



# ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

An das  
Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7  
1070 W i e n

Zl. 19/92

GESETZENTWURF
2 - GE/10. PZ
Datum: 17. MRZ. 1992
Von: 18. MRZ. 1992 <i>Wol</i>
<i>A. Böhm</i>

Kartellgesetznovelle 1992; GZ 9100/245/I 4/91

Sehr geehrte Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übermittlung des Entwurfes einer Kartellgesetznovelle 1992 zur Stellungnahme. Aus der Sicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages ist folgendes anzumerken:

## 1. Allgemeines

Sinn und Zweck jeder Kartellgesetzgebung ist die Sicherstellung eines funktionierenden Marktes und Wettbewerbes. Es ist daher zu begrüßen, daß die Novelle die Tendenz zeigt, obrigkeitsstaatliche Reglementierungen durch marktkonforme Mechanismen zu ersetzen (insbesondere Antragslegitimationen für Unternehmer, die durch Maßnahmen betroffen werden, Bußgeldvorschriften statt Verwaltungsstrafverfahren).

Zu den Detailregelungen ist allgemein anzumerken, daß sie nur ein Teil jener Regelungen betreffen, die in jüngster Zeit, insbesondere auch aus Kreisen der Rechtsanwender, kritisiert wurden (vgl dazu "Erfahrungen mit der praktischen Anwendung des Kartellgesetzes 1988", AnwBl 1991, 145; dieser

- 2 -

Erfahrungsbericht ist auch dem Bericht des Bundesministers für Justiz an den Nationalrat über die Erfahrungen mit der praktischen Anwendung des Kartellgesetzes 1988, III-35 Blg NR XVIII. GP angeschlossen). Der ÖRAK enthält sich an dieser Stelle bewußt einer umfassenden Stellungnahme zu weiteren Reformanliegen und beschränkt sich auf den vorliegenden Entwurf.

Grundsätzlich begrüßt wird, daß das Kartellgericht erweiterte Befugnisse erhält. Freilich ist anzumerken, daß ein derartiger Ausbau der Kompetenzen nur dann sinnvoll ist, wenn auch in personeller und sachlicher Hinsicht entsprechende Vorsorge dafür getroffen wird, daß die vom Kartellgericht durchzuführenden Verfahren auch wirklich kompetent und zügig abgewickelt werden können. Schnelligkeit ist gerade im Kartellrecht ein wesentliches Thema. Daß es Kritik an der Gerichtorganisation gibt (Stichworte: Tribunal iSd Art 6 EMRK, Art 91 und Art 92 B-VG etc), sei hier nur angemerkt.

## 2. Zu Art I

### a) Zu Z 1 (§ 2 a)

Nach der vorgeschlagenen Neuregelung soll es nicht mehr auf die Branche oder auf den Sitz oder den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit ankommen, sondern allein auf die Umsatzzahlen. Es erscheint fraglich, ob es zweckmäßig und richtig ist, hier nicht primär auf den inländischen Umsatz abzustellen.

Es scheint auch zunächst nicht einsichtig, warum nunmehr die Art der Branche der beteiligten Unternehmen keinerlei Kriterium sein soll. Kann man wirklich unbesehen die Umsätze einer Süßwaren-Handelskette mit jener eines KFZ-Produzenten addieren? Wir verkennen nicht, daß eine zu verfeinerte Regelung selbstverständlich Abgrenzungsprobleme im Einzelfall heraufbeschwören kann. Eine grobe Zuordnung wäre aber vielleicht machbar.

- 3 -

Und noch etwas: Umsatzziffern haben für jede Branche eine unterschiedliche Aussagekraft.

Die Überschrift zu § 2a soll die "Berechnung des Umsatzerlöses" ankündigen. Man würde daher zunächst auch eine Definition des Begriffes "Umsatzerlös" erwarten. Eine solche Definition fehlt. Wir regen an, dies zumindest in den Materialien zu erläutern (etwa Hinweis auf § 232 HGB).

Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Anknüpfungskriterien in § 2 a Z 2 und 3: Ist hier nur die Bilanzsumme bzw sind hier nur die Prämieinnahmen in Österreich gemeint oder sollen tatsächlich weltweit diese Kennziffern addiert werden?

Zu erwägen wären Konkretisierungen in Anlehnung an § 23 Abs 1 Satz 2 - 10 GWB.

Wir verkennen freilich nicht, daß diese Anmerkungen vielleicht zu der noch viel grundsätzlicheren Frage nach der Durchführbarkeit und Notwendigkeit derartiger Regelungen (Fusionskontrolle) führen.

b) Zu Z 2 - 4 (§ 5)

Die Erläuterungen verweisen darauf, daß uU Ausnahmen im Bereich der Forstwirtschaft durch Verordnung gem § 17 bestimmt werden könnten. Wenn dies so beabsichtigt ist, wäre eine entsprechende gesetzliche Determinierung für § 17 anzuregen.

Soweit Bereichsausnahmen überhaupt beibehalten werden sollen, erscheint es richtig, einen für den Einzelfall leicht feststellbaren weiten Umfang zu wählen. Konkret: Was bedeutet "notwendig"? Es erscheint eher ratsam, die zweite Variante ("dienen") zu wählen.

- 4 -

c) Zu Z 5 (§ 8 a)

Diese neue Kompetenz ist im Grundsatz zu begrüßen, freilich ist hier nochmals die bereits in der Einleitung festgehaltene Einschränkung (werden wirklich die erforderlichen sachlichen und persönlichen Mittel zur Verfügung stehen?) zu wiederholen. Der Grundsatz, daß die Antragslegitimation auch einzelnen Unternehmern eingeräumt wird, ist zu begrüßen.

Anzuregen ist eine zeitliche Befristung, bis zu der das Kartellgericht die Feststellung zu treffen hat.

d) Zu Z 9 (§ 17 Abs 3 Z 1)

Wenn Z 1 aufgehoben wird, müßte die bisherige Z 2 zur Z 1 und die bisherige Z 3 zur Z 2 werden.

Zur Konkretisierung könnte der Text der bisherigen V v 6.4.1989 (BGBl 185) dienen.

Hiezu verweisen wir auch auf die Stellungnahme zu Z 2 - 5 (§ 5) und Z 15 (§ 30 e).

e) Zu Z 13 (§ 25)

Die Konzeption der Zuständigkeit für diese Angelegenheiten beim Kartellgericht wird begrüßt. Insbesondere auch die nunmehr vorgesehene Möglichkeit der kartellgerichtlichen Klärung, ob ein Absichtskartell vorliegt (§ 25 Abs 2).

f) Zu Z 15 (Abschnitt IIa)

Es ist zu begrüßen, daß die sog "vertikalen Vertriebsbindungen" nunmehr einem gesonderten Regime unterstellt werden, sodaß nicht mehr vorab die Frage zu klären ist, ob ein "Kartell" vorliegt.

- 5 -

g) Zu Z 15 (§ 30 a)

Eine kleine sprachliche Anmerkung: In der dritten Zeile sollte es richtig heißen "Unternehmer) und einem ...".

Anzumerken ist, daß nach dieser Definition nicht ganz klar ist, ob bei einer vertikalen Vertriebsbindung nur die gebundenen Unternehmer oder auch der bindende Unternehmer im Bezug oder Vertrieb von Waren oder bei der Inanspruchnahme oder Erbringung von Leistungen beschränkt werden darf. Es sollte klargestellt werden, daß die charakteristische Beschränkung sowohl bindende, als auch gebundene Unternehmer erfassen kann.

h) Zu Z 15 (§ 30 b)

Hier sollte die Absatzbezeichnung "(1)" entfallen.

i) Zu Z 15 (§ 30 e)

Im Hinblick auf Art 18 B-VG bedarf § 30 e einer entsprechenden Determinierung. Wir regen an, dies nach dem Vorbild der bereits existierenden einschlägigen EG-Gruppenfreistellungsverordnungen für Alleinvertriebsvereinbarungen, Alleinbezugsvereinbarungen, Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen bei Kraftfahrzeugen, Patentlizenzvereinbarungen, Franchisevereinbarungen und Know-how-Vereinbarungen zu regeln. Allenfalls käme auch eine Determinierung in der Art des derzeit geltenden § 17 Abs 3 KartG in Betracht.

j) Zu Z 17 (§ 35 Abs 2 und 3)

Zu Abs 2:

Diese Regelung erscheint unklar. Ist damit gemeint, daß die Beeinträchtigung der Medienvielfalt eines von vielen Kriterien sein soll, die bei Prüfung der Voraussetzungen nach Abs 1 in Betracht zu ziehen und zu prüfen sind? Wenn ja, weshalb

- 6 -

wird gerade dieses Kriterium genannt? Welche weiteren Kriterien bestehen? Was ist, wenn eines dieser Kriterien zu verneinen ist? Oder ist beabsichtigt, die Beeinträchtigung der Medienvielfalt jedenfalls als Mißbrauch zu typisieren? Daß dies weit über die beabsichtigten Ziele hinauszielen würde, liegt auf der Hand. UU könnten Veränderungen auf einem bloß regionalen Markt (zB örtliche Sport-Informationenblätter) bereits unter diese Regelung fallen. Allenfalls wäre auch zu erwägen, die Beeinträchtigung der Medienvielfalt näher zu bewerten (etwa "sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung" udgl).

Zu Abs 3:

Wird ein Mißbrauch festgestellt, so muß dieser Mißbrauch untersagt werden, und die Durchsetzung der Untersagung muß bis zur erfolgreichen Abstellung des Mißbrauchs mit den Mitteln des Kartellrechts betrieben werden. Ein darüber hinausgehendes Bedürfnis für Anordnungen, die auf die Beseitigung jener Rahmenbedingungen hinzielen, aus denen der Mißbrauch entstanden ist, besteht genau genommen nicht. Die Ermächtigung, solche Anordnungen zu treffen, erschiene allerdings dann sinnvoll, wenn anstelle der Untersagung eines als mißbräuchlich festgestellten Verhaltens konstruktive Anordnungen zur Veränderung des Verhaltens in der Weise, daß es nicht mehr als Mißbrauch beurteilt werden kann, möglich wären.

Kritik an dieser Regelung ist auch im Hinblick auf Art 18 B-VG anzumelden. So weit gehende Eingriffsmöglichkeiten, die - so jedenfalls die Erläuterungen - bis hin zu Entflechtungsmaßnahmen gehen sollen, bedürfen einer entsprechenden gesetzlichen Determinierung.

k) Zu Z 18 (§ 37)

Ebenso wie es - sieht man von der derzeitigen tagespolitischen Diskussion ab - fraglich ist, ob es wirklich richtig ist, einen einzigen besonderen Aspekt ("Medienvielfalt") be-

- 7 -

sonders hervorzuheben und zu regeln, erhebt sich auch die Frage, ob es zweckmäßig ist, in § 37 Z 4 einer bestimmten Berufsgruppe ("Journalisten") Rechte einzuräumen, die anderen Berufsgruppen nicht zukommen. Wieso hat beispielsweise die Arbeitnehmerschaft eines Bauunternehmens oder eine Interessenvereinigung der Schauspieler eines großen Staatstheaters keine derartigen Rechte?

In § 37 sollte jedenfalls klargestellt werden, daß der betroffene Unternehmer, dem ein mißbräuchliches Verhalten vorgeworfen wird, selbst antragsberechtigt ist.

1) Zu Z 20 (§ 41 Z 3)

Das Anliegen dieser Regelung - wie es in den Erläuterungen dargestellt wird - ist zu begrüßen, erscheint freilich in der Fassung des Entwurfes nicht hinreichend deutlich umgesetzt.

m) Zu Z 22 (§ 42 Abs 1)

Die Grenze von öS 150 Millionen erscheint zu niedrig. In Deutschland liegt die Grenze der Anzeigepflicht bei 500 Millionen DM (§ 23 Abs 1 GWB).

Die Sinnhaftigkeit quantitativer Umsatzzahlen als Maßstab der Marktkonzentration bleibe dahingestellt. Gerade bei Märkten, die unflexibel sind, hohe Zutrittschranken haben, oder Oligopole aufweisen, ist die Messung der Marktkonzentration durch einen aussagekräftigen Index wirksamer. Sonderregelungen, wie diejenige für Medienzusammenschlüsse, würden sich dadurch ebenfalls erübrigen.

n) Zu Z 24 (§ 42a)

Hier sollte es in der Überschrift wohl richtiger (bedingt) "genehmigungspflichtige Zusammenschlüsse" heißen.

- 8 -

In § 42 a Abs 1 sollte eine entsprechend höhere Umsatzgrenze eingefügt werden.

Zu § 42 a Abs 3 Z 4 (Antragsrecht der Journalisten-Vereinigungen) gelten die oben gemachten Anmerkungen zu Z 18 des Entwurfes entsprechend.

o) Zu Z 24 (§ 42 b)

§ 42 b Abs 6 sollte klarstellend etwa so formuliert werden:

"Der Zusammenschluß darf nur binnen 6 Monaten nach dem Einlangen der Anmeldung untersagt werden; nach dem Ablauf der Frist hat das Kartellgericht hierüber unverzüglich eine Bestätigung auszustellen. Wenn ein Verbesserungsauftrag nach § 65 erteilt wird, ist die Frist bis zum Einlangen des verbesserten Genehmigungsantrags gehemmt."

Zur praxisorientierten Überbrückung des relativ langen Prüfungs- und Genehmigungszeitraumes von bis zu 6 Monaten sollte erwogen werden, dem Kartellgericht eine (vorläufige) Befreiungsmöglichkeit nach dem Muster des Art 7 Abs 4 der EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 einzuräumen.

Grundsätzlich ist auf die Wertung hinzuweisen, lediglich Zusammenschlüsse, die zu einer marktbeherrschenden Stellung führen, einer strengen Kontrolle zu unterziehen, während das Erlangen einer marktbeherrschenden Stellung auf andere Weise (insb kontinuierliches, durch unternehmerischen Erfolg begründetes inneres Wachstum) nicht unter eine derartige Kontrolle fällt. Dies bringt einen merkwürdigen Wertungswiderspruch. Hier soll das bloße Faktum des Zusammenschlusses ohne Berücksichtigung seiner potentiell mißbräuchlichen Auswirkungen kontrolliert werden. Dies erscheint auch in verfassungsrechtlicher Sicht (Freiheit der Erwerbstätigkeit, Gleichheitssatz, Freiheit der Privatautonomie) nicht völlig unbedenklich. Dabei erhebt sich auch nochmals die grundsätzliche Frage, ob die Zusammenschlußkontrolle für die öster-

- 9 -

reichische Wettbewerbsordnung notwendig und zweckmäßig ist. Bei einem Regelungsbedarf nur für Medienzusammenschlüsse könnte diesem auch außerhalb des KartellG entsprochen werden. Wir verkennen aber nicht, daß die grundsätzliche Entscheidung für oder gegen eine Fusionskontrolle eine politische ist.

Anzumerken ist noch, daß die Entscheidung, in dem Entwurf keine rückwirkenden Entflechtungsmaßnahmen vorzusehen, aus Gründen der Praktikabilität, insbesondere aber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht (Stichwort: Schutz des Eigentums) richtig ist und begrüßt wird.

p) Zu Z 25 (§ 45)

Die einseitige Begünstigung der Amtsparteien entbehrt der sachlichen Grundlage und wäre daher zu streichen. Es sollte dabei auch nicht übersehen werden, daß die Verpflichtung zum Kostenersatz das Bestreben mit größter Umsicht und Sorgfalt den Einsatz der rechtlichen Mittel zu prüfen, gefördert wird.

q) Zu Z 28 (§ 49 Abs 2)

Hier würde die sprachlich einfachere Formulierung genügen:

"... eine Gleichschrift des Antrags oder der Anmeldung samt Beilagen zuzustellen."

r) Zu Z 48 (§ 68a)

Im zweiten Teilabsatz des § 68 a Abs 1 Z 1 lit a wird bei den anzumeldenden Umsätzen auf Mengen und Erlöse abgestellt, obwohl § 42 a nur von Umsatzerlösen spricht; Mengen im Sinne von Warenquantitäten spielen bei den Aufgriffsschwellen für die Zusammenschlußkontrolle keine Rolle.

- 10 -

s) Zu Z 53 - 59 (§ 80)

Die Gebühren erscheinen - insbesondere im Bereich der Rahmengebühren - sehr hoch. Aus § 82 Z 2 iVm § 80 Z 3 (nF) ergibt sich, daß der Antragsteller, wenn er unterliegt, offensichtlich keine Gebühr zu zahlen hat. Ist dies so beabsichtigt?

Zusätzlich zur bemängelten Höhe der Pauschalgebühren erscheint auch eine Bemessungsbandbreite bis zum 20-fachen der Mindestgebühr dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu widersprechen, auch wenn der unverändert bleibende § 84 eine Determinierung des gebundenen Ermessens vorsieht; gerade im Bereich der häufigen vertikalen Vertriebsbindungen ist die Prognostizierbarkeit des Verfahrensaufwandes von Bedeutung, weil die gebundenen Unternehmer regelmäßig nur dann zur Vertriebsbeteiligung bereit sind, wenn der bindende Unternehmer sämtliche damit allenfalls verbundenen kartellrechtlichen Gebühren und Kosten alleine übernimmt.

t) Zu Z 69 (§§ 142 ff)

Grundsätzlich ist die Einführung eines Bußgeldverfahrens anstelle von Verwaltungsstrafen zu begrüßen. Zu kritisieren ist die Untergrenze von S 50.000,--, die zu hoch angesetzt erscheint.

Zu bemängeln ist auch, daß für rücksichtswürdige Fälle (Bagatellfälle) lediglich die Regelung des § 143 gelten soll, der für den Bußgeldpflichtigen zwingend zumindest die Mindestbuße nach sich zieht. Ein Absehen von der Verhängung einer Buße ist offenbar nicht möglich. Dies ist unbefriedigend. Zu erwägen wären Analogien zu § 21 VStG bzw § 42 StGB.

- 11 -

### 3. Art III, IV (Übergangsbestimmungen)

Diese sollten nochmals überprüft werden. Sollen etwa gem Art IV die nunmehr vorgesehenen neuen Regelungen zur Gänze auf "alte" Zusammenschlüsse nicht anwendbar sein (einschließlich der Regelungen über die Mißbrauchsaufsicht)? Hier ist eine Präzisierung anzuregen.

Wien, am 13.03.1992

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



**Dr. Schuppich**  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Generalsekretär