 1. Allgemeine Fragen:

Die Zielsetzung gemäß § 1 Telekommunikationsgesetz ist es, durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten. Gem § 2 TKG bleibt die Zuständigkeit der Kartellbehörden unberührt.

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte ist grundsätzlich dort ein Auslaufmodell, wo funktionierender Wettbewerb Einzug hält. Mit vermehrtem Wettbewerb wird in der Regel auch die Marktmacht einzelner Unternehmen bzw deren Missbrauchspotenzial geringer. Die Zusammenarbeit mit der BWB ist daher erforderlich und wird in Zukunft noch zunehmen, da in einzelnen Märkten die sektorspezifische Regulierung zurückgeht. Derzeit sind (national) noch 11 Telekom-Märkte (vormals 17) definiert. Sollen die „Früchte“ der Liberalisierung nicht gefährdet werden, so ist bei fehlender sektorspezifischer Wettbewerbsregulierung ein funktionierendes allgemeines Wettbewerbsrecht notwendig. Ein effektiver und effizienter Wettbewerbsrechtsvollzug muss daher gewährleistet sein. Hier besteht akuter Handlungsbedarf.

### 2. Organisationsrechtliche Aspekte

Die Ressourcenausstattung der **BWB** erscheint suboptimal. Es werden nicht alle Fälle mit der erforderlichen Intensität behandelt.

Generell fehlt aus Sicht der RTR bei der BWB ein Mittelbau. Durch

die Installierung z.B. einer Abteilungsleiterebene, die mit einem Generalisten besetzt werden könnte, können Grundsatzgespräche – losgelöst vom Einzelfall, für den weiterhin der Fachexperte zuständig sein soll – zu allgemeinen Themen geführt werden.

Infolge der bestehenden Ressourcenausstattung der BWB wird der **BKANw** als wichtige Unterstützung für Anliegen der RTR gesehen. In der konkreten Situation stellt sich diese Institution als nützliches Kooperationsinstrument dar, ebenso das 4-Augen-Prinzip. Die Arbeit der konkret handelnden Personen hat sich bewährt.

Die **RTR-GmbH** verfügt über zwei Fachbereiche: Rundfunk und Telekommunikation. Im Fachbereich Rundfunk sind ca 19 Personen, im Fachbereich Telekommunikation, der auch für die Postregulierung zuständig ist sind ca 57 Personen beschäftigt. Hinzu kommen ca 19 Personen aus den Servicebereichen (Allgemeine Verwaltung, Controlling, IT, Öffentlichkeitsarbeit etc). Die Bediensteten der RTR sind Angestellte nach dem Angestelltengesetz.

Es besteht kein allgemeines Gehaltsschema, sondern individuelle Gehaltsübereinkommen.

Innerhalb der RTR (beide Fachbereiche) sind folgende Abteilungen eingerichtet:

- Rechtsabteilung
- Volkswirtschaftliche Abteilung
- Betriebswirtschaftliche Abteilung
- Technische Abteilung
- Abteilung für Finanzen, Personal und IT
- Abteilung für Rundfunkfrequenzmanagement

Die RTR (Fachbereich Telekommunikation) verfügt über eigene Personalhoheit und wird zu mindestens  $\frac{1}{4}$  aus Bundesmitteln und zu ca  $\frac{3}{4}$  aus Beiträgen des Telekomsektors finanziert, wie dies im KOG auch geregelt ist. Das Selbe gilt sinngemäß für den Fachbereich Rundfunk.

Der Stellenplan wird von der Geschäftsführung der RTR festgelegt. Das Budget hierfür ist vom Aufsichtsrat zu genehmigen.

Es besteht ein Personalaustauschprogramm mit der BWB, welches auch schon genutzt wurde. So konnten Mitarbeiter der BWB für 1-2 Monate bei der RTR praktische Erfahrungen sammeln.

Die Erfahrung mit Auskunftsverlangen in der Telekom-Regulierung gem § 90 TKG ist positiv. Regelmäßig werden bestimmte Auskünfte durch die Betreiber ohne formalen Bescheid erteilt. In Einzelfällen waren auch Bescheide nach § 90 TKG zu erlassen.

Das Zusammenwirken zwischen RTR-GmbH und TKG als Art 133 Z 4 – Behörde mit nebenberuflichen Mitgliedern –gestaltet sich wie folgt:

Fälle (antragsgebundene sowie von der RTR zur amtswegigen Einleitung empfohlene) werden durch einen Berichterstatler der GmbH vorbereitet. Sodann wird durch die TKK beschlossen, ob ein Verfahren eingeleitet wird oder nicht. Danach wird über die grundlegenden Fragestellungen für die Sachverhaltsermittlung und die Entscheidung diskutiert. Amtssachverständige bereiten sodann ein Gutachten vor, welches im Gremium erörtert wird. Dieses Prozedere entspricht der VfGH-Judikatur, wonach die TKK das Ermittlungsverfahren leiten muss. Nach einer allfälligen mündlichen Verhandlung und unter Abwägung der eingelangten Stellungnahmen fasst die TKK (unter Einbeziehung der RTR samt Anhörung der Amtssachverständigen) einen Beschluss und beauftragt – unter Angabe der wesentlichen Erwägungen zur Beweiswürdigung und der Lösung der Rechtsfragen – die RTR mit der Vorbereitung eines Bescheidentwurfes. Grundsätzlich folgt die TKK in rd 90 % der Fälle den Vorschlägen der TKG.

Durch die kollegiale und einstimmige Beschlussfassung in der TKK ist gewährleistet, dass eine vielfältige Interessensabwägung vorgenommen wird, sodass es zu ausgewogenen Entscheidungen kommt. Durch das Einstimmigkeitsprinzip muss jedenfalls eine Entscheidung getroffen werden. Als positiv wird auch angesehen, dass ein Richter den Vorsitz in der TKK führt, was Interventionen reduziert.

Die Amtssachverständigen der RTR, die auch in eigenen Abteilungen eingegliedert sind, sind sowohl zur Befundaufnahme (allenfalls TKK-Bescheid, Daten an den Sachverständigen zu liefern) als auch zur Gutachtenserstellung berufen. In der Praxis gelingt es jedenfalls, die notwendige Distanz zwischen Behörde und Gutachter zu wahren. Da die Beweislast bei der Behörde liegt, gilt (mittelbar) auch der Grundsatz „in dubio pro reo“.

Auf die weiteren Fragen der Beiratsarbeitsgruppe antwortet Herr Feiel wie folgt:

### **Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?**

Die RTR/TKK verfügt über bestimmte Antragsrechte beim Kartellgericht, nicht aber bei der Fusionskontrolle. Ein derartiges Antragsrecht wäre für die Arbeit der RTR aber wesentlich. Derzeit findet man aber de facto im Einvernehmen mit der BWB tragbare Lösungen im Einzelfall. Obwohl das Antragsrecht erst einmal in einem Missbrauchsverfahren vor dem Kartellgericht in Anspruch genommen wurde, stellt schon alleine die Möglichkeit dazu ein Drohpotential dar, sodass Unternehmen von vornherein einlenken.

Die Handhabung des Aktenaustausches mit der BWB wird mangels einheitlichen Verständnisses über die gesetzlichen Regelungen bzw die Amts-

hilfe immer wieder problematisiert. Im Ergebnis muss die BWB bewerten, welche Aktenbestandteile die Regulierungsbehörden RTR/TKK für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Die Judikatur räumt im Verfahren vor der RTR/TKK eine umfassende Parteistellung ein, sodass auch Konkurrenten Zugang zu Beweismitteln und vertraulichen Unterlagen haben können.

### **Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden?**

Es wurde der Versuch unternommen, die Zusammenarbeit mit der BWB in einem Verwaltungsübereinkommen zu formalisieren. Nach Ansicht der BWB reicht allerdings eine Kooperation im Einzelfall aus.

Als Informationsdefizit wird angesehen, dass z.B. die Entscheidungen durch das Kartellobergericht den Regulatoren nur verzögert bekanntgegeben werden bzw sie von diesen nur durch Zufall erfahren. Diese Informationen sind für die RTR aber wichtig.

In den Niederlanden ist die Kooperation zwischen sektorspezifischer und allgemeiner Wettbewerbsbehörde ausgeprägter und formalisierter.

Ein „Haus der Regulierung“, ähnlich der deutschen Bundesnetzagentur ist vorstellbar, unter der Prämisse, dass die umfassend vorhandene Expertise in den derzeitigen Regulierungsbehörden nicht verloren geht. Zu beachten ist auch, dass die sektorspezifische Regulierung ex ante und der allgemeine Wettbewerbsvollzug ex post erfolgt.

**Wettbewerbsmonitoring:** Es findet ein laufendes Monitoring über die TK-Märkte durch die RTR statt. Daten (auch vertrauliche) werden von den Unternehmen quartalsweise übermittelt. Die RTR veröffentlicht diese Daten aggregiert und anonymisiert. Dieser Datenbericht wird von der interessierten Öffentlichkeit und vom TK-Sektor häufig nachgefragt und findet Anerkennung als fundierte Grundlage über die Situation der Märkte.

## **Protokoll der 17. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirats für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 18.08.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner (BAK)

Georg Kovarik (ÖGB)

Ingrid Schopf (IV)

Theodor Taurer (WKÖ, Rp)

## **Expertengespräch mit Wolfgang Urbantschitsch (E-Control)**

### **1. Allgemeine Fragen:**

Die Regulierungsbehörde ist eine sektorspezifische Wettbewerbsbehörde. Sie hat die Aufgabe, ex ante Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, die Märkte zu öffnen und zu begleiten, sowie faire Marktbedingungen zu schaffen. Bei Marktmissbrauch ist es ihr auch möglich, berichtigend einzugreifen.

Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist eine enge Kooperation mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden notwendig und sinnvoll. Der ehemalige Generaldirektor für Wettbewerb Dr Barfuß war (und ist) im übrigen sogar auch zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Energie-Control GmbH. Notwendig sind abgestimmte Maßnahmen. Als weiterer Beitrag für eine reibungslose Zusammenarbeit ist auch ein Personalaustauschprogramm zwischen E-Control und BWB durchgeführt worden. So war die E-Control mittels eines zeitweise der BWB zugeteilten ECG-Mitarbeiters auch intensiv zum Thema „Treibstoffe“ bei der BWB eingebunden.

Die E-Control verfügt über näher bestimmte Antragsrechte nach dem Kartellgesetz, von denen bisher noch kein Gebrauch gemacht wurde (mit den sektorspezifischen Instrumenten konnten die Fälle bereits gelöst werden), dies ist aber für die Zukunft nicht auszuschließen. Kein Antragsrecht besteht bei der Fusionskontrolle. Ein derartiges Antragsrecht den Regulatoren zu übertragen wäre ein Anliegen der E-Control.

Gem § 10 Energie-Regulierungsbehördengesetz (E-RBG) kann die Energie-Control GmbH im Rahmen ihrer Aufsichts- und Überwachungsaufgaben gemäß Abs 1 einen Marktteilnehmer mit Verfahrensordnung auffordern, einen der Rechtsordnung entsprechenden Zustand wiederherzustellen. Kommt der Verpflichtete dieser Aufforderung inner-

halb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die Behörde mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes zu verfügen. In der Praxis konnten viele Fälle ohne Bescheid zur Bereinigung gebracht werden. In den Beschwerdeverfahren, die bescheidmäßigen Erledigungen folgten, war die E-Control praktisch immer erfolgreich.

## 2. Organisationsrechtliche Aspekte

**BWB:** Zu begrüßen wäre eine Organisationsstruktur, die es ermöglicht, dass kurzfristig Abstimmungen vorgenommen werden, ohne dass dabei der Generaldirektor jede Entscheidung persönlich zu treffen hat. So könnten Zwischenerledigungen/-entscheidungen etwa von Abteilungsleitern getroffen werden.

Aufgrund des Ressourcenmangels agiert die BWB dzt zuweilen eher zurückhaltend, die Kooperation mit den Regulatoren bietet sich daher an.

**BKANw:** Mit dem BKANw funktioniert die Zusammenarbeit sehr gut. Die e-control wird oftmals von ihm – noch bevor dies die BWB macht – involviert. Es erfolgt regelmäßig eine Abstimmung über die gemeinsame Vorgehensweise, wobei beiderseitiges Know-how wichtig ist. Die Zusammenarbeit erfolgt eher bilateral, also zwischen e-control und BKA.

**E-control:** Die E-Control verfügt über 75-80 Mitarbeiter, die Angestellte nach dem Angestelltengesetz sind. Sie verfügt über Personalhoheit. Das Budget muss vom Aufsichtsrat (vom BMWJF und BMF bestellte Vertreter) genehmigt werden. Die relative Budgetautonomie ist wichtig und hat den Vorteil, dass man durch die Personalauswahl Schwerpunkte setzen kann. Beim Gehalt ist man flexibler und man hat auch leistungsbezogene Bestandteile vorgesehen, auch damit Experten nicht sofort von den regulierten Unternehmen abgeworben werden.

Die E-Control verfügt über 8 Abteilungen (Strom, Gas, Volkswirtschaft, Recht, Tarife, Administration, IT und Ökostrom) und zwei Fachbereiche (Endkunden und Internationales).

Das Zusammenspiel zwischen E-Control GmbH und EC-Kommission (ECK) gestaltet sich wie folgt:

Die Vorgaben des VfGH hinsichtlich Verfahrensführung werden eingehalten. Der Einleitungsbeschluss, das Ermittlungsverfahren und weitergehende Beschlüsse müssen jedenfalls von der ECK getroffen werden.

Die Missbrauchsaufsicht liegt bei der GmbH, in 80 % der Fälle kann der Missbrauch ohne Bescheid abgestellt werden. Im VwGH ist der Senat 5 für Energiefälle zuständig. Die Rechtskontrolle durch den VwGH wird als positiv angesehen. Die Erkenntnisse sind inhaltlich sehr umfangreich, auch die Dauer ist kein Problem.

Derzeit gibt es die Berufungsmöglichkeit gegen Bescheide der GmbH an die ECK. Dies bedeutet aber eine Verfahrensverlängerung und die Mitarbeiter der ersten Instanz dürfen in der Berufung nicht mitwirken, sodass organisatorische Vorkehrungen getroffen werden müssen. Es wäre von Vorteil, wenn der Rechtszug von der GmbH direkt an den VwGH offen steht, oder aber künftig an das Bundesverwaltungsgericht..?

Derzeit sind die durch die E-Control vorzunehmenden Rechnungsprüfungen wegen der Preiserhöhungen im Steigen begriffen. Auffällig ist auch, dass die Unternehmen teilweise sehr unsensibel bei sozial schwachen Kunden agieren. So werden von manchen Unternehmen z.B. Euro 9 für die Erarbeitung eines Ratenplanes verlangt. Auch die Abschaltungsgebühren sind überhöht.

Die Öffentlichkeitsarbeit wird als besonders wichtig angesehen.

Auf die weiteren Fragen der Beiratsarbeitsgruppe antwortet Herr Urbantschitsch wie folgt:

### **Welche Rolle sollen Ihrer Meinung nach die Regulierungsbehörden im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht spielen?**

Das 3. EU-Energiebinnenmarktpaket, welches unlängst von der EU-Kommission verabschiedet wurde (ABl L 211 vom 14.8.2009), sieht vor, dass Regulierungsbehörden auch abschreckende Maßnahmen verhängen oder beantragen sollen, wobei die Höchstbußgelder mit 10 % des Umsatzes definiert werden. Eine Verwaltungsbehörde kann eine derartige Strafhöhe nicht verhängen, es sollte daher – jedenfalls ab einer bestimmten Höhe – ein Gericht, am ehesten wohl das Kartellgericht für diese Tatbestände zuständig sein. Dieses Antragsrecht auf Bußgeld könnte dann je nach verwirklichten Tatbestand auch für Missbrauchsverfahren nach der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht gelten. Eine Trennung wäre hier nicht mehr zweckmäßig.

Im Fall von Kartellen sollte aber eher die Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden gestärkt und formalisiert werden. Als Beispiel seien Mehraufwendungen für Ökostrom genannt. Obwohl dieser nach den eigenen Kosten zu kalkulieren ist, haben die wesentlichen Player gleiche Aufschläge verlangt. Damals haben die BWB und ECG gemeinsame Ermittlungen vorgenommen; das Einschreiten der Behörden hat zumindest bewirkt, dass die Gleichförmigkeit der Berechnungen beendet wurde.

Weiters wird nach den neuen Gemeinschaftsvorgaben eine europäische Regulierungsagentur eingerichtet werden, bei der die Mitglieder der nationalen Regulatoren einen Sitz haben. Der Regulierungsagentur werden vor allem grenzüberschreitende Aufgaben zugewiesen werden.

Die derzeitige Konstruktion E-Control GmbH und ECK wird wohl aufgrund der EU-Vorgabe, dass es nur eine Regulierungsbehörde zu ge-

ben hat, zu überdenken sein. Das 3. EU- Energiebinnenmarktpaket gibt weiters vor, dass die Behörde weisungsfrei sein muss. Das Weisungsrecht des Ministers an die E-Control GmbH muss daher abgeschafft werden.

Als sinnvolle Konstruktion bietet sich an, die Regulierungsbehörde als Körperschaft öffentlichen Rechts ähnlich der FMA einzurichten. Anders als bei der FMA mit 2 Vorständen, sollte bei der „E-Control neu“ ein Vorstand und eine Kommission als Spruchkörper eingerichtet werden. Sinnvoll erscheint es auch, einen Richter in die Kommission zu entsenden. Dies stärkt die Unabhängigkeit und es ist schwieriger, Einfluss auf Entscheidungen zu nehmen. Die weitere Zusammensetzung sollte ausgewogen sein. Bei einer 4-er Konstellation könnte auch eine Mehrheitsentscheidung angedacht werden. Mehr als vier Mitglieder sollte die Kommission aber nicht umfassen. Eine Aufgabenteilung zwischen Kommission, die über civil rights und die Streitschlichtung beurteilen soll, und dem Vorstand, welcher sich technischer oder wirtschaftlicher Sachverhalte annimmt, ist sinnvoll.

### **Wie sehen Sie gegenwärtig das Zusammenspiel der Regulierungsbehörden mit den allgemeinen Wettbewerbsbehörden?**

Die Zusammenarbeit mit der BWB funktioniert derzeit gut. Eine gewisse Formalisierung in der Zusammenarbeit wäre aber vorteilhaft. Grundsätze dazu sollten gesetzlich geregelt werden, so z.B. Datenaustausch, Amtshilfe etc. Dies ist auch aufgrund der neuen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben notwendig. Darüber hinaus könnte etwa in einem Verwaltungsübereinkommen geregelt werden, wie die Aufgaben abgesteckt und das Prozedere erfolgen soll. Die E-Control verfügt derzeit über kein Antragsrecht bei Zusammenschlussverfahren, tritt aber für ein solches ein. In der Praxis werden die Anmelder aber von den Wettbewerbsbehörden angehalten, auch dem Regulator die Zusammenschlussanmeldung zukommen zu lassen. Dies trägt jedenfalls zur Beschleunigung des Verfahrens bei.

**Wettbewerbsmonitoring und Preisvergleiche:** Die E-Control veröffentlicht verschiedenste statistische Daten, unter anderem ein monatliches Preismonitoring in Bezug auf Endkundenpreise. Auch ein europaweiter Städtevergleich wird vorgenommen. Die Erhebungen sind allerdings alle statistischer Natur, sodass ein Wettbewerbsmonitoring auf Basis dieser Daten definitionsgemäß nicht möglich ist, da dem internen Monitoring Team lediglich anonymisierte Daten zur Verfügung gestellt werden können. Die aktuellen Bestimmungen zur Erhebung von Verwaltungsdaten sind sehr allgemein gehalten und ermöglichen es den Unternehmen, konkrete Auskünfte im Wettbewerbsbereich zu verweigern. Eine Spezifizierung der Erhebungsmöglichkeiten wird befürwortet. Dadurch stünden E-Control und BWB auch wettbewerbsrelevante Daten zur Verfügung.

## **Protokoll der 18. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 14.09.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner

Ingrid Schopf

Dirk Matthias Kaufmann

Theodor Taurer

### **Expertengespräch mit Christine Maimann (Richterin des Oberlandesgerichtes Düsseldorf) in Düsseldorf**

Der **organisatorische Aufbau im OLG Düsseldorf** in Kartellsachen gestaltet sich wie folgt:

Es gibt 4 Kartellsenate, diese setzen sich jeweils aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern zusammen. Die Zuständigkeit der Senate umfasst Kartellverwaltungssachen, Kartellbußgeldsachen und Kartellzivilsachen. Die Zuständigkeit des OLG ist jedenfalls in Kartellverwaltungssachen und Kartellbußgeldsachen als Rechtsmittelgericht nach einer Entscheidung des BKANw vorgesehen. Bei Entscheidungen der Landeskartellbehörden bzw bei Kartellzivilsachen entscheidet sich die Zuständigkeit nach dem Sprengel.

Das OLG Düsseldorf ist erst seit 1990 mit Kartellverwaltungssachen als Beschwerdeinstanz gegen Entscheidungen des BKANw betraut, davor waren das Kammergericht Berlin und das BKANw (ebenfalls Berlin) zuständig.

Laufende Diskussionen in Deutschland:

- Die Zuständigkeit für Kartellverwaltungssachen wird nicht inhaltlich aber wegen rückläufiger Eingangszahlen bei den Verwaltungsgerichten hinterfragt.
- Diskutiert wird auch, den Sektor Energie den Verwaltungsgerichten zu überlassen (jetzt 3. Senat des Kartellgerichts). Instanzenzug in Deutschland: Verwaltungsbehörde – VwGH I Instanz (Besetzung durch Richter) – OVG – BVwGH

**Ausbildung:** Die Qualifikationen eines Volljuristen (2. Staatsexamen) in Deutschland unterscheiden sich wesentlich von der universitären Ausbildung in Österreich. Es gibt praktisch keinen Unterschied zwischen Verwaltungs- und Justizjuristen, die Ausbildung umfasst alle juristischen

Bereiche. Es stellt daher für die Richter des OLG kein Problem dar, die verschiedenen Prozessrechte und Materien Gesetze gleichermaßen anzuwenden.

**Bußgeldverfahren:** Im Bußgeldverfahren ist das BKANw nicht Partei im formellen Sinn, der Fall wird dem Generalstaatsanwalt übergeben. Die Beamten haben bei der Verhandlung ein Recht auf Anhörung.

Da im Verfahren vor dem OLG kein Neuerungsverbot besteht, können die Parteien sowohl Sachverhalte als auch Beweismittel neuerlich vorbringen.

Soweit im GWB nicht etwas anderes bestimmt ist, gilt für Kartellverwaltungssachen ergänzend das Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung. Für Kartellbußgeldverfahren gilt das OrdnungswidrigkeitenG, dieses entspricht dem österreichischen VStG und verweist in weiten Teilen auf die StPO.

Das OLG kann nach der aktuellen Rechtslage Geldbußen bis zu einem Höchstbetrag von 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängen, weiters ist auch eine Vorteilsabschöpfung vorgesehen. Nach alter Rechtslage musste für den Bußgeldrahmen der durch den Kartellverstoß erzielte Mehrerlös bestimmt werden. Für die notwendige Berechnung des Mehrerlöses wurde in einem Fall ein Sachverständigen-gutachten eingeholt. Die Höhe des Mehrerlöses kann durch das Gericht geschätzt werden.

**Akteneinsicht:** Im Verfahren vor dem OLG gibt es keine Akteneinsicht für nicht am Verfahren beteiligte Dritte. Nach Abschluss des Verfahrens können Dritte Akteneinsicht verlangen, wenn sie hieran beispielsweise wegen der Vorbereitung eines nachgestellten Schadenersatzprozesses ein berechtigtes Interesse haben.

Im Bußgeldverfahren gibt es keinen Schutz von „Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen“, es gilt das Öffentlichkeitsprinzip: Von Beteiligten kann der gesamte Akt eingesehen werden. In den Kartellverwaltungssachen ist dies allerdings nicht der Fall. Das BKANw kann per Auskunftsbefehl Informationen einholen und erstellt 2 Akte, eine vertrauliche und eine „offen“ Version. Das BKANw kann die Einsicht auch verweigern.

Gem § 72 Abs 2 Satz 4 GWB (Akteneinsicht) kann das Beschwerdegericht die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, nach Anhörung des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluss anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. Dieses „Zwischenverfahren“ kommt allerdings nur selten zur Anwendung.

Neue Entscheidung des OLG: Das Gericht nimmt keinen Einblick in die Akten sondern nur in den Endbericht des BKAAnw, ohne Kontrolle der Richtigkeit des Inhalts. Diese wird nur auf Antrag des Beschwerdeführers hinterfragt.

**Sachverständige:** Im Regelfall werden keine Sachverständigen in Verwaltungssachen herangezogen, die Ermittlungen des BKAAnw sind auf Grund dessen Kompetenz und Know-how ausreichend. Privatgutachten kommen allerdings vor. Sollte der ermittelte Sachverhalt des BKAAnw für eine Entscheidung völlig unzureichend sein wird die Beschwerde Erfolg haben.

**Entscheidungen des OLG:** Bei erfolgreicher (Anfechtungs-) Beschwerde gegen einen Bescheid des BKAAnw wird der Bescheid durch das Beschwerdegericht aufgehoben. Das Kontrollverfahren vor dem OLG Düsseldorf über die Verfügungen des BKAAnw sind echte Akte der Verwaltungsgerichtsbarkeit und stellen keine bloße „sukzessive Kompetenz“ dar. Das OLG entscheidet kassatorisch.

Entscheidungen werden durch das OLG in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüft, dabei werden auch gesetzliche Änderungen, die zwischen der Entscheidung des BKAAnw und der Beschwerde beim OLG stattgefunden haben, berücksichtigt.

Eine Ausnahme stellt die Freigabeentscheidung in einem Fusionskontrollverfahren dar, hier wird auf den Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde abgestellt. Bei einer (Verpflichtungs-) Beschwerde wird die Entscheidung aufgehoben und es wird ein Beschluss erlassen, die Sache unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes neu zu entscheiden.

Entscheidungen des OLG in Bußgeldverfahren sind für nachfolgende Schadenersatzklagen bindend. Entscheidungen werden in einer geschwärtzten Fassung (Namen und Geschäftsgeheimnisse) ins Internet gestellt bzw juristische Verlage veröffentlichen den Leitsatz.

Verfahren des OLG dauern je nach Belastung der einzelnen Senate vom Eingang bis zur Entscheidung im Durchschnitt 1 Jahr, die Entscheidung des BGH im Falle einer Rechtsbeschwerde 1-2 Jahre.

Beschwerden bei Kartellverwaltungssachen haben keine aufschiebende Wirkung, außer bei in § 64 GWB aufgezählten Ausnahmen. § 65 Abs 3 GWB normiert das Recht des Beschwerdeführers, einen Antrag an das OLG auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu richten.

Zwischen dem OLG und dem BKAAnw können sogenannte „Stillhalteübereinkommen“ geschlossen werden mit dem Inhalt, dass die mit der Beschwerde angefochtene Verfügung bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht vollzogen wird.

## **Protokoll der 19. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“ am 15.09.2009**

### Anwesend:

Ulrike Ginner

Ingrid Schopf

Dirk Matthias Kaufmann

Theodor Taurer

### **Expertengespräch mit Vertretern des Bundeskartellamtes (Markus Lange, Konrad Ost und Markus Wagemann) in Bonn**

**Zur Institution des Bundeskartellamtes (BKartA):** Der Präsident des BKartAes regelt die Verteilung und den Gang der Geschäfte des BKartAes durch eine Geschäftsordnung. Sie bedarf der Bestätigung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Die Entscheidungen des Bundeskartellamtes werden von den Beschlussabteilungen getroffen, die nach Bestimmung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gebildet werden.

Die Beschlussabteilungen sind das Fundament des BKartA. Eine Beschlussabteilung setzt sich aus dem Vorsitzenden und 2 Beisitzenden zusammen. Diese agieren weisungsfrei und, die Leitung des BKartA hat keinen Einfluss auf die Beschlüsse. Die Leitung wird über die Beschlüsse informiert (Koordinierungsgremium 1x die Woche) kann aber keine Entscheidung beeinflussen. Der Geschäftsverteilungsplan nach dem die Beschlussabteilungen eingerichtet sind, orientiert sich hauptsächlich an einer Branchenzuteilung. Die Geschäftsverteilung wird vom Präsidenten erlassen und darf nur mit Zustimmung des BMWT geändert werden. Die Mitarbeiter des BKartA sind Beamte auf Lebenszeit.

### **Zum Verhältnis des Bundeskartellamtes zu anderen Institutionen:**

#### *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie:*

Das BKartA gehört zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Es ist jedoch eine selbständige Bundesoberbehörde – mit dem Sitz in Bonn.

### *Allgemein zu den Regulierungsbehörden:*

Die Kartellbehörden, Regulierungsbehörden sowie die zuständigen Behörden im Sinne des § 2 des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes können unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwerten. Beweisverwertungsverbote bleiben unberührt.

Es gibt 1 bis 2mal im Jahr ein formloses Zusammentreffen.

Die Kartellbehörden arbeiten auch im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, der Deutschen Bundesbank und den Landesmedienanstalten zusammen.

### *Bundesnetzagentur:*

Die Bundesnetzagentur hat die Aufgabe, für die Einhaltung des Telekommunikationsgesetzes (TKG), Postgesetzes (PostG) und des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und ihrer Verordnungen zu sorgen. Damit gewährleistet sie die Liberalisierung und Deregulierung der Märkte Telekommunikation, Post und Energie durch einen diskriminierungsfreien Netzzugang und effiziente Netznutzungsentgelte.

Neben der Regulierung hat die Bundesnetzagentur im Telekommunikations-, Post- und Energiemarkt noch weitere Aufgaben, wie die Vergabe von Lizenzen im Postbereich, die Verwaltung von Frequenzen und Rufnummern, die Bekämpfung des Missbrauchs von Rufnummern oder die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas.

### *Monopolkommission :*

Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium (Hauptgutachten, Sondergutachten) für die Bundesregierung auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik und Regulierung. Die Angelegenheiten der Monopolkommission sind in den §§ 44- 47 GWB geregelt.

### *Landeskartellämter:*

Das BKartA nimmt die übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. In allen übrigen Fällen nimmt diese Aufgaben und Befugnisse die nach Landesrecht zuständige Oberste Landesbehörde wahr.

Leitet das BKartA ein Verfahren ein oder führt es Ermittlungen durch, so benachrichtigt es gleichzeitig die Oberste Landesbehörde, in deren Gebiet die betroffenen Unternehmen ihren Sitz haben. Und umgekehrt: Leitet eine Oberste Landesbehörde ein Verfahren ein oder führt sie Ermittlungen durch, so benachrichtigt sie gleichzeitig das Bundeskartellamt.

### *Ministererlaubnis:*

Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist (Ministererlaubnis). Hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs des GWBs zu berücksichtigen. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird. Das Ministerium führt in diesen Angelegenheiten ein vollkommen eigenständiges Verfahren durch.

Vor der Entscheidung ist ein Sondergutachten der Monopolkommission einzuholen und den Obersten Landesbehörden, in deren Gebiet die beteiligten Unternehmen ihren Sitz haben, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Verfahren ist transparent ausgestaltet, so muss die Entscheidung des Ministers öffentlich gemacht werden. Tatsächlich wird dieses „Ventil“ nur in besonderen Ausnahmefällen angewandt.

**Zur juristischen Ausbildung in Deutschland:** Als Volljuristen bezeichnet man in Deutschland Juristen, die die Befähigung zum Richteramt haben, die also nicht nur das Studium der Rechtswissenschaft mit dem 1. Staatsexamen abgeschlossen haben, sondern auch eine praktische Ausbildung in verschiedenen Stationen unter der Ägide eines Oberlandesgerichts („Referendariat“, jur Vorbereitungsdienst) durchlaufen und anschließend das 2. Staatsexamen abgelegt haben.

**Personalpolitik:** Das BKartA beschäftigt überwiegend Juristen und Ökonomen. 40 % bis 50 % der Mitarbeiter haben die Besoldung des Höheren Dienstes. Wettbewerbsrechtliche Vorkenntnisse sind erwünscht, aber nicht notwendig. Neuen Mitarbeiter erhalten eine interner Schulung und auch eine zielgenaue Unterstützung bei Ihrer Einarbeitung. Eine kriminaltechnische Ausbildung erhalten die Mitarbeiter des BKartA nicht.

**Zur Gewaltenteilung:** Die Unabhängigkeit der Mitglieder der Beschlussabteilungen ist durch ihre öffentlichrechtliche Anstellung als Beamte gewährleistet. Der Vorsitzend einer Beschlussabteilung ist dem höchsten Beamtendienst in Deutschland zuzurechnen und kann besoldungsmäßig die höchstmögliche Stufe der Beamtenkarriere erreichen (A 16).

Die Beschlussabteilungen sind das Fundament des BKartA. Hier werden die Fälle formal begonnen, bearbeitet und auch entschieden.

Die Grundsatzabteilungen und die Prozessabteilung werden beratend jeweils im Einzelfall hinzugezogen. Die Prozessabteilung wahrt den Rechtsstandpunkt des BKartA vor den Rechtsmittelgerichten.

**Zum Verfahrensrecht:** Neben den Verfahrensbestimmungen des GWB spielen auch folgende Rechts spielen auch folgende Rechtsbereiche eine wesentliche Rolle: Strafrecht, Zivilrecht, Gesellschaftsrecht und Verwaltungsrechtskontrolle.

Das BKartA ist für den Vollzug des Rechtes gegen unlauteren Wettbewerb nicht zuständig.

Beschwerdeführer haben kein Recht auf Erlangung einer Entscheidung durch das BKartA.

Wesentlichste Untersuchungsbefugnisse des Bundeskartellamtes sind die Auskunftsverlangen und Hausdurchsuchungen sowie die Beschlagnahme von Beweismittel. Die letzteren Instrumente erfordern eine richterliche Genehmigung (bei Gefahr im Verzug auch im Nachhinein möglich)

**Zum Rechtsmittelverfahren:** Im Verfahren vor dem OLG Düsseldorf besteht kein Neuerungsverbot. Im Bußgeldverfahren ergibt sich eine sukzessive Kompetenz, das OLG entscheidet hier meritorisch.

**Zur Fusionskontrolle:** Die Anmeldungen sind nicht ausufernd und stimmen gut mit den Kapazitäten des BKartA überein. Daher ist die Verfahrensdauer im Regelfall kurz.

Es gibt keine feste Wertuntergrenze. Der Fall „Allianz“ ist hier zu nennen, November 2008: Die Commerzbank AG (Commerzbank) beabsichtigte, mittelbar sämtliche der von der Allianz SE (Allianz) gehaltenen Anteile an der Dresdner Bank AG (Dresdner Bank) zu erwerben.

Zum Tatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses ist anzumerken:

Dieser Tatbestand wurde zunächst 1990 als nachträgliche Fusionskontrolle in das GWB aufgenommen. Zahlreiche Entscheidungen haben den Unternehmen Rechtssicherheit gegeben, sodass der Tatbestand ab 1999 in die präventive Fusionskontrolle übergeführt werden konnte. Bei rund 20 % Beteiligung kann man von einem wettbewerblich erheblichen Einspruch sprechen, darunter kommt es auf zusätzliche Sachverhaltselemente insbesondere auf die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung an. Der letzte bedeutende Fall einer Untersagung die Beteiligung von A-Tec an der Norddeutschen Affinerie AG in Höhe von 13,75 % . Ausschlaggebend dafür war der Umstand, dass die anderen Aktionäre reine Finanzbeteiligungen darstellten und nur A-Tec im operativen Geschäft tätig war, der wettbewerblich erhebliche Einfluss wurde daher bejaht und die Fusion wegen der Gefahr der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt.

**Zur Beweislastumkehr in der Missbrauchskontrolle (§ 29 GWB):** Hintergrund für diese Bestimmung ist die Marktliberalisierung des Energiesektors. Von der Bestimmung sind alle Märkte, so auch die Endkundenmärkte umfasst. Anfang 2008, wurden wegen gestiegener Gaspreise im Endkundenmarkt 20-30 Verfahren eingeleitet. Es konnte ohne Verfügung eine Einigung erzielt werden. Die Unternehmen verpflichteten sich auf eine Rückerstattung in 2-stelliger Millionenhöhe und verzichteten auf ausstehende Preiserhöhungen. Insgesamt konnten dadurch rund 130 Mio. Euro zugunsten der Endkunden erwirkt werden. Die Regelung ist als Ausnahme für den Energiesektor gedacht und befristet für den Zeitraum des Überganges zum Wettbewerbsmarkt erlassen worden. Für die Phase des Übergangs ist Sie eine schnelle und effiziente Anwendung um einen preisbezogenen Missbrauch (Ausbeutung) zu beheben. Man muss allerdings einen Vergleichsmarkt herziehen (können).

Als generelle Ausnahme für den Marktmachtmissbrauch wird die Beweislastumkehr als problematisch angesehen, bei preisbezogenem Missbrauch ist dies eher vorstellbar. Für die in der Liberalisierungsphase befindlichen Sektoren ist die Regelung relativ unbestritten.

**Protokoll der 20. Sitzung der Arbeitsgruppe des Beirates für Wirtschafts- und Sozialfragen „Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich“: Minutes of the visit of the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) on 16.09.2009**

present:

Ulrike Ginner

Ingrid Schopf

Dirk Matthias Kauffmann

Theodor Taurer

**Exchange of opinions with József Sárai, Cecília Balog, Augusztá Doman**

As stated in Art 33 (1) of the Hungarian Competition Act (HCA) GVH “is a public, budgetary institution which constitutes a separate chapter in the central budget, the sums of total expenditure and total income of which may be reduced only by Parliament”. Although the Ministry of Finance prepares the draft legislation for the budget, the budgetary needs of GVH are regulated in a separate chapter, which is coordinated between the Ministry and the president of GVH. Although GVH is generally responsible to the government, it is completely independent in its decision taking powers. The general efforts of government in cutting administrative costs naturally put pressure on the authority. An additional amount of app. 5 % of the previous year fines is granted to GVH in order to promote competition culture in Hungary.

The independence of GVH is guaranteed by the strong position of its president (Art 36 HCA), the comprehensive rules of incompatibility (Art 40 HCA) and the rules concerning the members of the decision taking body of GVH (Art 37 and 38 GVH, status as civil servant, 6 years term of service, limitation of reappointment, de facto not dismissible).

GVH follows administrative procedures and applies by character administrative law. Proceedings are started ex officio; there are only few complaints by third parties, which might be put forward formally or informally.

GVH is roughly organized in two branches, each one is headed by one Vice-president: the Competition Council and Investigation Sections. Both branches are strictly separated in order to protect the independence of the Competition Council, although working in the same building.

The different kinds of **investigative sections/units** are displayed in the organigram. The heads of unit distribute the cases to the case-handlers. Depending on the complexity of cases the team up to four case handlers; they are supported by experts from the Chief Economist. Investigations including dawn raids are carried out by investigation team itself. At the beginning of an investigation the main case handler has to produce a **Concept**, which comprises the main facts of a case and the preliminary assessment. All Concepts are circulated within GVH including the Vice-Presidents office and the Competition Council. Informal guidance from the Competition Council may be given. In order to prepare the decision taking process of the Competition Council all relevant results of an Investigation are gathered in a **Report** which is forwarded to the Competition Council.

Roughly half of the overall caseload of GVH is stemming from the 2003 newly introduced Consumer Protection Unit. GVH employs staff of app 120 civil servants.

Decisions are taken by the 7 member panel of the **Competition Council**; two members are preparing the draft decision. Decisions of the Competition Council may be appealed to the Municipal Court of Budapest. The legal remedy procedure is administrative by character. The Municipal Court acts as administrative court. A special Court Representation Section (3 persons) defends the appealed decisions through the appellate procedure. The court proceedings are described in chapter XIV of the HCA.

# PUBLIKATIONEN DES BEIRATS FÜR WIRTSCHAFTS- UND SOZIALFRAGEN

(\* = vergriffen)

1*	Untersuchung über die Preis- und Einkommensentwicklung (1964) .....	vergriffen
2*	Stabilisierungsprogramm (1964).....	vergriffen
3	Vorschläge zur Neugestaltung der Budgetpolitik (1964) .....	€ 0,80
4*	Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik, 1. Teil (1964).....	vergriffen
5	Vorausschätzung des österreichischen Arbeitskräftepotentials bis 1980 (1965).....	€ 0,80
6	Vorschau auf die österreichische Wirtschaft im Jahre 1966 (1965).....	€ 0,80
7	Empfehlungen zur Budgetpolitik (1965) .....	€ 0,80
8*	Vorschläge zur Koordinierung und Stabilisierung in der Bauwirtschaft (1966) .....	vergriffen
9*	Die Erscheinungen des grauen Marktes und ihr Zusammenhang mit den Formen der Preisbildung (1966) .....	vergriffen
10	Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik, 2. und 3. Teil (1966) .....	€ 1,80
11*	Zweite Vorausschätzung des österreichischen Arbeitskräftepotentials bis 1980 (1968) ....	vergriffen
12	Vorschläge zur Kapitalmarktpolitik, 4. Teil (1968) .....	€ 0,80
13*	Untersuchung des Preis- und Kostenauftriebes in Österreich (1968) .....	vergriffen
14	Bericht über Teilzeitbeschäftigung (1968) .....	€ 0,80
15*	Untersuchung über die Probleme der Arbeitszeitverkürzung (1969) .....	vergriffen
16	Budgetvorschau 1970–1974 (1970) .....	€ 0,80
17	Vorschläge zur Industriepolitik (1970).....	€ 1,40
18	Empfehlungen zur Verbesserung der Konjunkturdiagnose (1971) . .....	€ 0,80
19*	Budgetvorschau 1971–1975 (1971) .....	vergriffen
20*	Untersuchung über die Abwanderung von Arbeitskräften aus Österreich nach Süddeutschland und in die Schweiz (1972) .....	vergriffen
21	Gutachten über den Preis- und Kostenauftrieb (1972) .....	€ 1,80
22*	Vorschläge zur regionalen Strukturpolitik (1972) .....	vergriffen
23*	Die Verträge mit den Europäischen Gemeinschaften (1972) .....	vergriffen
24	Klein- und Mittelbetriebe in Wachstumsprozeß (1973) .....	€ 1,80
25	Frauenbeschäftigung in Österreich (1974) .....	€ 2,60
26*	Budgetvorschau 1974–1978 (1974) .....	vergriffen
27	Probleme der Umweltpolitik in Österreich (1976) .....	€ 1,50
28*	Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes ausländischer Arbeitskräfte (1976) .....	vergriffen
29	Qualitative Aspekte der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung (1976) .....	€ 2,70
30	Budgetvorschau 1976–1980 (1977) .....	€ 2,70
31*	Empfehlungen zur Verbesserung der Statistiken zur Einkommensverteilung (1977) .....	vergriffen
32	Vorschläge zur Industriepolitik II (1978) .....	€ 3,60
33	Budgetvorschau 1978–1982 (1978) .....	€ 2,70
34	Kurz- und mittelfristige Fragen der Zahlungsbilanzentwicklung (1978) .....	€ 5,80
35	Die statistische Differenz in der österreichischen Zahlungsbilanz (1979) .....	€ 2,90
36	Längerfristige Arbeitsmarktentwicklung (1980) .....	€ 4,70
37	Budgetvorschau 1980–1984 (1980) .....	€ 2,90
38	Bericht zur Zahlungsbilanz (1980) .....	€ 2,90
39	Mittelfristige Finanzplanung (1981) .....	€ 4,10
40	Wohnbau (1981).....	€ 4,90
41	Längerfristige Aspekte der Energieversorgung (1982) .....	€ 5,80
42	Untersuchung ausgewählter Ausgabenbereiche des Bundeshaushalts (1982) .....	€ 4,80
43	Budgetvorschau 1982–1986 (1982) .....	€ 3,20
44	Methoden der Politikberatung im wirtschaftspolitischen Bereich (1984) .....	€ 4,80
45	Budgetvorschau 1984–1988 (1984) .....	€ 3,50

46	Regionale Strukturpolitik (1984).....	€ 18,30
47*	Arbeitszeitentwicklung und Arbeitszeitpolitik (1984) .....	vergriffen
48	Schattenwirtschaft (1985) .....	€ 2,80
49	Landwirtschaftliche Produktionsalternativen am Beispiel Ethanol, Ölsaaten und Eiweißfutterpflanzen (1985) .....	€ 6,50
50	Finanzmärkte (1986) .....	€ 7,60
51	Umweltpolitik (1986) . .....	€ 9,50
52	Öffnungszeiten (1986) . .....	€ 4,70
53	Budgetvorschau 1986–1990 (1986) . .....	€ 2,90
54	Flächenstilllegung als agrarpolitisches Instrument (1987) . .....	€ 2,00
55	Wachstumsorientierte Strukturpolitik (1988) . .....	€ 2,60
56	Empfehlungen aus Studien und Kurzgutachten 1984–1988 (1988) . .....	€ 4,80
57	Entwicklungspolitik (1988) .....	€ 4,90
58*	Qualifikation 2000 (1989) . .....	vergriffen
59	Internationalisierung (1989) .....	€ 1,80
60	Überlegungen zum statistischen System der 90er Jahre (1990) . .....	€ 1,70
61*	Industriepolitik III (1991) .....	vergriffen
62*	Vorschläge zur Reform des Hochschulwesens und der Forschungspolitik (1991) .....	vergriffen
63	Strukturelle Budgetsalden des Bundes 1986–1990 (1991) .....	€ 1,70
64*	Soziale Sicherheit im Alter (1991) . .....	vergriffen
65	Finanzverfassung und Finanzausgleich – Herausforderungen und Anpassungserfordernisse (1992) . .....	€ 6,70
66	Abfallwirtschaft (1992) .....	€ 6,50
67	Ostöffnung (1992) .....	€ 7,70
68	30 Jahre Beirat für Wirtschafts- und Sozialfragen (1993) .....	€ 4,70
69*	Lohnnebenkosten (1994) . .....	vergriffen
70	Wirtschaftsstandort Österreich (1994) . .....	€ 5,00
71	Europäische Wirtschafts- und Währungsunion – Neue Rahmenbedingungen für die österreichische Wirtschafts- und Finanzpolitik (1994) .....	€ 6,00
72	Beschäftigungspolitik (1997) .....	€ 5,80
73	Wirtschaftspolitische Handlungsspielräume (3sprachig) (1998) .....	€ 4,70
74	Verbesserte Spielregeln für den Bundeshaushalt (1998) .....	€ 8,50
75	Innovative Kooperationen für eine leistungsfähige Infrastruktur (1998) . .....	€ 5,30
76	Voraussetzungen für eine erfolgreiche Wirtschafts- und Währungsunion (1999) . .....	€ 3,70
77	Modernisierung des öffentlichen Sektors – Chancen und Grenzen von New Public Management . .....	€ 7,90
78	Längerfristige Aspekte der österreichischen Technologiepolitik . .....	€ 3,60
79	Digitale Wirtschaft .....	€ 9,70
80	Die makroökonomische Politik und die Lissabon-Strategie der EU .....	€ 4,00
81	Herausforderungen für eine partizipative Demokratie in einem erweiterten Europa .....	€ 11,40
82	Herausforderungen in der Energiepolitik – Weißbuch der österreichischen Sozialpartner ...	€ 9,50
83	Österreich und die internationale Finanzkrise.....	€ 6,50
84	Zukunft der Wettbewerbspolitik in Österreich .....	€ 7,50
Preise inkl. 10 % MwSt.		

Ihre Bestellung nimmt das Abo-Service von Ueberreuter Print und Digimedia gerne entgegen:  
Tel.: (02262) 789-110,  
Fax: (02262) 789-116,  
e-mail: aboservice@ueberreuter.com,  
http://www.ueberreuter.com





ISBN: 978-3-901466-15-1