

13/SN-344/ME



# Industriellenvereinigung

An das  
 Bundesministerium für Justiz  
 z.H. Herrn SC Dr. Gerhard Hopf  
 Museumstraße 7  
 PF 63  
 1070 Wien

Wien, 1999 03 19  
 Dr.Ma/Zi/stn/kartgnov2000.doc

## **Begutachtung des Entwurfs für ein Bundesgesetz mit dem das Kartellgesetz 1988 geändert wird (Kartellgesetznovelle 2000; GZ 9.100/375-I.4/1999)**

Die Vereinigung der Österreichischen Industrie dankt für die Information über das Vorhaben einer Kartellgesetznovelle 2000 und nimmt zum vorliegenden Ministerialentwurf wie folgt Stellung:

### **Grundsätzliche Bemerkungen**

Die mit dem vorliegenden Entwurf vom federführenden Bundesministerium für Justiz eingeschlagene Richtung einer sorgfältigen Weiterentwicklung des österreichischen Kartellrechts nach der letzten großen Novelle 1993 wird von der Vereinigung der Österreichischen Industrie sehr begrüßt. So sind in den letzten Jahren in wenigen, einzelnen Fragen der praktischen Anwendung Schwachstellen aufgetreten, die es in Form einer kleinen Kartellgesetznovelle zu identifizieren und zu beseitigen lohnt. Die aufsehenerregenden, einschlägigen wirtschaftspolitischen Ereignisse der letzten Jahre in Österreich, insbesondere auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenschlüsse und die sich für die Zukunft abzeichnende dezentrale Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts dürfen nicht dazu führen, vorschnelle und unüberlegte Schritte für eine große österreichische Kartellrechtsreform zu unternehmen. Denn bei aller Intensität der öffentlichen Diskussion ist festzuhalten, daß die bestehenden rechtlichen Grundlagen für die Wettbewerbskontrolle in Österreich ausreichende Handhabe für alle Fälle von Wettbewerbsverstößen bieten, verfahrensmäßig ein sehr hoher Rechtsschutzstandard herrscht und die EU-Konformität gegeben ist. Da Wettbewerbs- und Ordnungsfragen aber nicht ausschließlich juristisch diskutiert werden (wie die erläuternden Bemerkungen im Allgemeinen Teil, Abschnitt 1c, 1. Abs selbst ausführen), sondern zu einem erheblichen Teil dem wirtschaftspolitischen Gestaltungswillen der zuständigen Bundesministerien und der Amtsparteien unterliegen, dürfen Entscheidungen in der politischen

Sphäre nicht dazu führen, ein effizientes und bewährtes Rechtsinstrumentarium ungerechtfertigter Weise zu kritisieren.

Daß in Zukunft eine grundlegende Reform der Kartellkontrolle in Österreich insbesondere aufgrund EU-verfahrensrechtlicher Entwicklungen auf der Tagesordnung stehen wird, ist unbestritten. Eine solche Neuorientierung muß jedoch nachdem sie ja alle vom Kartellrecht betroffenen Interessen berührt, umfassend im großen Kreis und ausreichend lange diskutiert und vorbereitet werden. Bei dieser dann sicher „großen“ Novelle wären aus Sicht der österreichischen Industrie unbedingt die Verbesserung des Zusammenwirkens von Kartellgesetz und EU-Wettbewerbsrecht, die Zusammenführung der vierfach aufgeteilten Vollzugskompetenz für Kartellverfahren in Österreich sowie die Ablöse der strafrechtlichen Sanktionen im Kartellgesetz zu Gunsten eines ausgebauten Geldbußensystems zu behandeln.

Die vorliegende Kartellgesetznovelle 2000 wird daher ihrem Umfang und Inhalt nach großteils unterstützt. Klar und vehement abgelehnt wird jedoch von der österreichischen Industrie die geplante Ausweitung der Befugnis des Kartellgerichts zum amtswegigen Einschreiten über den Bereich der Zusammenschlußkontrolle hinaus:

Denn erstens würde in allen anderen Fällen die Verfolgung von verbotenem Verhalten notwendig werden, was den rechtsstaatlichen Standards der Europäischen Menschenrechtskonvention widersprechen würde, da Anklage- und Ermittlungsbehörde sowie Entscheidungsbehörde ein und dieselbe Institution wäre, zweitens die Außerstreitverfahrensmöglichkeiten des Kartellgerichts, amtswegige Ermittlungen anzustellen, keinesfalls ausreichend sind und schließlich drittens, die personelle und materielle Ausstattung des Kartellgerichts, die der Gesetzgeber nicht plant zu verbessern (obwohl in Punkt 4. der Erläuterungen ein ziemlich sicheres Ansteigen des Geschäftsanfalles prognostiziert wird) und damit defacto das Kartellgericht nicht in der Lage wäre mit den derzeitigen  $1 \frac{3}{4}$  Richtern ohne Unterstützung von juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Mitarbeitern, die ihm übertragene Allzuständigkeit zum amtswegigen Einschreiten auch praktizieren zu können. Der Wunsch der Öffentlichkeit nach einem aktiveren Kartellkontrollorgan kann ernstlich vom Gesetzgeber nur dadurch erfüllt werden, daß er die neuen Befugnisse nur auf die Amtswegigkeit bei der Fusionskontrolle erstreckt und zumindest die schon im Rahmen des Oberlandesgerichts Wien eingesetzten drei Berufsrichter tatsächlich von allen anderen richterlichen Tätigkeiten abseits ihrer Aufgabe als Vorsitzende der Kartellsenate befreit werden (wie dies ebenfalls die erläuternden Bemerkungen im Punkt 4. zumindest als mögliche Reaktion auf einen schon jetzt ständig steigenden Geschäftsanfall zumindest andeuten). Die Möglichkeit zur Lösung dieser Kapazitäts-, Verfahrens- und rechtsstaatlichen Probleme, die Einrichtung eines unabhängigen Kartellanwalts als zusätzliche Amtspartei vorzusehen, wird von der Industrie - ähnlich wie es der Begutachtungsentwurf tut - abgelehnt, weil ja auf die bestehenden Amtsparteien zurückgegriffen werden kann und eine solche Weichenstellung die weitere Entwicklung des Kartellrechts in Österreich, ohne die vorhin angesprochene Grundsatzdiskussion abgeführt zu haben, ungerechtfertigterweise präjudizieren würde.

Schließlich ist es der Industriellenvereinigung ein zentrales Anliegen, die Rechtsetzung in Österreich mit Hilfe der Bedarfsprüfung und Folgekostenabschätzung für neue Gesetzes- und Verordnungsvorhaben zugunsten der Verwaltungs-, Bürger- und Wirtschaftsbedürfnisse zu optimieren. Diesbezüglich sind seit dem Ministerratsbeschluß vom 22. Jänner d.J. von den zuständigen Ressorts die Auswirkungen auf die Beschäftigung und auf die Wettbewerbsfähigkeit und den Wirtschaftsstandort Österreich sowie allfällige administrative und kostenmäßige Belastungen für Unternehmen, Bürger und Verwaltungsbehörden generell

- 3 -

darzustellen, sowie die finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte gemäß den Richtlinien des Finanzministeriums (BGBl II 50/1999) zu kalkulieren. Aus Sicht der Wirtschaft ist festzuhalten, daß durch die zu erwartenden Verfahrensverzögerungen auf Grund der mangelhaften personellen und materiellen Ausstattung des Kartellgerichts der administrative Aufwand auf Seiten der Unternehmen sicher geringfügig zunehmen wird, sich vor allem aber Geschäfts- und Investitionsvorhaben im Zusammenhang mit Fusionen spürbar verzögern werden und indirekt die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Österreichs verschlechtern wird. Die IV geht davon aus, daß es beim vorliegenden Gesetzesvorhaben zur Beurteilung des tatsächlichen Bedarfs und der Folgeauswirkungen ausreicht, allgemeine Überlegungen und keine Detailberechnungen anzustellen und erwartet sich, daß diese Angaben bis spätestens zum Beschluß der Regierungsvorlage bzw. zur Weiterleitung ans Parlament als Entscheidungsgrundlage vorliegen.

### **Zu einigen Bestimmungen im Einzelnen**

#### Art I

##### Angleichung der Vorschriften für Verhaltenskartelle (§ 11 Abs 1, § 17 Abs 2)

Diese neue Regelung wird insbes. begrüßt, da wie bei Vereinbarungskartellen nur für Absichtskartelle das gesetzliche Durchführungsverbot gilt und Wirkungskartelle weiterhin einer bloßen Mißbrauchsaufsicht unterworfen sein sollen. Im Fall der Wirkungskartelle werden durch allfällige Absprachen der Beteiligten ja wettbewerbsbeschränkende Effekte nicht bewußt angestrebt. Generell wird durch diese Angleichung eine größere Homogenität im österreichischen Kartellrecht erzielt und die formalistische Betrachtungsweise von Kartelltatbeständen zurückgedrängt.

##### Zusätzliches Marktbeherrschungskriterium (§ 34 Abs 3)

Der Einführung eines weiteren quantitativen Kriteriums für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung steht die Industrie neutral gegenüber. Nicht so sehr die Einführung einer weiteren Marktanteilsschwelle von mindestens 30 % (die im Verlauf der Novellenbegutachtung keinesfalls abgesenkt werden darf) ist von besonderer Relevanz als die Möglichkeit, beim Gegenbeweis nicht nur auf dem gesamten inländischen Markt als örtlich relevanten Markt abzustellen sondern auch auf allfällige Teilmärkte bzw. wie in den Erläuterungen erfreulicherweise festgehalten ist, auch auf über Österreich hinausreichende Märkte (z.B. Teile des EU-Binnenmarktes) abstellen zu können. Wesentlich wäre weiters auch die übrigen quantitativen Kriterien für Marktbeherrscher (Abs 1 Ziff 2 und 3) auch nur als Vermutungstatbestände zu behandeln, da ansonsten das logische Zusammenspiel der einzelnen quantitativen Kriterien nicht mehr gegeben wäre und die österreichische Regelung von marktbeherrschenden Stellungen verfahrensmäßig strenger wäre als die des Art 86 EG-V. Keinesfalls darf jedoch die Vermutungsregelung mit Beweislastumkehr im Fall des § 34 Abs 2, der Marktbeherrschung im Vertikalverhältnis gelten. Denn die Beurteilung der Abhängigkeit des einzelnen Abnehmers oder Lieferanten kann vom Marktbeherrscher aufgrund seiner mangelnden Informationen über den einzelnen Geschäftspartner fairerweise nicht verlangt werden. Die Beweislastumkehr darf also nur sinnvollerweise für die Fälle des Abs 1 gelten. Die damit zahlreichen Änderungen des § 34 sollten daher am besten in Form einer gänzlichen Neuformulierung Berücksichtigung finden.

### Mißbrauchsaufsicht - Verkauf unter dem Einstandspreis (§ 35 Abs 1 und Abs 1a)

Die Übernahme der ständigen Judikatur, daß der Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis unter gewissen Voraussetzungen einen Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, ist in Anlehnung an das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchaus gerechtfertigt. Ob jedoch eine gesetzliche Regelung sämtliche für die Beurteilung der Preisunterbietung relevanten Interessen und Problemlagen berücksichtigen kann, ist zu bezweifeln. Auf jeden Fall darf der Beweis nicht auf die Begründung einer sachlichen Rechtfertigung abstellen, sondern auf die Umstände, die eine sachliche Rechtfertigung begründen.

### Ergänzung betreffend Gemeinschaftsunternehmen (§ 41 Abs 2)

Gemäß dem Vorbild der EU-Fusionskontrolle sollten sogenannte Vollfunktionsgemeinschaften auch dann, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen die Gefahr der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens gegeben ist, ausschließlich im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle geprüft werden. Damit wäre die in der Praxis nur sehr schwer zu bewerkstelligende, genaue Abgrenzung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen nicht mehr notwendig herzustellen und würden insbesondere Gemeinschaftsprojekte mit hohem Investitionsaufwand (Produktionsanlagen etc.) gleich eine unbefristete Genehmigung erhalten können.

### Anzeigepflichtige Zusammenschlüsse (§ 42)

Im Falle der anzeigepflichtigen Zusammenschlüsse wäre keine Erhöhung der Aufgriffsschwellen und Erleichterungen für die Umstellung auf Euro-Beträge vorzunehmen, sondern die Anzeigepflicht überhaupt zu streichen, da sie in der Praxis nur Arbeitsaufwand für das Kartellgericht und die beteiligten Unternehmen bedeutet. Denn die vom Gesetzgeber ursprünglich als sinnvoll erachtete Marktstrukturkontrolle ist auf Grund der Meldung bloßer Umsatzgrenzen nicht zu bewerkstelligen, da Informationen über die relevanten Märkte bzw. die Marktmacht der beteiligten Unternehmen nicht gegeben werden. Weiters kann das Kartellgericht ja nur im Fall der Anmeldebedürftigkeit Zusammenschlüsse auch tatsächlich prüfen.

### Anmeldebedürftige Zusammenschlüsse (§ 42a)

Zur geplanten Erhöhung der Aufgriffsschwellen und der Einführung einer solchen dritten hält die österreichische Industrie fest, daß bezüglich der Mindestgröße der einzelnen beteiligten Unternehmen der Schwellenwert von 28 Mio. zumindest auf 60 Mio. öS verdoppelt werden müßte, um nicht wie bisher wirtschaftlich nicht spürbare Vorgänge ohne jedes wettbewerbspolitische Interesse einem aufwendigen Genehmigungsverfahren unterziehen zu müssen. Auch bei einer solch erhöhten Mindestumsatzschwelle für die einzelnen beteiligten Unternehmen würde es bei der geplanten Regelung weiter dazu kommen, daß eine Fülle von Auslandszusammenschlüssen ohne offenkundige, spürbare Auswirkungen auf die Marktverhältnisse in Österreich der österreichischen Zusammenschlußkontrolle unterliegen würden, was über kurz oder lang das Kartellobergericht wieder zu einer genaueren und anderslautenden Definition des nunmehr dritten Umsatzkriteriums bewegen würde. Damit es nicht auch zu einer völkerrechtlich bedenklichen, neuerlichen Ausweitung der österreichischen Zusammenschlußkontrolle auf Vorgänge, die ausschließlich bzw. überwiegend ihre

- 5 -

Auswirkungen im Ausland entfalten, kommt, wäre daher in der neuen Ziff 3 nicht auf den weltweiten, sondern nur auf den inländischen Umsatz abzustellen.

#### Exkurs zu § 2a

Die vorliegende Novelle sollte auch dafür genutzt werden, die Schwellenwerte für die Zusammenschlußkontrolle von Kreditinstituten einer Neuregelung zu unterziehen. Statt Umsatzwerten sollte analog zu Art 5 Abs 3 der EU-Fusionskontrollverordnung auf Bruttoertragspositionen abgestellt werden, was auch eine Differenzierung in Hinblick auf das Inlandsgeschäft ermöglichen würde.

#### Zusammenschlußkontrolle - Konkurrentenäußerung (§ 42a Abs 3a)

Die ausdrückliche Einräumung der Möglichkeit für Unternehmen, deren Interessen durch einen Zusammenschluß berührt werden, sich gegenüber dem Kartellgericht schriftlich äußern zu können, wird sehr begrüßt und stellt eine geeignete Verbesserung des Rechtsschutzes von Konkurrenten dar, auch wenn diese über keine formale Prüfungsantragsmöglichkeit verfügen.

#### Zusammenschlußkontrolle - Tagsatzung zur mündlichen Erörterung (§ 42a Abs 6)

Das Vorhaben, im Vorverfahren dem Anmelder die Möglichkeit zu geben, mit dem Kartellgericht und den Amtsparteien den Zusammenschluß und insbesondere die Bedingungen, unter denen von der Einleitung eines Prüfungsverfahrens bzw. von der Stellung eines Prüfungsantrages abgesehen wird, erörtern zu können, wird als Verbesserung des rechtlichen Gehörs und aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen von der Industrie grundsätzlich sehr begrüßt. Die Möglichkeit, Erörterungen zu beantragen, sollte jedenfalls auch dazu dienen, auf Stellungnahmen Dritter zu reagieren bzw. die Möglichkeit auch für das Kartellgericht und die Amtsparteien vorsehen, solche Erörterungen zu beantragen. Wie immer aber auch dieses zusätzliche, rechtliche Gehör ausgestaltet wird, sollte es nicht dazu führen, die Vorprüfungsphase allzusehr zu verlängern bzw. keinesfalls wie im Novellenentwurf vorgesehen, es ermöglichen, das Prüfungsverfahren trotz besserer Vorbereitung um weitere zwei Wochen zu verlängern (§ 42b, Abs 5). Weiters spricht sich die Industrie in Hinblick auf den von den Anmeldern geforderten Aufwand entschieden dafür aus, daß die Amtsparteien verpflichtet werden, an gegenständlichen Tatsatzungen auch tatsächlich teilzunehmen und im Falle ihrer Nichtteilnahme keine Möglichkeit mehr zur Stellung nachträglicher Prüfungsanträge haben.

#### Befugnis des Kartellgerichts zum amtswegigen Einschreiten (§ 44a)

Wie bereits im ersten Teil ausgeführt, spricht sich die österreichische Industrie aus rechtsstaatlichen, verfahrenstechnischen, und kapazitätsmäßigen Gründen vehement gegen die umfassende Ausweitung der Möglichkeit des amtswegigen Einschreitens des Kartellgerichtes aus. Befürwortet werden kann jedoch die Einführung des Amtswegigkeitsprinzips Zusammenschlußkontrollverfahren, da es hier wie die jüngsten österreichischen Erfahrungen gezeigt haben, wirtschaftspolitische und institutionelle Situationen gibt, in deren Rahmen die Antragstellung durch die Amtsparteien unterbleibt. Da die Fusionskontrolle dem Charakter nach eher ein Genehmigungsverfahren darstellt, spricht rechtsstaatlich nichts gegen eine sowieso vom Außerstreitverfahren gedeckte Möglichkeit der meritorischen Prüfungsbefugnis für das Kartellgericht. Wobei auf Grund des Eigeninteresses der Anmelder an einem zügigen Verfahren und einer Genehmigung es dem Kartellgericht wird leicht fallen, die gewünschten

- 6 -

Unterlagen und Informationen zur Entscheidung zu erhalten. Auch wenn sich das amtswegige Einschreiten des Kartellgerichts in Zukunft nur auf das Zusammenschlußkontrollverfahren beziehen wird, muß mit einem erheblich steigenden Arbeitsanfall gerechnet werden, da dann das Gericht jede Anmeldung auch inhaltlich prüfen muß und es sich nicht wie im Fall der Antragstellung durch die Amtsparteien um ein mehr oder weniger Formalverfahren handelt. Dies bedeutet die Verpflichtung für den Gesetzgeber, um die Dauer und Qualität der Zusammenschlußkontrollverfahren auch in Zukunft sicherzustellen, daß zumindest die berufsrichterlichen Kapazitäten des OLG Wien als Kartellgericht auszuweiten sind. Auch weitere organisatorische Maßnahmen, wie sie auf dem Gebiet der Vergabekontrolle bzw. der Telekom-Regulierung vorgesehen wurden, lassen sich über eine rasche und effektive Fusionskontrolle in Österreich, die einen entsprechenden volkswirtschaftlichen Nutzen erzeugt, der den verfahrensmäßigen Aufwand bei weitem übertrifft, gut begründen.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der österreichischen Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung im Rahmen der KartG-Novelle 2000.

Der Bitte des Bundesministeriums für Justiz entsprechend werden 25 Gleichschriften dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrats übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen  
INDUSTRIELLENVEREINIGUNG



(Dr. Friedrich Markart)



(Dr. Katharina Huber)