



21/SN-209/ME

# ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

1010 WIEN, ROTENTURMSTRASSE 13 (ERTLGASSE 2), POSTFACH 612, TELEFON 63 27 18, DW 23

Zl. 424/85  
GZ. 3524/85

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

*St. Raum*

*94* 11.11.1986  
-08/9-87

Betrifft: Entwurf eines Kartellgesetzes 1986, 17. MRZ. 1986  
Zu GZ.: 9100/65-I 4/85

Verteilt 18. MRZ. 1986 *goh*

Der gefertigte Österreichische Rechtsanwaltkammertag beeindruckt sich, zu dem mit Ersuchen des Bundesministeriums für Justiz vom 15. Oktober 1985 (eingegangen am 12. November 1985) über-sandten Entwurf eines Kartellgesetzes 1986 wie folgt  
Stellung zu nehmen:

### ALLGEMEINES:

Begrüßt wird, daß ein neues Kartellgesetz geschaffen und von einer Novellierung des alten Kartellgesetzes Abstand genommen wurde. Erfreulich ist auch der Umstand, daß die Registrierungspflicht für marktbeherrschende Unternehmen und für Unternehmenszusammenschlüsse entfallen ist.

Anerkennenswert ist auch die Tatsache, daß die Redaktoren den Versuch unternommen haben, das Phänomen der Nachfragermacht gesetzestechnisch zu erfassen und den Entwurf übersichtlich zu gestalten, was allerdings nicht immer gelungen sein dürfte.

Bedauerlich ist, daß man die Gelegenheit versäumt hat, die Systematik und Definition einzelner Kartellarten zu vereinfachen und wenn man schon ein komplettes Wettbewerbsordnungs-

- 2 -

gesetz schaffen will, dann wäre es doch zweckmäßig, auch das Nahversorgungsgesetz zu verankern, wodurch eine Übersichtlichkeit einer Gesetzesmaterie geboten gewesen wäre.

Im einzelnen:

Obgleich die Erläuterungen zu § 39 des Entwurfes in Anspruch nehmen, zwischen "Unternehmer als Rechtsträger" und "Unternehmer als Rechtsobjekt" zu unterscheiden, ist die praktische Handhabung dieser Unterscheidung in den einzelnen Bestimmungen nicht nachvollziehbar und wird im § 2 Zif. 2 im Zusammenhang mit der Berechnung von Marktanteilen "Unternehmen" genannt und in Zif. 3 "die inländischen Marktanteile ausländischer Unternehmer".

Im § 10 (1) ist von Vereinbarungen zwischen "Unternehmern" die Rede, was - folgt man dem zitierten Argument der Erläuterungen - im Ergebnis dazu führen müßte, daß Vereinbarungen gleichen Inhalts, werden sie zwischen Unternehmen (z.B. juristische Personen) abgeschlossen, keine Kartelle wären. Daß dies nicht angestrebt wird, ist auf der Hand liegend. Eine einheitliche Diktion anstelle subtiler Unterscheidungen wäre hier zweifellos vorteilhafter. Sollte man aber an einer Differenzierung zwischen "Unternehmer" und "Unternehmen" festhalten wollen, müßte definiert werden, was darunter zu verstehen sei und eine dementsprechende Berücksichtigung bei den jeweiligen Bestimmungen erfolgen.

Zu § 1: Sprachlich ist das Wort "insbesondere" unglücklich verwendet. Es müßte wohl heißen: Dieses Bundesgesetz ist insbesondere in wirtschaftlicher Betrachtungsweise auszulegen, das heißt, ....".

Da auch diese Formulierung sprachlich nicht überzeugt, wird folgender Text vorgeschlagen:

"Für die Beurteilung kartell- und wettbewerbsrechtlicher Fragen nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht allein das äußere Erscheinungsbild eines Sachverhaltes, sondern auch sein wirtschaftlicher Inhalt maßgebend."

- 3 -

Dazu kommt, daß der wirtschaftliche Gehalt und die äußere Erscheinungsform sicherlich juristisch keine Auslegungsregel für ein Gesetz darstellt. Ein Hinweis auf den wirtschaftlichen Gehalt und die äußere Erscheinungsform eignen sich nur dazu, einen Sachverhalt materiell einer Prüfung zu unterziehen (sh. § 21 BAO).

Demzufolge erscheint die Fassung des § 53, alte Fassung, zweckmäßiger formuliert.

Zu § 3: Der Hinweis auf "alle Waren (Leistungen), die unter den gegebenen Marktverhältnissen der Deckung desselben Bedarfes dienen", ist nicht klar. Kohle, Koks und Heizöl dienen z.B. der Deckung desselben Bedarfes, dennoch sind sie von der Struktur her unterschiedliche Waren.

Zu § 7: Abgesehen davon, daß ein Wort wie "trotz" in der Gesetzessprache nicht angebracht ist, ist dieser Absatz unglücklich formuliert. Es wird daher folgende Fassung vorschlagen:

"Die Abschnitte II - IV sind, ungeachtet einer Ausnahme, nach den §§ 5, 6(2) und 16 anzuwenden, wenn die Verwirklichung eines dort geregelten Tatbestandes geeignet ist, den Handelsverkehr zu beeinträchtigen, soweit er unter einen der folgenden internationalen Verträge fällt."

Zu § 7 (2): Entgegen der Meinung in den erläuternden Bemerkungen, daß eine Klarstellung erfolgte, muß festgestellt werden, daß diese Bestimmung völlig unverständlich und auch nicht erkennbar ist, was eigentlich gemeint ist.

Zu § 10: Auch hier wird anstelle einer Klarstellung durch Ballung der verschiedenen Begriffe und Kartellarten eine Unübersichtlichkeit geschaffen, die auch nicht durch die bloße Überschrift "Vereinbarungskartell" beseitigt wird. Durch diesen Überbegriff werden die einzelnen Unterbegriffe (Kartellarten) nicht klargestellt. Dazu kommt, daß die schon im Kartellgesetz 1972 bestehende Unterscheidung zwischen "Vereinbarungen" und (rechtsverbindlichen) "Absprachen" sich auch im § 10(2) dieses Entwurfes wiederfindet. Dadurch bleibt der Sinn dieser

- 4 -

Begriffe, nach wie vor, im Dunkel. Es kann kein Zweifel bestehen, daß jede zwei- oder mehrseitige verbindliche Willenserklärung eine Vereinbarung ist und zwar auch dann, wenn sie nur mündlich getroffen wird ("Absprache"). Handelt es sich um eine unverbindliche Absprache, liegt gemäß § 10(2) zweiter Satz auch kein "Vereinbarungskartell" vor.

Auch ist der Unterschied zwischen "Vereinbarung" und "Vertrag" § 10 (4) nicht erkennbar und offenbar juristisch nicht gegeben. Es trüge sicherlich zum besseren Verständnis bei, wenn die Absätze 2 und 4 des § 10 entfallen könnten.

Noch zweckmäßiger wäre es aber und wird dies hiemit auch vorgeschlagen, die einzelnen Kartellarten als Begriffsbestimmungen darzulegen, wodurch die Klarheit der verwendeten Begriffe vom Grunde her gegeben wäre.

Zu § 11: Bezeichnenderweise ist der Hinweis im § 11 (1) auf § 10 (1) verfehlt, weil auch unter der zitierten Bestimmung nicht definiert ist, was unter einer "Beschränkung des Wettbewerbs" inhaltlich zu verstehen ist. Durch die Schaffung von Begriffsbestimmungen im § 10 könnte dieser Mangel beseitigt werden.

Der Vollständigkeit halber sei auch das in § 11 (1) verwendete Wort "bloß" als Wort der Umgangs- und nicht der Gesetzessprache bemängelt.

Zu § 11 (2): Es erscheint zweckmäßig, diesen Absatz zu formulieren wie folgt:

".. darunter fallen nicht abgestimmte Verhaltensweisen, ..."'

Es wird zu überlegen sein, ob es nicht genügt, auf die "gesetzlichen Interessenvertretungen" zu verweisen, da man unter einer "gesetzlichen beruflichen Interessenvertretung" nur schwer erkennen kann, was darunter zu verstehen sein wird.

Zu § 12 (1): Auch hier gilt die Verweisung auf § 10 (1) wie zum Einwand zu § 11 (1) sinngemäß.

- 5 -

Im übrigen stellt sich aber die Frage, ob der Empfehlende und der Empfänger der Empfehlung ein gemeinsames Interesse haben. Logischer als die inhaltlich aus dem geltenden Recht übernommene, wäre folgende Formulierung:

"Empfehlungskartelle sind Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien oder Rabatte, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs erreicht werden soll oder erreicht wird, soweit zur Durchsetzung der Empfehlung wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt werden soll oder ausgeübt wird."

In diesem Zusammenhang fällt auch auf, daß die Ausnahmen anders formuliert sind, als wie in § 10 (2), was schon wegen der Einheitlichkeit nicht glücklich sein dürfte.

Zu § 14 : Die Bestimmungen über die "Normen- Typen und Rationalisierungskartelle" sollten sprachlich gestrafft werden.

Zu § 15 : Wenn auch diese Regelung der Bagatellgesetze aus § 2 (1) Kartellgesetz 1972 übernommen wurde, fragt es sich, was der "allfällige" inländische, örtliche Teilmarkt eigentlich sein soll. Das Wort "allfällig" ist in diesem Zusammenhang inhaltsleer und überflüssig.

Zu § 16 : Abgesehen davon, daß die Fassung dieser Bestimmung eine politische Entscheidung darstellt und deshalb dazu nicht Stellung genommen wird, müßte es unabhängig vom materiellen Inhalt der schließlich zustandekommenden Regelung zweifellos heißen:

"Nicht als Kartelle gelten vorbehaltlich des § 7 ...".

Unverständlich ist es, warum die "Forstwirtschaft" nicht in dem vorliegenden Entwurf ausgenommen wird, obwohl für die Landwirtschaft durch die Marktordnungen eine gänzliche Ausnahme statuiert ist.

Zu § 23 : Die befristete Genehmigung eines Kartells für 5 Jahre und dann die damit notwendigerweise verbundene jeweilige Verlängerung bedeutet ohne Zweifel, einen ständig sich

- 6 -

erhöhenden administrativen Aufwand, der deshalb nicht erforderlich erscheint, weil nach § 26 gegebenenfalls ein Widerruf der Genehmigung zur Gänze oder teilweise jederzeit möglich ist.

Zu § 27 (3): Der vorzeitige Austritt eines Kartellmitgliedes im Zusammenhang mit einer Gefährdung aus der "Aufrechterhaltung des Kartellvertrages" scheint irrig. Gemeint ist wohl doch die Aufrechterhaltung "seiner Mitgliedschaft zum Kartell."

Zu § 28 : Es ist nicht einzusehen, warum diese Bestimmung negativ formuliert wird. Es wäre wohl angebrachter zu sagen:

"Eine Vertragsstrafe unterliegt dem richterlichen Mäßigungsrecht gemäß § 1336 ABGB".

Zu § 29 (3): Hier sollte es wohl richtiger heißen, daß das Kartellgericht die Sperre für unwirksam erklären kann, da nicht angenommen wird, daß eine zwingende Bestimmung geschaffen werden sollte.

Zu § 30 Zif.2 : Es ist nicht verständlich, warum unter den Verbänden im Sinne dieser Bestimmungen neben den gesetzlichen Interessenvertretungen nur "Vereine von Unternehmern" zu verstehen sind. Warum sollten nicht auch Gesellschaften, Körperschaften oder Kartellen darunter verstanden werden. Es wird daher vorgeschlagen, anstelle des Wortes "Vereine" "Vereinigung" zu setzen.

Zu § 33 : In der Begriffsbestimmung den Unternehmer als "Anbieter" oder "Nachfrager" zu benennen, erscheint überflüssig. Auch im alten Text war der Begriff des "marktbeherrschenden" Unternehmers klar. Wenn man schon eine sprachliche Verbesserung anstrebt, dann wäre es wohl zweckmäßig, den Unternehmensbegriff selbst zu definieren, womit man sich alle diese Erläuterungen ersparen könnte.

- 7 -

Zu § 33 Zif.4 : Die "Finanzkraft" ist ein unbestimmter Begriff und es entsteht der Eindruck, daß sich diese Formulierung gegen finanziell gut fundierte Unternehmen richtet. Die Finanzkraft allein kann doch auch nicht zur Marktbeherrschung führen. Eine solche ist nur dann gegeben, wenn ein Mißbrauch vorliegt. Die mißbräuchliche Ausnützung der marktbeherrschenden Unternehmen ist aber an anderer Stelle geregelt.

Zu § 33 Zif.5 : Es wird die Auffassung vertreten, die Ziffern 1 - 4 als Begriffsbestimmung für die Marktbeherrschung zu belassen und dann an Stelle der Ziffer 5 einen neuerlichen Absatz 2 mit folgendem Wortlaut einzuschlieben:

"Als "marktbeherrschend" im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt auch ein Unternehmer, dessen Geschäftspartner zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu diesem angewiesen ist."

Zu Abschnitt V : Die Gedankenfolge ist nicht logisch aufgebaut. Es wird daher vorgeschlagen, es bei der alten Fassung zu belassen, weil kein Grund zu einer Änderung besteht.

Wozu die Zusammenschlüsse, noch dazu unter Strafsanktion, angezeigt werden müssen, ist nicht recht verständlich. Ein Wegfall dieser Anzeigepflicht würde sicherlich zu einer Verwaltungsvereinfachung beitragen.

Zu § 46 (5) : Die Regelung, daß im Falle eines Säumnisses des Paritätischen Ausschusses das Kartellgericht die Begutachtung oder Äußerungen der Mitglieder des Paritätischen Ausschusses nicht abwarten muß, scheint zu wenig. Es muß dem Kartellgericht eine Entscheidungspflicht in einem solchen Falle auferlegt werden. Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

"Versäumt der Paritätische Ausschuß die Frist (Absatz 3 und 4), so hat das Kartellgericht unter Abstandnahme von der Begutachtung des Paritätischen Ausschusses oder der Äußerungen deren Mitglieder zu entscheiden."

- 8 -

Zu § 49 : Die sogenannte "vorläufige Entscheidung" stellt eine Anordnung dar. Warum deshalb ein neuer Begriff geschaffen wird, ist nicht verständlich. Warum folgt man nicht den gebräuchlichen Begriffen der Exekutionsordnung und wählt den Begriff "einstweilige Verfügung".

Zu § 49 (3) : Es müßte im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtssprache (§ 390 EO) "Sicherheit" statt "Sicherstellung" heißen.

Zu § 51 : Diese Bestimmung scheint in sich widersprüchlich. Einerseits soll ein Kartell mit nur einem Mitglied von der Pflicht zur Bestellung eines Kartellbevollmächtigten befreit sein (Abs.2); andererseits hat der Vorsitzende des Kartellgerichtes zur Bestellung eines Kartellbevollmächtigten aufzufordern, wenn er von einem Kartell Kenntnis erlangt, das ohne Genehmigung durchgeführt werden darf und für das aber kein Kartellbevollmächtigter bestellt ist (Abs.3). Ist also ein Empfehlungskartell mit nur einem Kartellanten ein Bagatellkartell, das nur angezeigt wird und erlangt der Vorsitzende des Kartellgerichtes durch diese Anzeige Kenntnis vom Bestand dieses Bagatellkartells, hat er - entgegen der Befreiungsbestimmung (Abs.2) - zur Bestellung eines Kartellbevollmächtigten aufzufordern. Was die genannte Befreiungsbestimmung in einem solchen Falle für einen Sinn haben soll, bleibt unerfindlich.

Zu § 69 : Die Eintragung im Kartellregister hat den Gegenstand der Eintragung und "gegebenenfalls die Angaben des wesentlichen Inhalts" zu enthalten. Wenn nun schon der wesentliche Inhalt des Kartells in das Kartellregister eingetragen werden soll, dann sollte der wesentliche Inhalt im Antrag des Kartellbevollmächtigten enthalten sein und wäre daher eine derartige Ergänzung im § 56 vorzunehmen.

Die Verwendung des Wortes "gegebenenfalls" erscheint im vorliegenden Fall entbehrlich.

- 9 -

Zu Abschnitt IX : Es wird zu überlegen sein, ob man die Gebühren im Kartellverfahren nicht dem System des Gerichtsgebührengesetzes anpaßt.

Nur am Rande sei vermerkt, daß die vorgesehenen Gebühren und sonstige Kosten sich als sehr teuer erstellten dürften.

Zu § 84 : Ob das Kartellobergericht beim Obersten Gerichtshof ein Gericht im Sinne der Bundesverfassung ist, ist fraglich. Auf die verfassungsrechtlichen Bedenken wird hingewiesen. Sohin scheint es zweckmäßiger, von einem Kartellsenat beim Obersten Gerichtshof zu sprechen.

Zu § 88 : Soweit die Beisitzer des Kartellobergerichtes und ihre Stellvertreter aus dem Kreise der rechtskundigen Bundesbeamten der Bundesministerien für Justiz und für Handel, Gewerbe und Industrie vorgeschlagen werden sollen, bestehen Bedenken. Bei diesem Personenkreis handelt es sich um weisungsgebundene Beamte, deren Zugehörigkeit zu einem unabhängigen und weisungsungebundenen Gericht bedenklich ist.

Zu § 109 : Das Gutachten des Paritätischen Ausschusses sollte wohl begründet werden.

Zu § 123 (3) : Sprachlich richtig sollte es heißen:

"Die Bewilligung und der Vollzug der Exekution aufgrund von kartellgerichtlichen Titeln ist bei dem Bezirksgericht,..."

Wien, am 7. Jänner 1986

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. SCHUPPICH  
Präsident