

4/SN-344/ME

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

An das
Bundesministerium für Justiz

Museumstrasse 7
1070 Wien

11.03.1999

ZI. 13/ 1 99/26**GZ: 9.100/375-I.4/1999****Bundesgesetz , mit dem das Kartellgesetz 1988 geändert wird**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag bedankt sich für die Einladung, zum Entwurf eines Bundesgesetzes mit dem das Kartellgesetz 1988 geändert wird, Stellung zu nehmen.

Artikel I, Ziffer 11 ordnet für den marktbeherrschenden Unternehmer die Beweislastumkehr an, schränkt diese jedoch ausschließlich auf den Verkauf unter dem Einstandspreis ein.

Ausgehend von der rechtspolitischen Zielsetzung des Kartellgesetzes ist diese Einschränkung jedoch nicht gerechtfertigt, weil nicht nur der Verkauf unter dem Einstandspreis ein Marktmißbrauchstatbestand ist, der im Interesse des Marktes und der Mitbewerber nur durch eine Beweislastumkehr rasch und effizient geklärt werden kann, da letztlich nur das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang zu den erforderlichen Beweismitteln hat. Daher wird angeregt, in allen gesetzlichen Fällen des Marktmißbrauches eines marktbeherrschenden Unternehmens die Beweislastumkehr anzuordnen.

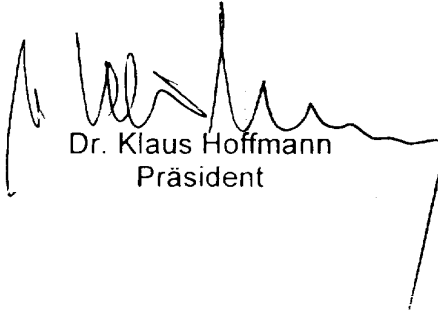
Zu Artikel I, Ziffer 17 wird folgendes ausgeführt.

Mit der Systematik des Kartellgesetzes und dem Konstrukt der Amtsparteien ist nicht vereinbar dem Kartellgericht nunmehr ein amtswegiges Einschreiterecht einzuräumen. Dies stößt auch insoweit auf Bedenken, als im Sinne eines fairen Verfahrens das Gericht nicht einmal in den Anschein der Rolle des Anklägers und Beweismittelsammlers kommen soll. Da das Kartellgericht aber zu prüfen hätte, ob sein Einschreiten im öffentlichen Interesse ist, müßte das Kartellgericht durch Vorerhebungen in der Sache von sich aus tätig werden, ohne daß dieses Vorfrageverfahren eingehend determiniert wäre.

Da es damit der subjektiven Einschätzung des Kartellgerichtes überlassen bleibt, ob es einschreiten darf oder sogar einzuschreiten hat, wäre wenn es bei der Amtswegigkeit bleiben soll notwendig einen taxativen Katalog festzuschreiben und das Einschreiten nicht einem dem Rechtsmittelzug entzogenen Kartellgericht zu überlassen. Keinesfalls darf das Rechtsmittelverbot bei einem Tatbestand dieser Tragweite aufrecht erhalten werden.

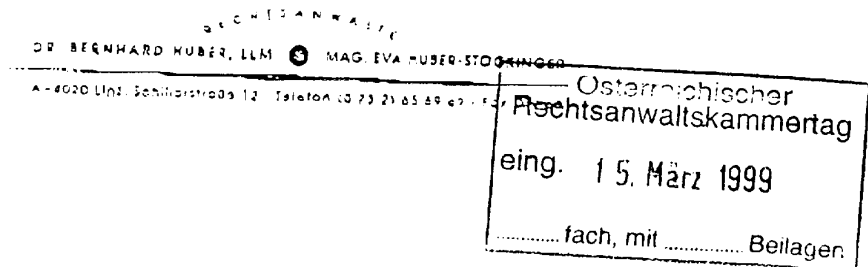
Wien, am 11.März 1999

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Klaus Hoffmann
Präsident

Angeschlossen wird sie Stellungnahme der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer.



STELLUNGNAHME

*zum Entwurf eines Bundesgesetzes,
mit dem das Kartellgesetz 1988 geändert wird
(Kartellgesetznovelle 2000)*

im Auftrag der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer

1. Allgemeine Bemerkungen

In den Erläuterungen des Gesetzesentwurfes werden aufsehenerregende Ereignisse mit kartellrechtlicher Relevanz des Jahres 1998 (Bauskandal, Zusammenschluß Rewe-Meindl) als Grund für die Kartellrechtsnovelle genannt.

Darüber hinaus wird ausgeführt, daß lediglich eine teilweise Umsetzung der beabsichtigten Änderungen noch in dieser Legislaturperiode erfolgen soll, wobei weitere Änderungen in einer späteren Novelle geplant sind.

Der Gutachter spricht sich gegen eine derartige Gesetzgebung aus rechtspolitischen Gründen massiv aus.

Allgemein wird in der Öffentlichkeit zu Recht beklagt, daß die Qualität der Gesetzgebung erheblich nachgelassen hat, was sich insbesondere daran zeigt, daß der Gesetzgeber vorhandene Gesetze laufend novelliert.

Im Interesse der Rechtssuchenden wäre es daher wünschenswert, alle als erforderlich angesehenen Änderungen eines Gesetzes in einer einzigen Novelle durchzuführen.

Darüber hinaus weisen die eingangs zitierten aufsehenerregende Ereignisse des Jahres 1998 keinerlei Zusammenhang mit der gegenständlichen Novelle auf; war der Bauskandal doch ein schon bisher klar vom Kartellgesetz erfaßter Tatbestand, so ist der Zusammenschluß Rewe-Meindl ohnehin dem österreichischen Kartellrecht entzogen.

2. Verhaltenskartell

Durch die Novelle soll der bisher einheitliche Tatbestand des Verhaltenskartelles aufgeteilt werden in Absichts- und Wirkungskartelle.

Grundsätzlich ist gegen diese Neuerung kein Einwand zu erheben; es darf aber angemerkt werden, daß diese Neuregelung in der Praxis nicht wirklich Auswirkungen haben wird, auch wenn nunmehr natürlich Verhaltenskartelle als Absichtskartelle nicht erst bei Untersagung, sondern bereits ex lege verboten sind.

3. Marktbeherrschende Stellung

Durch die Novelle soll die widerlegbare Vermutung eingeführt werden, daß ein Unternehmer ein marktbeherrschendes Unternehmen ist, wenn er ein Marktanteil von 30 % aufweist.

Grundsätzlich ist diese Beweislastumkehr zu begrüßen, führt sie doch zu erhöhter Rechtssicherheit.

Da nach der Judikatur der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung für sich selbst auch den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs darstellt (zB OGH 17.3.1998, ÖBI 1998, 256), ist aufgrund der Beweislastumkehr ein erhöhter Trend zur Einbringung von Wettbewerbsklagen zu erwarten; die Beweislastumkehr schafft in erster Linie Erleichterungen im Provisorialverfahren zum Zwecke der Erlangung von einstweiligen Verfügungen.

Kritik ist jedoch insofern anzubringen, als der gesamte inländische Markt mit einem inländischen örtlichen Teilmarkt nicht gleichgestellt werden sollte. Zumindest aber sollte der erforderliche Anteil am örtlichen Teilmarkt von 30 % erheblich erhöht werden, ist doch erfahrungsgemäß die Durchdringung eines örtlichen Teilmarktes wesentlich leichter als die des gesamten inländischen Marktes.

Es würde nicht der Intention des Kartellrechtes entsprechen, würde ein lokaler Anbieter, der aufgrund verschiedenster Umstände lediglich in einem lokalen Teilmarkt (zB eine größere Stadt samt Einzugsgebiet) einen Anteil von 30 % besitzt, als marktbeherrschendes Unternehmen gelten.

Im übrigen wird auf die Bestimmung des § 16 Kartellgesetz (Definition von Bagatellkartellen) verwiesen; die dort verankerte 25 %-Grenze für einen örtlichen Teilmarkt liegt doch in einem erheblichen Wertungswiderspruch zu der hier beabsichtigten 30 %-Grenze bei örtlichen Teilmärkten. Hat ein Kartell weniger als 25 % Marktanteil eines örtlichen Teilmarktes (und weniger als 5 % am gesamten Markt), so liegt ein Bagatellkartell vor; hat ein Unternehmen aber 30 % oder mehr Anteil am Regionalmarkt, ist er bereits als marktbeherrschendes Unternehmen einzu-stufen.

4. Verkauf unter Einstandspreis

Durch die Novelle soll der sachlich nicht gerechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis als Mißbrauchstatbestand eines marktbeherrschenden Unternehmens festgeschrieben werden.

In der Begründung wird hiezu angeführt, daß damit ohnehin keine Änderung der Rechtslage verbunden wäre, da ein solches Verhalten schon bisher der Generalklausel des § 35 Abs.(1) 1. Satz unterstellt werden konnte und von der Rechtsprechung dies auch getan wurde.

Diese Begründung ist schlichtweg unrichtig; nach der Kenntnis des Begutachters liegt keine einzige veröffentlichte Entscheidung vor, worin der sachlich nicht ge-

3

rechtfertigte Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis als per se-Tatbestand des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung angesehen wurde.

Der OGH als Kartellobergericht hat vielmehr ausgesprochen, daß das gezielte Preisunterbieten, um Konkurrenten vom Markt zu verdrängen, einen Behinderungsmißbrauch im Sinne von § 35 Abs.(1) Kartellgesetz darstellt (OGH 26.2.1996, ÖBl 1996, 289 - Power-Pack = WBl 1996, 251).

In dieser Entscheidung ist es noch dazu gar nicht um Verkäufe unter dem Einstandspreis gegangen, sondern um das konsequente Unterbieten mit über dem Einstandspreis liegenden Preisen.

Auch in der Literatur wird nur der systematische Unterkostenverkauf mit der Konsequenz, daß der Wettbewerbsbestand auf dem betroffenen Markt gefährdet wird, als Mißbrauchstatbestand angegeben (Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, § 12, Rz 37, Seite 233).

Schließlich hat auch der EuGH zu Artikel 88 EG-Vertrag judiziert, daß der Verkauf unter den durchschnittlichen Gesamtkosten als marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig ist, wenn der Verkauf Bestandteil einer auf Vernichtung von Mitbewerbern gerichteten Strategie ist (vgl. im einzelnen Koppensteiner, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, § 18, Rz 13).

Die Einführung eines per se-Verbotes des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufes von Waren unter dem Einstandspreis ist daher sehr wohl eine wesentliche inhaltliche Neuerung.

Auch wenn es wettbewerbspolitisch wünschenswert sein mag, den Verkauf unter Einstandspreisen in bestimmten Situationen zu untersagen, so wäre es doch notwendig gewesen, daß sich der Gesetzgeber mit der herrschenden Judikatur näher auseinandergesetzt hätte. Auch hätte man eine Auseinandersetzung mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Juni 1990, G 56/89, erwarten dürfen, wodurch § 3 a Nahversorgungsgesetz als verfassungswidrig aufgehoben wurde.

Durch die neue Regelung provoziert der Gesetzgeber neuerlich eine Flut von Wettbewerbsprozessen wegen des Verkaufes unter dem Einstandspreis; bedenkt man, daß die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund eines 30 %igen Marktanteiles am örtlichen Teilmarkt vielerorts gegeben sein wird.

Auf die Möglichkeit von Unterlassungsklagen nach dem UWG aufgrund von Verletzungen des § 35 Kartellgesetz wurde bereits hingewiesen.

Bedenkt man weiters, daß nach den Erläuterungen im Gesetzesentwurf der Sinn dieser Regelung lediglich in einer Beweislastumkehr liegt (gemäß dem neuen § 35 Abs.(1a) hat der Unternehmer die Beweislast dafür, daß er nicht unter dem Einstandspreis verkauft bzw. ein sachlicher Grund hierfür vorliegt), erscheint die diesbezügliche Abänderung des § 35 Kartellgesetz als völlig verunglückt, da wesentlich über das Ziel hinausschießend.

5. Änderung der Aufgriffsschwellen der Zusammenschlußkontrolle

Mehr als fragwürdig erscheint auch die vom Gesetzgeber vorgesehene Anhebung der Aufgriffsschwellen für die Zusammenschlußkontrolle sowie das Abstellen auf die weltweiten Umsätze.

Zunächst ist auch hier aus prinzipiellen Überlegungen abzulehnen, daß eine Erhöhung der Schwellgrenzen nur deshalb erfolgt, um eine spätere Umstellung auf Eurobeträge zu erleichtern. Die Umstellung auf Eurobeträge bedarf dann natürlich einer neuerlichen Novelle, sodaß empfehlenswert wäre, die Umstellung in einer einzigen Novelle durchzuführen.

Hinsichtlich des Abstellens auf Auslandsumsätze führen die erläuternden Bemerkungen ebenfalls keinen sachlichen Grund an. Man hat vielmehr den Eindruck, daß der Gesetzgeber aus gekränkter Eitelkeit die Judikatur des OGH, wonach aus verschiedensten Gründen lediglich auf die Inlandsumsätze abzustellen ist, korrigieren möchte. Sachliche Gründe hierfür oder eine fundierte Auseinandersetzung mit den Argumenten der Judikatur fehlt völlig.

Die Änderung der Aufgriffsschwellen ist daher zur Gänze abzulehnen.

6. Einführung der Amtswegigkeit

Die Einführung der Amtswegigkeit ist nach dem Dafürhalten des Begutachters sehr begrüßenswert. Das Antragsmonopol der Amtsparteien, insbesondere bei der Prüfung von Zusammenschlüssen, hat in der Praxis aufgrund der Zurückhaltung der Amtsparteien zu einer Lähmung der Zusammenschlußkontrolle geführt.

7. Übergangsbestimmungen

Auffallend ist, daß der Gesetzesentwurf keinerlei Übergangsbestimmungen enthält. Auch die Erläuterungen begründen diesen Mangel nicht.

Offen bleibt daher, ob und in welchem Ausmaß die neue Rechtslage in anhängige Verfahren eingreift.

Wie ist mit bereits angemeldeten Zusammenschlüssen zu verfahren, die aufgrund der Erhöhung der Aufgriffsgrenzen ab 1.1.2000 nur noch anzeigepflichtig sind? Hat das Kartellgericht die Anmeldung abzuweisen?

Wie ist mit bisher anzeigepflichtigen Zusammenschlüssen zu verfahren, die aber beispielsweise aufgrund der in § 42 Abs.(1) enthaltenen Monatsfrist noch nicht angezeigt wurden, durch das Abstellen auf weltweite Umsätze aber anmeldebedürftig werden? Darf ein derartiger Zusammenschluß, der bislang - da ja nur anzeigepflichtig - bereits durchgeführt werden durfte, auch weiterhin durchgeführt werden, obwohl er nunmehr anmeldebedürftig ist, und daher mit der Durchführung bis zum rechtskräftigen Ausspruch des Kartellgerichtes zugewartet werden muß (§ 42 a Abs.(4) KartG)?

5

Eine nähere Regelung der Übergangsbestimmungen wird daher unerlässlich sein.

Linz, am 12. März 1998

Dr. Bernhard Huber