

9/SN-344/ME

Präs. 1612-4/99

An das  
Präsidium des Nationalrates  
Parlamentsgebäude

W i e n

:
Datum: 23. März 1999
Verteilt .....

*ohne Ref*

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das  
Kartellgesetz 1988 geändert wird

Ich beehre mich, anliegend 25 Ausfertigungen der vom  
Begutachtungssenat I am 19. März 1999 beschlossenen Stellung-  
nahme des Obersten Gerichtshofes zu übermitteln.

Wien, am 19. März 1999

**Dr. Felzmann**

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung





Der Begutachtungssenat I des Obersten Gerichtshofes hat am 19. März 1999 zu dem vom Bundesministerium für Justiz am 17. Februar 1999 zu GZ 9100/375-I 4/1999 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 1988 geändert wird, nachstehende

### STELLUNGNAHME

beschlossen:

Gegen die ins Auge gefaßten Neuregelungen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken; einige von ihnen sind ausdrücklich zu begrüßen. Bedauerlich ist aber, daß einige aus der Sicht des Obersten Gerichtshofes dringende Reformanliegen bis zur nächsten Novelle aufgeschoben werden sollen.

Im einzelnen besteht Anlaß zu nachstehenden Bemerkungen:

I. Ausdrücklich zu begrüßen sind folgende Änderungsvorhaben:

1. Ausweitung des Verbotsprinzips auf Verhaltenskartelle (§ 11 Abs 1 KartG und Folgeänderungen - Art I Z 1 bis 4), weil eine privilegierte Behandlung von Verhaltenskartellen ebenso wie bei Vereinbarungskartellen nur dann gerechtfertigt ist, wenn es sich nicht um ein Absichtskartell, sondern bloß um ein Wirkungskartell handelt.

2. Einführung einer widerlegbaren Vermutung, daß Unternehmer mit einem Marktanteil von mindestens 30 % eine marktbeherrschende Stellung haben (§ 34 Abs 3 KartG - Art I Z 8); damit wird einem internationalen Trend gefolgt,

der bereits auch in anderen gesetzlichen Neuregelungen (zB ÜbernahmeG) Niederschlag gefunden hat, und Beweisschwierigkeiten beseitigt.

3. Neuregelung der Berechnung der Aufgriffsschwellen bei der Fusionskontrolle (§§ 42, 42a KartG - Art I Z 12 und 13 - ausdrückliche Einbeziehung der Auslandsumsätze unter gleichzeitiger Einziehung einer weiteren Grenze hinsichtlich des für eine Prüfung nötigen Mindestinlandsumsatzes); eine Neuregelung in dieser Richtung hielt der Oberste Gerichtshof bereits in seinem Tätigkeitsbericht 1997 für zweckmäßig, weil die derzeitige Regelung von allen beteiligten Kreisen - wenn auch aus unterschiedlichen Gründen - als unbefriedigend empfunden wurde und die vorgesehene Neuregelung ein weiteres Auseinanderklaffen der österreichischen und der europäischen Fusionskontrolltatbestände - abgesehen von der Größenordnung - vermeidet.

II. Der Ausbau der Amtswegigkeit des Kartellverfahrens (§ 44a - Art I Z 17 und Folgeänderungen) ist offensichtlich ein politischer Kompromiß, der zwar nach Meinung des Obersten Gerichtshofes an sich überflüssig ist, weil das öffentliche Interesse durchaus auch ausreichend durch das Antragsrecht des Bundes als Amtspartei (§ 44 KartG) gewahrt werden könnte, wenn dieser seine Rechte entsprechend ausüben würde.

Mit dem vorgesehenen Ausbau der Amtswegigkeit kann sich der Oberste Gerichtshof aber unter der Voraussetzung abfinden, daß diese im Sinn der Erläuterungen zu handhaben ist, nämlich daß das Kartellgericht weder verpflichtet ist, zur aktiven Überwachung der Wettbewerbsordnung von sich aus

Erwägungen und Ermittlungen zu pflegen - was bei der derzeitigen personellen Ausstattung undenkbar wäre -, noch gehalten ist, allen herangetragenen Anregungen nachzugehen, sondern nur solchen, die es im öffentlichen Interesse für notwendig hält.

Geht man diesen Weg, ist es durchaus folgerichtig, ein Äußerungsrecht der durch einen Zusammenschluß berührten Unternehmer vorzusehen (§ 42a Abs 3a KartG - Art I Z 14), weil dies den Informationsstand des Kartellgerichtes erweitert und die Möglichkeit gibt, auf kartellrechtlich bedenkliche Fusionen aufmerksam zu machen, die von den Amtsparteien wegen Rücksichtnahme aus verschiedenen Gründen nicht an das Kartellgericht zur Überprüfung herangetragen werden, obwohl dies nach den Intentionen des Kartellgesetzes geboten erschiene.

1. Allerdings ist es zur Klarstellung und Vermeidung überflüssiger Rechtsmittel zweckmäßig, im **Gesetz selbst** - und nicht nur in den Erläuterungen - ausdrücklich festzuhalten, daß durch die Abgabe solcher Äußerungen weder ein Recht auf eine bestimmte Behandlung des Antrages noch ein Rekursrecht des Einschreiters entsteht. Das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Regelung führt zB im Konkursrecht bei vergleichbaren Formulierungen zu zahlreichen nur die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsmittels betreffenden Entscheidungen; solches sollte bei der bei der Fusionskontrolle gebotenen schnellen Erledigung tunlichst von vorneherein vermieden werden.

Andererseits wäre es nicht unzweckmäßig vorzusehen, daß der Einschreiter von der weiteren Vorgangsweise des Kartellgerichtes verständigt wird; dies könnte durch Übersendung einer (begründungslosen)

Ausfertigung des Einleitungsbeschlusses (§ 44a Abs 1) oder der Freigabebestätigung (§ 42b Abs 1 zweiter Satz KartG) ohne besonderen Aufwand geschehen. Dadurch würde vermieden, daß sich Konkurrenten in der Öffentlichkeit weiterhin mit "gutem Gewissen" auf eine angebliche Überprüfung des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht berufen und gegen einen längst freigegebenen Zusammenschluß polemisieren.

2. Im übrigen sollte der wiederholten Anregung des Obersten Gerichtshofes (siehe Tätigkeitsbericht 1996 S 20) auf Novellierung des § 42b Abs 5 letzter Satz KartG Rechnung getragen werden. Die in dieser Bestimmung vorgesehene Entscheidungsfrist für den Obersten Gerichtshof von zwei Monaten "nach Einlangen des letzten Rekurses" ist absolut unzureichend. Unter Berücksichtigung der vierwöchigen Frist zur Gegenäußerung und der Fristen des Postenlaufs bleibt dem Obersten Gerichtshof nur etwa eine Frist von zwei Wochen zur Fällung der Entscheidung. Im Hinblick auf die Schwierigkeit, einen gemeinsamen Sitzungstermin mit den auch anderweitig stark in Anspruch genommenen fachkundigen Laienrichtern zu finden, ist eine Zusammenschlußprüfung mit dem Ergebnis einer Untersagung faktisch unmöglich, was wohl nicht Sinn der Fusionskontrolle sein kann. Die Frist von zwei Monaten ist daher zu verlängern oder - was noch zweckmäßiger wäre - die Bestimmung dahingehend zu ändern, daß die Zweimonatsfrist erst mit Einlangen des Aktes beim Obersten Gerichtshof zu laufen beginnt.

Auch wenn andere Anregungen mangels politischen Konsenses nicht aufgegriffen werden, müßte es doch möglich sein, zur effektiven Zusammenschlußkontrolle

im Zusammenhang mit den ohnedies bereits vorgesehenen Änderungen dieser Bestimmung auch diese geringfügige, aber mit weitreichender praktischer Bedeutung verbundene Änderung durchzusetzen.

III. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seinem Tätigkeitsbericht 1996 (S 19 f) ausführlich dargelegt und in der Folge wiederholt, daß ihm eine juristische Prüfung durch mehrere Berufsrichter unabdingbar erscheint. Wegen des häufigen Interessenwiderstreits zwischen der Bundesarbeitskammer und der Bundeswirtschaftskammer in Kartellsachen - die beiden Kammern schlagen ja nicht nur die Laienrichter vor, sondern sind auch in nahezu allen Angelegenheiten antragsberechtigte Amtsparteien (§ 44 KartG) - würde die Bestellung eines Laienrichters aus dem einen oder anderen Kreis zum Berichtersteller das Ergebnis des Entwurfes beeinflussen und damit uU zu einer vorzeitigen Weichenstellung führen. Auch die persönliche Ausarbeitung von Referaten durch die fachkundigen Laienrichter ist in angemessener Frist kaum zu erwarten. Ihre wahre Funktion ist vielmehr die Einbringung ihrer großen Wirtschaftserfahrung in den Entscheidungsprozeß. Die Formulierung des Entscheidungswillens muß hingegen den Berufsrichtern obliegen. Hiefür steht aber bei der gegebenen Gesetzeslage de facto nur einer zur Verfügung, nämlich die Vorsitzende des Senates, weil ihre Stellvertreter ja nur im Falle ihrer Verhinderung tätig zu werden haben. An diesem Befund hat sich seitdem nichts geändert. Bei der kartellgerichtlichen Entscheidungstätigkeit des Obersten Gerichtshofes kann bei der derzeitigen Gesetzeslage nicht einmal hinreichend das im Wirtschaftsleben übliche "Vieraugenprinzip" gewahrt werden.

Aus diesem Grund - und insbesondere auch im Hinblick auf die rasante Zunahme der Kartellrechtssachen beim Obersten Gerichtshof in den letzten Jahren - wird nochmals angeregt, die durch die KartGNov 1995 eingeführte Regelung zu überdenken und dahin zu ändern, daß dem einfachen Senat des Obersten Gerichtshofes **drei Berufsrichter** angehören. Nur eine solche Änderung kann in Zukunft die zügige Erledigung dieser wichtigen Materie sicherstellen. Sollte den Interessenvertretungen eine - wegen der leichteren Einberufbarkeit wünschenswerte - Besetzung mit nur zwei fachkundigen Laienrichtern nicht vertretbar erscheinen, weil sie auf das überwiegende Laienelement besonderen Wert legen und offenkundig Angst vor einer Überstimmung durch die Berufsrichter haben, kann sich der Oberste Gerichtshof - wie er bereits mehrfach dargelegt hat - auch mit einer Senatsbesetzung durch drei Berufsrichter und wie bisher vier fachkundigen Laienrichter, mithin mit einem **Siebenersenat**, in dem das **Laienelement überwiegt**, abfinden. Es wird daher dringend ersucht, dieses Anliegen noch in dieser Novelle zu berücksichtigen.

Wien, am 19. März 1999  
Dr. F e l z m a n n

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:

