VEREINIGUNG
DER
ÖSTERREICHISCHEN RICHTER

1016 WIEN, 12. März 1992
JUSTIZPALAST

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 W i e n

GESETZENTWURF
2 -GE/19 92
17. MRZ. 1992
19. März 1992

Betrifft: Entwurf einer Kartellgesetznovelle 1992
Stellungnahme

In der Anlage wird die Stellungnahme der Vereinigung der österreichischen Richter zur o.a. Gesetzesnovelle in 25-facher Ausfertigung übermittelt.

(Dr. Ernst Markel)
Präsident

25 Anlagen

VEREINIGUNG OER ÖSTERREICHISCHEN RICHTER

Betrifft: Kartellgesetznovelle 1992;
BMfJ, Zl. 9100/245-1 4/91.

S t e l l u n g n a h m e

I. Allgemeines:

Obwohl das Kartellgesetz 1988 (KartG 1988) erst am 11. 1. 1989 in Kraft getreten ist, steht die Notwendigkeit einer neuerlichen Novellierung zur Erhöhung der Effizienz des Gesetzes außer Zweifel. Es ist aber fraglich, ob die geplanten Maßnahmen dazu ausreichend sind. Sieht man von dem in Aussicht genommenen neuen Institut der Zusammenschlußkontrolle ab, läßt der Entwurf die tragenden Grundsätze des bisherigen Kartellrechts - und damit viele unbefriedigend gelöste Fragen - unberührt, obwohl die Erläuterungen mit Recht darauf hinweisen, daß das bisherige Sanktionensystem des KartG 1988 zwar theoretisch lückenlos und sehr streng ist, aber vor allem die Strafdrohungen in der Praxis nicht sehr wirksam sind. Ob allein die - vielfach geforderte und für die Rechtsdurchsetzung sehr wichtige (II Z 5) Erweiterung der Antragstellungsrechte, vor allem auf die betroffenen Unternehmer und auf Unternehmervereinigungen (im Sinne des § 14 UWG) eine

erhebliche Verbesserung bei der Bekämpfung verbotener Kartelle bringen wird, bleibt abzuwarten; die Durchschlagskraft des österreichischen Kartellrechts leidet weiterhin darunter, daß ein beträchtlicher Teil der Kartelle vom Verbot der Durchführung vor der rechtskräftigen Genehmigung ausgenommen sind. Wirkungskartelle, Verhaltenskartelle und Bagatellkartelle können weiterhin zunächst sanktionslos durchgeführt werden. Daran hat auch die Neufassung des § 18 Abs 3 KartG (siehe dort) nichts geändert. Die beibehaltene Gleichstellung von Wirkungskartellen und Verhaltenskartellen widerspricht dringenden wettbewerbspolitischen Bedürfnissen (vgl KOG Okt 4/90 vom 22. 5. 1990). Das KOG hat zwar versucht, diese Gleichstellung damit zu begründen, daß "der Gesetzgeber bei der Gleichstellung mit den Wirkungskartellen von der praktischen Erwägung ausgegangen sein dürfte, daß das Kartellgericht in der Regel erst aufgrund der Mitteilung einer Interessenvertretung vom Verdacht des Bestehens eines Kartells Kenntnis erlangen wird" (Okt 4/90 vom 22. 5. 1990; Okt 35/90 vom 17. 12. 1990), doch vermag dies den Wertungswiderspruch (s II 6.) nicht zu erklären.

Die geringe Effektivität des österreichischen Kartellgesetzes ist daher - mindestens teilweise - systembedingt. Es ist immer noch - wie Karsten Schmidt (von der Kartellformenlehre zum Kartellverbot - Plädoyer für eine Neuorientierung des Kartellrechts in Österreich, WBl 1990, 191) schreibt, ein Recht der Kartellorganisationen. Es sucht diese zu definieren und setzt ihnen, wo Mißbräuche und Mißstände erkannt werden, Grenzen. Es ist weitgehend am Schutz der (am Kartell) Beteiligten orientiert, während das deutsche GWB (und das EG-Kartellrecht) viel stärker am Schutz der Marktgegenseite orientiert ist und mit Verboten und Verbotssanktionen, vor allem mit Bußgeldern (die vom Entwurf mir für die bisherigen Verwaltungsübertretungen vorgeschlagen wurden) ein Offenhalten der Märkte zu erreichen versucht.

Wenn auch eine inhaltliche Anpassung des österreichischen Kartellrechts an die Wettbewerbsregeln der EG wegen der Zwischenstaatlichkeitsklausel in den Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ("Freihandelsabkommen") und wegen der Beschränkung des

österreichischen Kartellrechts auf Sachverhalte, die sich auf den inländischen Markt auswirken (§ 6 Abs 2 KartG 1988), nicht unbedingt erforderlich ist, sollte eine neuerliche Kartellgesetznovelle doch zum Anlaß genommen werden, auch eine stärkere inhaltliche Annäherung an das Wettbewerbsrecht der EG zu erreichen (siehe dazu auch Barfuß in Barfuß-Mayer, Europäische Gemeinschaften und Öffentliches Recht 69).

Keine Änderungen enthält der Entwurf auch zur Frage der Zusammensetzung des Kartellgerichtes und des Kartellobergerichtes, deren Verfassungsmäßigkeit jüngst mit beachtlichen Argumenten in Zweifel gezogen wurde (Rebhahn, Sind die Kartellgerichte verfassungskonform organisiert?, WBl 1991, 369). Bevor in dieser Frage legistische Maßnahmen ergriffen werden, muß allerdings die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über den Anfechtungsantrag des Kartellobergerichtes in der Nahversorgungsgesetzsache Okt 1/90 (RdW 1991, 195) abgewartet werden, in der es vermutlich zu einer Prüfung der Vorfrage der gesetzmäßigen Zusammensetzung des Kartellobergerichtes kommen wird. Erwägungen über mögliche Lösungen sollten aber schon jetzt angestellt werden, um im Fall einer Aufhebung des § 89 KartG 1988 dieses Problem im Zuge der geplanten Kartellgesetznovelle mitbereinigen zu können.

In dieser Nahversorgungsgesetzsache hatte sich ein Letztverkäufer darüber beschwert, daß nach § 4 NVG zwar eine Lieferpflicht an den Letztverkäufer angeordnet werden könne, das Gesetz aber diesem selbst den erforderlichen verfahrensrechtlichen Rechtsschutz verwehre, weil nur die Amtsparteien zur Antragstellung berechtigt seien. Wie immer die Entscheidung in dieser NVG-Sache durch den Verfassungsgerichtshof ausfällt, wird aber die - begrüßenswerte - Ausdehnung der Antragsberechtigung nahezu in allen Kartellsachen auf betroffene Unternehmer (§ 8 a Abs 2 Z 3, § 25 Abs 3 Z 3, § 27 Abs 2 Z 3, § 30 Abs 2 Z 3, § 30 c Abs 2 Z 3, § 33 Abs 2 Z 3, § 37 Z 3, § 42 a Abs 3 Z 3 des Entwurfes) auch Rückwirkungen auf die Antragsberechtigung betroffener Unternehmer in Angelegenheiten nach dem Nahversorgungsgesetz haben müssen. Hiebei wird zur Vermeidung unsachlicher Ungleichheiten nicht nur eine allgemeine Antragsberechtigung der betroffenen Unternehmer analog den oben zitierten

Entwurfsbestimmungen einzuführen sein, sondern auch die Antragsberechtigung der Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen auf alle Tatbestände des NVG und auf alle derartigen Vereinigungen, die wirtschaftliche Unternehmerinteressen vertreten, wenn diese Interessen durch den Sachverhalt berührt werden (also wie in § 8 a des Entwurfes) zu erstrecken sein, wenn § 37 Z 2 KartG 1988 im Sinne des Entwurfes geändert wird. Auch dort wird nämlich die Einschränkung der Antragsberechtigung auf ganz bestimmte Unternehmervereinigungen, die den Zweck hatte, einem Mißbrauch der Antragsbefugnis entgegenzuwirken (siehe ÖBl 1986, 9 - Weckerrabatt) fallen gelassen.

II. Besonderer Teil:

1.) Zur Z 1 (§ 2 a):

Gegen diese Bestimmung bestehen keine Bedenken. Vorbild der Regelung ist § 23 Abs. 1 GWB.

2.) Zur Z 2 (§ 5 Abs 1 Z 1):

Der Grund für diese bisherige Ausnahme scheint nur darin gelegen zu sein, daß auch die Landwirtschaft (wegen der Zuständigkeit der Länder: § 4 KartG 1988) dem Kartellgesetz nicht unterliegt. Irgendeine sachliche Rechtfertigung für diese Bereichsausnahme scheint nie bestanden zu haben (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht² I 81). Allerdings sind auch in der EG Wettbewerbsbeschränkungen in der Landwirtschaft zu einem großen Teil von den Wettbewerbsregeln nicht erfaßt (Koppensteiner aaO 327).

Die unveränderte Beibehaltung der Bereichsausnahme für Banken, Bausparkassen und private Versicherungsunternehmen (§ 5 Abs 1 Z 2 KartG 1988) ist hingegen problematisch. Das KOG hat zwar in der Entscheidung vom 9. 9. 1991 Okt 7/91 (ÖBl 1991, 175 = WBl 1991, 394) klargestellt, daß wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte nur insoweit der Bereichsausnahme nach § 5 Abs 1 Z 2 KartG 1988 unterliegen, als sie in den im § 25 Abs 2 KWG zitierten Rechtsvorschriften geregelt sind, worauf in den Erläuterungen zum Entwurf zutreffend hingewiesen wird. Wie weit Bausparkassen und Versicherungsunternehmen (die anderen aufsichtsbehördlichen Vorschriften unterliegen) kartellrechtsfrei

gestellt sind, bleibt aber weiterhin strittig. Auch sollte geklärt werden, in welchem Umfang das geplante Bankwesengesetz aufsichtsbehördliche Genehmigungen von kartellrechtlich relevanten Sachverhalten überhaupt noch vorsehen wird.

Die Kartellrechtsfreiheit sollte deutlicher auf genehmigungspflichtige Sachverhalte beschränkt werden (siehe § 101 Abs 1 Z 1 GWB). Das EG-Recht kennt eine Bereichsausnahme für Banken überhaupt nicht (Koppensteiner aaO 319, 328). Die Bereichsausnahme des § 102 GWB beseitigt nur die Nichtigkeitssanktion, entzieht aber Tatbestände, die der Banken (Versicherungs-)Aufsicht unterliegen, der Kontrolle der Kartellbehörden nicht.

3.) Zur Z 3 (§ 5 Abs 2):

Der Entwurf enthält einen Wertungswiderspruch: Kartellverträge über die Bindung des Letztverkäufers im Buch-, Kunst-, Musikalien-, Zeitschriften- und Zeitungshandel an den vom Verleger festgesetzten Verkaufspreis, also Preisbindungen im Sinne des § 13 KartG 1988 sollen freigestellt bleiben, Verträge, mit denen in diesen Geschäftszweigen vertikale Vertriebsbindungen vereinbart oder bewirkt werden, aber nicht mehr, was dem Größenschluß widerspricht. Derzeit ist dieser Bereich auch bei Vertriebsbindungen kartellfrei, weil in Abschnitt II auch die Vertriebsbindungen geregelt sind.

4.) Zur Z 4 (§ 5 Abs 3):

Da die geltende Bestimmung über diese Bereichsausnahme legistisch mißglückt ist (Koppensteiner aaO 92; Keinert, Genossenschaftsrecht 339 ff [340]), ist eine Neuregelung unabhängig von rechtspolitischen Erwägungen geboten. In Betracht kommt hiebei, wenn die Bereichsausnahme überhaupt aufrecht erhalten werden soll, von den beiden vorgeschlagenen Alternativen nur die engere Fassung (".... soweit diese [Wettbewerbsbeschränkungen] Erfüllung des Förderungsauftrages von Genossenschaften ..... notwendig sind"). Der Alternativvorschlag ("... der Erfüllung des Förderungsauftrages von Genossenschaften dienen") könnte als generelles Genossenschaftsprivileg verstanden werden, das dem Gebot wettbewerbsrechtlicher Gleichbehandlung eklatant widerspricht. Warum sollte etwa eine Genossenschaftsbank anders

behandelt werden als Kreditinstitute mit anderer Rechtsform? Kartellrechtlich freizustellen wäre, wenn überhaupt eine Bereichsausnahme beibehalten wird, nur die (dem Genossenschaftsgesetz entsprechende!) Satzung, nicht aber Verträge, die die Genossenschaft mit Dritten (auch anderen Genossenschaften) schließt. Auch müßte die Privilegierung auf (kleine) Primärgenossenschaften beschränkt sein.

Insgesamt vermag der Alternativvorschlag des Entwurfes zur Lösung dieser komplexen Problematik nur wenig beizutragen; eine Lösung, die nach der Marktmacht der Genossenschaft differenziert (Keinert aaO 356), wurde nicht einmal ansatzweise erwogen.

Eine gänzliche Aufhebung dieser Bereichsausnahme würde die aufgezeigten Schwierigkeiten beseitigen, dem künftigen österreichischen Integrationsweg am besten entsprechen und auch die Gefahr von Umgehungen durch Ausnützung der privilegierten Rechtsform der Genossenschaft vermeiden. Auch das deutsche GWB, das vom Grundsatz der Rechtsformneutralität des Kartellrechts ausgeht, kennt eine solche generelle Ausnahme nicht, ebenso wie das EG-Recht.

5.) Zur Z 5 (§ 8 a):

Diese wichtige Bestimmung entspricht den Anregungen des Kartellobergerichts (Ktn 14/90), die sich allerdings - unter dem Eindruck der damals anhängigen zahlreichen Verfahren nach den §§ 57, 58 KartG - nur auf Vertriebsbindungen bezogen. Die Erstreckung dieser Feststellungsbefugnis auf (alle?) Sachverhalte, die dem KartG unterliegen, erscheint grundsätzlich zweckmäßig. Eine umfassende Feststellungsbefugnis des Kartellgerichtes wird - im Zusammenhang mit der entscheidenden Erweiterung der Antragsberechtigung - eine wesentliche Aufgabenvermehrung der Kartellgerichte bringen, deren Auswirkung auf den künftigen Anfall naturgemäß kaum abschätzbar ist. Die Erweiterung der Antragsberechtigung war auch schon bisher ein Anliegen der Lehre, die - allerdings zum NVG - kritisiert hat, daß der Betroffene "zum bloßen Bittsteller" (der Amtsparteien) "degratiert" werde (Schuhmacher ÖJZ 1978, 317; Hackl, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, österreichischen und im italienischen Recht 102). Das UWG kann diesen Schutz

außerhalb von Wettbewerbsverhältnissen i.S. des § 1 UWG nicht subrituieren (vgl OGH 4 ob 94/89 = Jbl 1990, 187 = EvBl 1990/23 = WBl 1990, 53; s auch KOG Okt 1/90).

Ein derartiges, in der vorgeschlagenen Kürze geregeltes allgemeines Feststellungsverfahren wirft eine ganze Reihe von Fragen auf; auf die wichtigsten sollte in den künftigen Gesetzesmaterialien eingegangen werden. Selbstverständlich scheint zu sein, daß sich die "allgemeine" Feststellungsbefugnis, "ob und inwieweit ein Sachverhalt diesem Bundesgesetz unterliegt", nur auf Fragen beziehen kann, die das Kartellgericht im Rahmen seiner sonstigen Kompetenzen als Haupt- oder Vorfrage zu lösen hätte. Fragen, die durch die ordentlichen Gerichte im Zivilprozeß (§§ 122 f KartG 1988) oder als Strafgerichte (§§ 129 ff KartG) zu entscheiden sind, können weder unmittelbar noch mittelbar zum Gegenstand eines Feststellungsverfahrens gemacht werden.

Eine Anwendung des Feststellungsverfahrens auf Sachverhalte, die Vertragshilfe gegen Sperren betreffen, dürfte schon wegen der kurzen Fristen für den Antrag auf rechtsgestaltende Entscheidung nicht in Betracht kommen; eine Antragstellung der Amtsparteien scheidet auf diesem Gebiet wohl überhaupt aus, weil § 44 Abs 1 KartG 1988 dem § 8 a Abs 2 Z 1 des Entwurfes vorgeht. Grundsätzlich ist aber das Verfahren nach § 8 a nach dem damit verfolgten Zweck nicht subsidiär, sondern auch zulässig, wenn schon eine gestaltende Verfügung des Kartellgerichtes beantragt werden könnte.

Wegen des weiten Anwendungsbereiches des § 8 a sind auch allgemeine Aussagen darüber, ob das (außerstreitige) Verfahren regelmäßig ein Zweiparteienverfahren oder ein Ein- oder Mehrparteienverfahren ist, nicht möglich. Die Amtsparteien haben, wenn eine andere Partei den Feststellungsantrag stellt, jedenfalls das Beteiligungsrecht; sind sie selbst Antragsteller, wird der Antrag gegen den (die) betroffenen Unternehmer zu richten sein. Stellt ein außerhalb des (behaupteten) Kartells, des marktbeherrschenden Unternehmens usw. stehender Unternehmer den Antrag, wird er ihn gegen denjenigen zu richten haben, aus dessen Handeln der Antragsteller den kartellrechtlich relevanten Sachverhalt ableitet. Im Hinblick auf die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit eines Kostenersatzes im Verfahren nach § 8 a sind diese Fragen von erheblicher praktischer Bedeutung.

Das Kartellgericht wird nach Zuziehung der vom Antrag betroffenen Parteien den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln haben. Ein Verfahren auf der Grundlage des darin angegebenen Sachverhalts (siehe § 54 Abs 4 ASGG) kommt nicht in Betracht. Feststellungsfähig sind wohl nur kartellrechtlich relevante Rechtsverhältnisse und nicht einzelne Tatbestandsmerkmale.

Da der Entwurf bezüglich der antragsberechtigten Vereinigungen dem Vorbild des § 14 UWG folgt, sollte die antragsberechtigte Vereinigung nur als "Vereinigung nach § 14 UWG" umschrieben oder die im Entwurf geplante sprachliche Vereinfachung auch im § 14 UWG (und im § 12 RabG, falls dieser noch aufrecht sein wird) durchgeführt werden. Die Einheit der Rechtsordnung gebietet bei Verwendung identischer Begriffe auch die Einheit der Rechtssprache.

6.) Zur Z 11 (§ 18 Abs 3):

Diese Regelung verstärkt den bereits im allgemeinen Teil kritisierten Privilegierungseffekt für Wirkungs-, Verhaltens- und Bagatellkartelle. Kommen die Mitglieder des vermeintlichen Kartells der Aufforderung des Vorsitzenden nach den §§ 57, 58 KartG nach, so dürfen sie derzeit das Kartell sanktionslos durchführen (§ 57 Abs 3 KartG 1988). § 18 Abs 3 ändert daran im Ergebnis nichts. Im Gegenteil: Obwohl durch den rechtskräftigen Feststellungsbeschluß klargestellt ist, daß ein Wirkungs- oder Verhaltenskartell vorliegt, erhalten die Mitglieder nicht nur eine sechsmonatige "Schonfrist" (die zur Vorbereitung der Antragstellung an sich sachgerecht ist), sondern dürfen darüber hinaus das Kartell bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kartellgerichts weiter durchführen, wenn sie innerhalb der Sechsmonatsfrist die Genehmigung des Kartells beantragt und das Verfahren gehörig fortgesetzt haben.

Der Grund für die Privilegierung von Wirkungskartellen liegt darin, daß den Kartellanten bloß bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen nicht zugerechnet werden, weil sie diese (zunächst!) nicht kennen (Koppensteiner aaO 139, 214; Gugerbauer, Kartellrecht 60; Braumann-Nowotny, ÖBl 1984 1984, 57 [61]; Hanreich, ÖZW 1988, 108; Okt 4/90; Okt 35/90). Das trifft aber schon nach Rechtskraft des Feststellungsbeschlusses nicht mehr zu, so daß eine weitere Durchführungserlaubnis (jedenfalls über die

sechsmonatige Antragsfrist hinaus) nicht gerechtfertigt ist.

Daß die Erläuterungen die sachliche Rechtfertigung für die privilegierte Behandlung auch der Verhaltenskartelle darin sehen, daß den Mitgliedern dieses Kartells nicht unbedingt bewußt sein muß, daß sie ein Kartell durchführen, ist unrichtig. Da ein Verhaltenskartell ein "abgestimmtes Verhalten" erfordert, wird den Beteiligten jedenfalls in aller Regel bewußt sein, daß sie ein Kartell durchfßühren. Auf die betreffenden Ausführungen Koppensteiners zu dieser Frage (aaO 213) wird verwiesen. Das Vorliegen "abgestimmten Verhaltens" wird zwar oft schwer zu beweisen sein, weil es sich vom schlichten (marktbedingten) Parallelverhalten schwer abgrenzen läßt; auch das ist aber kein Grund für eine Privilegierung des Verhaltenskartells. Liegt nur ein nicht abgestimmtes Parallelverhalten vor, greift ein gesetzliches Durchführungsverbot objektiv ohnehin nicht ein.

Zu einer Prüfung, daß es sich bei dem festgestellten Kartell um kein Bagatellkartell handelt, sollte das Kartellgericht nur verpflichtet sein, wenn einer der Beteiligten des Feststellungsverfahrens einen solchen (positiven oder negativen) Antrag stellt.

7.) Zu Z 13 (§ 25):

Die Neufassung des § 25 verbessert im Zusammenhang mit der Erweiterung der Antragsbefugnis den Rechtsschutz vor allem gegen die Durchführung von Kartellen, die ohne Genehmigung durchgeführt werden dürfen, weil künftig alle antragsberechtigten Personen eine Entscheidung unmittelbar über das Verbot der Durchführung herbeiführen können, während derzeit nur die Amtsparteien einen Antrag nach den §§ 57, 58 KartG stellen können, der, wenn die Mitglieder die Aufforderung des Kartellgerichtes unbeachtet lassen, nur mittelbar zu einer Sanktion führt, weil ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot strafbar ist. Die Änderung ist daher im Hinblick darauf, daß es bisher nur selten zu strafrechtlichen Sanktionen gekommen ist, zweckmäßig. Aus demselben Grund ist auch die Möglichkeit der (deklarativen) Untersagung der Durchführung eines Absichtskartells nach § 25 Abs 2 des Entwurfes eine Verbesserung des Rechtsschutzes.

8.) Zu Z 15 (Abschnitt II a):

Allgemein wird unter einer vertikalen Vertriebsbindung

die Verpflichtung des Abnehmers einer Ware "zur Einhaltung bestimmter Absatzwege" (Lehmpfuhl, Vertriebsbindungen 21; Kapp, Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Vertriebsbindungen? 26) verstanden. Sie versagen Händlern "eine freie Gestaltung der Distribution" (Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht I 192); vertikale Vertriebsbindungen beschränken die Freiheit des belieferten Unternehmens, die Waren an Dritte weiterzugeben (Müller-Fembeck, Vertriebsbindungen im österreichischen, deutschen und europäischen Recht 1 f; Liebs, Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung 5; Krasser, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Außenseitern 9).

Im Gegensatz zur Meinung in den Erläuterungen entspricht die Legaldefinition des § 30 a nicht "dem allgemeinen Sprachgebrauch für derartige Erscheinungen des Wirtschaftslebens"; sie weicht - einem Vorschlag von Hanreich (RdW 1991, 72 ff) folgend - von jenem eingeführten Begriff ab und bezieht in den Begriff der vertikalen Vertriebsbindung auch jenen der Bezugsbindung mit ein. Diese liegt nach herrschender Auffassung dann vor, wenn dem Händler die Verpflichtung auferlegt wird, bestimmte Waren nur von bestimmten Lieferanten zu beziehen. Derartige Vereinbarungen beschränken den Händler in der Auswahl der Bezugsquelle oder im Bezug von Konkurrenzwaren. In einem Fall wird der sogenannte Intrabrand-Wettbewerb, im anderen der sogenannte Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigt.

Da es aber nicht Aufgabe des Gesetzes ist, zu definieren, ist damit nocht nichts gegen die Zweckmäßigkeit der kartellrechtlichen Sonderbehandlung der - in einem so weiten Sinn verstanden - "Vertriebsbindungen" gesagt. Die geplante Novelle schafft damit eine neue Kategorie kartellrechtlich relevanter Tatbestände, die nicht mehr zu den Kartellen gehören. "Gemeinsames Interesse" und "Beschränkung des Wettbewerbs" sind nicht mehr Tatbestandsmerkmal. Das Abgehen vom Tatbestandsmerkmal des "gemeinsamen Interesses" das bei der Auslegung des Kartellbegriffs zu vielen Unklarheiten geführt hat (und wohl auch dort entbehrlich wäre) ist zweifellos zweckmäßig.

Die Anzeigepflicht des bindenden Unternehmers soll auf die Bekanntgabe des Abschlusses einer solchen Vereinbarung und die Mitteilung eines Musters beschränkt werden. Dieser Modus

schützt zwar Betriebsgeheimnisse der Beteiligten, verhindert aber (zunächst), daß das Kartellgericht darüber informiert wird, wieviele gebundene Unternehmer an der Vereinbarung beteiligt sind, was zur Beurteilung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung notwendig sein kann.

Die Ermächtigung des Bundesministeriums für Justiz, bestimmte Gruppen von vertikalen Vertriebsbindungen ohne Festlegung näherer Voraussetzungen freizustellen, erscheint verfassungsrechtlich bedenklich (Koppensteiner aaO 113).

9.) Zu Z 17 (§ 35):

Da sich § 35 Abs 2 des Entwurfes nicht ausdrücklich auf den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Medienunternehmen bezieht, könnte diese Bestimmung (in seltenen Ausnahmefällen) auch dann angewendet werden, wenn durch die mißbräuchliche Ausnützung der Marktmacht durch ein marktbeherrschendes Nichtmedienunternehmen die Medienvielfalt mittelbar beeinträchtigt wird. Diese Unklarheit könnte durch Einfügen der Worte "eines Medienunternehmens" klargestellt werden.

Wie in den Erläuterungen des Entwurfes ohnehin eingeräumt wird, ist die Formulierung, daß das Kartellgericht den marktbeherrschenden Unternehmern Aufträge zur Verhinderung künftigen mißbräuchlichen Verhaltens erteilen kann, sehr allgemein und flexibel; sie bedarf schon aus Gründen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes einer entsprechenden Konkretisierung. Derart schwerwiegende Eingriffe, wie sie zur wirksamen Unterbindung eines künftigen mißbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens erforderlich sein können, sollten an entsprechend genau definierte Voraussetzungen gebunden sein; die zulässigen Maßnahmen wären im einzelnen anzuführen. Es ist völlig unzureichend, derart schwere Eingriffe in die Unternehmenssphäre, wie einen Auftrag zur Veräußerung von Beteiligungen oder Teilbereichen des Unternehmens nur in den Gesetzesmaterialien beiläufig zu erwähnen und derartige Maßnahmen auf einen unbestimmten Gesetzesbegriff zu stützen (vgl dagegen etwa die Regelung des § 24 GWB).

Daß eine solche Entflechtung nur für Unternehmen in Frage kommt, die ihre marktbeherrschende Stellung durch Fusion

vor dem Inkrafttreten des Gesetzes oder ohne Fusion durch eigenständiges Wachstum erlangt haben, erscheint nicht zwingend. Paragraph 24 GWB sieht auch einen Widerruf der erteilten Zusammenschlußgenehmigung und die Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses vor.

10.) Zur Z 2 (§ 41 Z 3):

Es ist überflüssig, den Zusammenschlußtatbestand des § 41 Z 3 auf das Erreichen oder überschreiten eines Beteiligungsgrades von 25 % oder von 50 % abzustellen, da das Überschreiten das Erreichen in sich schließt. Eine praktische Bedeutung hätte diese Formulierung nur dann, wenn der Erwerb einer weiteren Beteiligung nach "Erreichen" eines Beteiligungsgrades von 50 % neuerlich als "Zusammenschluß" zu gelten hätte. Anscheinend ist aber die Bestimmung so zu verstehen, daß nach Erreichen einer 50 %igen Beteiligung jeder weitere Anteilserwerb nicht mehr als neuer Zusammenschlußtatbestand gilt (vgl auch § 23 Abs 2 Z 2 lit a und b GWB).

Leichter verständlich wird die Bestimmung, wenn die Worte "oder von" durch "und dann wieder von" ersetzt werden.

11.) Zur Z 24 (§ 42 a):

Die Begriffe des "anzeigepflichtigen" und des "anmeldebedürftigen" Zusammenschlusses haben nur wenig unterscheidende Aussagekraft; obwohl nicht jeder anmeldebedürftige Zusammenschluß zu einem Genehmigungsverfahren führt, wäre doch zu erwägen, von genehmigungspflichtigen Zusammenschlüssen zu sprechen, dürfen sie doch gemäß § 42 a Abs 2 des Entwurfes nicht durchgeführt werden, bevor die dort vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen.

Die Terminologie des Gesetzesentwurfes ist uneinheitlich, weil er auch bei den vertikalen Vertriebsbindungen von einer "Anzeigepflicht" (§ 30 b) und nicht von einer "Anmeldebedürftigkeit" spricht, obwohl bei den vertikalen Vertriebsbindungen die Anzeige zu einer Untersagung (§ 30 c) führen kann.

Was die (verbotene) Durchführung eines Kartells bedeutet, ist im wesentlichen klargestellt (Koppensteiner aaO 194); ein fester Begriffsinhalt ist hier vor allem deshalb

wichtig, weil der Begriff "Durchführung" auch Tatbestandsmerkmal einer gerichtlichen Strafbestimmung ist (§ 130 KartG 1988). Der Begriff bedeutet bei Kartellen im wesentlichen, daß die Parteien die Vereinbarung außenwirksam realisieren. Auf "Zusammenschlüsse" scheint aber diese Begriffsbedeutung nicht ohne weiteres übertragbar zu sein, weil jeder vertragliche Unternehmenserwerb mit der Übergabe absolute Wirkungen gegenüber Dritten hat. Anscheinend bedeutet das Durchführungsverbot, daß dem Käufer (dem aufnehmenden Unternehmen) das verkaufte Unternehmen (der Anteil) erst nach dem rechtskräftigen Ausspruch, daß der Zusammenschluß nicht untersagt wird, übergeben werden darf, also die Unternehmen während des Schwebezustandes noch getrennt weitergeführt werden müssen.

Daß das Recht, eine Prüfung des Zusammenschlusses zu beantragen, im Gegensatz zu der sonst erweiterten Antragsberechtigung des Entwurfes nur den Amtsparteien eingeräumt werden soll, ist sachlich berechtigt, weil es bei der Zusammenschlußprüfung in erster Linie um die Erhaltung einer tauglichen Wettbewerbsstruktur als solche und nicht um den Mitbewerberschutz geht, der durch die §§ 35 und 36 gewährleistet ist.

Paragraph 42 b Abs 5 des Entwurfes ist undeutlich formuliert. Auch die Erläuterungen dazu enthalten keine klare Aussage. Offenbar bedeutet das Wort "Voraussetzungen" hier nicht "Untersagungsvoraussetzungen" (wie im § 42 b Abs 4), sondern "Genehmigungsvoraussetzungen". Gemeint ist wohl folgendes: Sind die Voraussetzungen des § 42 b Abs 4 Z 1 und 2 des Entwurfes nicht gegeben, aber voraussichtlich durch entsprechende Beschränkungen oder Auflagen zu erreichen, so kann das Kartellgericht aussprechen, daß der Zusammenschluß nicht untersagt wird, sofern es damit die entsprechenden Beschränkungen und Auflagen verbindet.

Auch die Befristung der Untersagungsmöglichkeit (§ 42 b Abs 6 des Entwurfes) ist sachgerecht. Es ist den an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen unzumutbar, daß der durch die gesetzliche Untersagungsmöglichkeit ausgelöste Schwebezustand jahrelang bestehen bleibt. Diese Sechsmonatsfrist kann aber wohl nur für die erste Instanz gelten. Ist die Untersagung rechtzeitig ausgesprochen worden, dann bleibt sie auch aufrecht,

wenn die endgültige Entscheidung des Kartellobergerichtes erst nach Ablauf von sechs Monaten ergeht, da es sonst die Rekurswerber in der Hand hätten, die Untersagung durch bloße Rekurserhebung unwirksam zu machen. Fraglich bleibt aber, ob das Kartellobergericht, wenn es wegen Verfahrens- oder Feststellungsmängeln zu einer Aufhebung kommen müßte, der ersten Instanz nach Ablauf der Sechsmonatsfrist überhaupt noch wirksam eine neuerliche Entscheidung auftragen kann. Nimmt man dies an, müßte wohl im zweiten Rechtsgang wiederum die Sechsmonatsfrist gelten (?).

Paragraph 42 c Abs 4 des Entwurfes sollte übersichtlicher formuliert und in zwei Unterfälle gegliedert werden:

"..... auch dann

1. wenn die beteiligten Unternehmer bzw Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluß zusammen Umsatzerlöse von mindestens 150 Mill. S hatten;

2. oder wenn an dem Zusammenschluß - unabhängig von den Umsatzerlösen - zwei Medienunternehmen beteiligt sind".

Was unter Medienvielfalt zu verstehen ist, definiert der Entwurf nicht; nach den Erläuterungen ist darunter die Wahrung einer Vielfalt von Medien, insbesondere Zeitungen, zu verstehen, die - was das Entscheidende ist - von selbständigen wirtschaftlichen Einheiten produziert werden, weil daraus in der Regel auch die Unabhängigkeit des Mediums in bezug auf die darin vertretene grundlegende Richtung folgt (§§ 1 Z 9, § 2, § 25 Abs 4 MedG. Denkbar ist es freilich, daß die Medienvielfalt trotz eines Zusammenschlusses der Medienunternehmen erhalten bleibt, wenn der neue Medieninhaber die Zeitung weiter erscheinen läßt und auf ihre bisherige grundlegende Richtung keinen Einfluß nimmt (was aber wohl nur ein Ausnahmsfall sein dürfte). Daraus folgt aber, daß fast jeder Zusammenschluß die Medienvielfalt beeinträchtigen wird; ein Zusammenschluß sollte aber auch dann nicht untersagt werden, wenn die Medienvielfalt auch ohne den Zusammenschluß in gleicher Weise beeinträchtigt würde, etwa weil das aufgekaufte Zeitungsunternehmen aus finanziellen Gründen seinen Betrieb und damit das Herausgeben der zur Medienvielfalt beitragenden Zeitung ohnehin einstellen müßte.

12.) Zur Z 30 und 31 (§ 52 Abs 1 und 2):

Auch für das kartellgerichtliche Provisorialverfahren sollte der Grundsatz des § 24 UWG übernommen werden, daß zur Sicherung von Unterlassungs- und Untersagungsansprüchen einstweilige Verfügungen auch dann erlassen werden können, wenn die im § 381 EO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen. Darauf hat das Kartellobergericht in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1990 (Ktn 10/91) bereits hingewiesen (siehe auch Okt 1/89; Okt 46/90).

13.) Zu Z 32 (§ 53):

Die Verlängerung der Rekursfrist ist mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten der Materie gerechtfertigt; da die Rechtsmittel in aller Regel zweiseitig sind, wird mit guten Gründen das MOdell des § 521 Abs 1 ZPO übernommen, obwohl es sich um ein außerstreitiges Verfahren handelt. Dieselbe Regelung sollte aber auch im § 7 Abs 3 NVG übernommen werden, da es für eine unterschiedliche Regelung keine ausreichenden Gründe gibt (siehe allgemeiner Teil).

Zu prüfen wäre aber, ob es nicht für einstweilige Verfügungen bei der 14-tägigen Rekursfrist bleiben sollte, wie sie auch § 402 Abs 1 EO vorsieht. Vielleicht wäre es überhaupt zweckmäßig, für das kartellrechtliche Provisorialverfahren, das keine allgemeine Regelung erfahren hat, die einschlägigen Bestimmungen der Exekutionsordnung zu übernehmen.

14.) Zu Z 34 (§ 54 Abs 1):

Die geplanten Änderungen entsprechen den Anregungen der Praxis; der Hauptanlaßfall für diese Anregungen ist allerdings überholt, wenn es zur Aufhebung der §§ 57 und 58 kommt. Wichtig ist die Klarstellung in den Erläuterungen, daß sich die behaupteten Mitglieder eines Kartells bei Feststellungsanträgen nach § 8 a des Entwurfes nicht eines gemeinsamen Kartellbevollmächtigen bedienen müssen.

15.) Zu Z 38 (§ 59):

Paragraph 59 gehört zum geltenden Bestand des Kartellrechts und soll durch den Entwurf nur an die geplante Aufhebung

der §§ 57 und 58 KartG angepaßt werden. Dennoch sei auch an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, daß kein ausreichender sachlicher Grund dafür besteht, die Mitglieder von Wirkungs- und Verhaltenskartellen, die nach dem Genehmigungsantrag oder nach der Genehmigung eines Kartells von dessen Vorliegen selbstverständlich Kenntnis haben, bei Änderungen und Ergänzungen des Kartellvertrages neuerlich dadurch zu privilegieren, daß sie diese Änderungen und Ergänzungen bei rechtzeitiger Anmeldung bis zur Entscheidung hierüber durchführen dürfen.

16.) Zur Z 69 (§§ 142 bis 143 a):

Die Einführung eines Bußgeldverfahrens kann zur Effizienz des Kartellrechts positiv beitragen (siehe allgemeiner Teil). Zu erwägen wäre, ob das Bußgeldverfahren nicht auch bei den gerichtlich strafbaren Kartelltatbeständen als selbständiges Verfahren neben dem Strafverfahren gegen die Verantwortlichen gegen das Unternehmen dem Kartellgericht übertragen werden sollte.

III. Sonstige Anregungen:

Völlig unzureichend ist die Regelung der Vergütung der Mitglieder des Kartellobergerichtes in § 96 KartG 1988. Wenn die Beisitzer als Berichterstatter tätig werden (was in der Praxis allerdings nicht vorkommt), so haben sie Anspruch auf die doppelte Vergütung (9,36 % des Gehaltes eines Beamten der allgemeinen VErwaltung in der Dienstklasse V Gehaltsstufe 2 zuzüglich allfälliger Teuerungszulagen), während die Mitglieder des Kartellobergerichtes, die regelmäßig die Entwürfe ausarbeiten und die Sitzung leiten, nur Anspruch auf eine Vergütung von 6,68 % der Bemessungsgrundlage haben. Die Höhe dieser Vergütung wird dem Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit auch bei einer Durchschnittsbetrachtung einfacher und schwieriger Fälle bei weitem nicht gerecht. Dazu kommt, daß die Sitzungen der einzelnen Senate des Kartellobergerichtes regelmäßig gemeinsam abgehalten werden. Das ist zweckmäßig, weil es ohnehin kaum möglich ist, für die sechs Beisitzer des Kartellobergerichtes einen gemeinsamen Termin zu finden, an dem alle Beisitzer (oder ihre Stellvertreter) Zeit

haben. Die Kenntnis der Fälle der anderen Senate trägt aber auch dazu bei, eine divergierende Lösung von Rechtsfragen in den von den Vorsitzenden ausgearbeiteten Entwürfen zu vermeiden. Werden etwa in einer solchen gemeinsamen Sitzung der Senate von jedem Vorsitzenden je zwei Akten vorgetragen, so erhalten die Vorsitzenden eine Vergütung von etwa 2.500 S, die sechs Beisitzer bei gleich hohem Zeitaufwand für die Sitzung (jedoch ohne Referententätigkeit) aber ca. 7.000 Schilling. Die Vergütung sollte nach dem Vorbild des § 74 Abs 12 PatG, der eine Bedachtnahme auf die Schwierigkeit des einzelnen Falles vorsieht, neu geregelt werden. Eine solche Regelung erscheint umso dringender, als die sich aus der künftigen Zusammenschlußkontrolle ergebenden Verfahren voraussichtlich einen besonderen Schwierigkeitsgrad aufweisen werden.

Wien, am 12. März 1992