

Stellungnahme zum

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Kartellgesetz 1988 und das
Strafgesetzbuch geändert werden (KartG-Novelle 2001), sowie zum**

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das EU-Wettbewerbsgesetz aufgehoben
wird, das EGVG geändert wird und das Wettbewerbsgesetz erlassen
wird (Wettbewerbsrechtsnovelle 2001)**

27.7.2001

I. Einleitung

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. ist eine Vereinigung von Rechtsanwälten, die sich der Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts widmet. Die Studienvereinigung hat sich seit langem in Deutschland als eine der führenden Expertengruppen auf ihrem Gebiet etabliert. Die österreichische Landesarbeitsgruppe wurde im Frühjahr 2000 eingerichtet. Sie möchte durch Arbeitssitzungen, Gesprächsforen und Studien einen Beitrag zur Fortentwicklung des heimischen Kartellrechts leisten. Das Kartellrecht ist eine Materie mit stark wachsender Bedeutung. Die Globalisierung der Wirtschaft, Neuentwicklungen in der Vollziehung des europäischen Kartellrechts und die fortschreitende Liberalisierung ehemaliger Monopolspektoren stellen Österreich auf diesem Gebiet vor neue Herausforderungen.

Vor diesem Hintergrund dankt die Studienvereinigung für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Entwürfen für die Wettbewerbsrechts- und die Kartellgesetz-Novelle 2001, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und das Bundesministerium für Justiz am 5.6.2001 zur Begutachtung ausgesendet haben. Die Studienvereinigung begrüßt diese Initiative. Sie ist unseres Erachtens ein wichtiger Schritt zur Modernisierung des österreichischen Kartellrechts und zu seiner Neuorientierung in einer Zeit des Umbruchs.

Die Studienvereinigung unterstützt auch die Grundstruktur und Zielrichtung des Reformvorschlags, nämlich die Schaffung einer unabhängigen Bundeswettbewerbsbehörde als zentraler Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde, die zugleich die Nahtstelle im zukünftigen Netzwerk europäischer Wettbewerbsbehörden bilden kann, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der bewährten Kartellgerichtsbarkeit.

Abzulehnen ist allerdings die Einrichtung eines Bundeskartellanwalts neben der Bundeswettbewerbsbehörde. Dies wird – bei allem Bemühen - zwangsläufig zu Doppelgleisigkeiten führen. Es ist nicht ersichtlich, welche Aufgaben der Bundeskartellanwalt neben der Wettbewerbsbehörde zusätzlich oder besser wahrnehmen könnte. Die Studienvereinigung bedauert dies um so mehr, als die für die Wettbewerbsbehörde und das Kartellgericht vorgesehenen Budgetmittel

und Ressourcen offenbar äußerst knapp bemessen sind und der heutigen Bedeutung des Kartellrechts kaum gerecht werden. Wir empfehlen daher dringend, an Stelle der Schaffung eines Bundeskartellanwalt die Mittel für Kartellgericht und Bundeswettbewerbsbehörde aufzustocken und die dem Bundeskartellanwalt zugeordneten Aufgaben der Bundeswettbewerbsbehörde zu übertragen.

Die nunmehr geplante Reform des österreichischen Kartellrechts wird in erster Linie eine Institutionenreform sein. Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Fragen werden nur in einzelnen Punkten behandelt. Diese Vorgangsweise ist pragmatisch sinnvoll, weil im Bereich der Institutionen der größte Neuerungsbedarf besteht und eine "Totalreform" des österreichischen Kartellrechts wohl nicht kurzfristig zu bewerkstelligen wäre. Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht wird allerdings eine umfassende materielle und verfahrensrechtliche Reform in den nächsten Jahren – spätestens parallel zum Inkrafttreten der neuen Verfahrensverordnung zur Durchsetzung der Art 81 und Art 82 EG - unvermeidlich und auch rechtspolitisch wünschenswert sein. Insoweit beinhalten die vorliegenden Entwürfe nur einen – wenn auch wesentlichen – Schritt im Rahmen der anstehenden Neuerungen.

Die Mitglieder der Studienvereinigung stehen, falls gewünscht, für weitere Gespräche zu der Reform gerne zur Verfügung. An der vorliegenden Stellungnahme haben *RAA Mag. Mathias Görg, RA Dr. Georg Legat, RA Dr. Axel Reidlinger, RA Dr. Rainer Roniger, RA Dr. Viktor Thurnher und RA Dr. Hanno Wollmann* mitgewirkt.

II. Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt

A. Zur Zweckmäßigkeit der Einrichtung neuer Behörden

Das gegenwärtige System des österreichischen Kartellrechtsvollzugs ist in institutioneller Hinsicht von der dominierenden Rolle der "Sozialpartner" (Bundesarbeitskammer; Wirtschaftskammer Österreich; Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern) geprägt. Diese Institutionen sind derzeit als Amtsparteien an allen Verfahren vor dem Kartellgericht beteiligt (§ 44 KartG); sie haben umfassende Antragsrechte in allen kartellgesetzlichen Materien; ihnen kommt das Vorschlagsrecht für die Mitglieder des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten zu, der verpflichtend in allen wesentlichen Kartellverfahren Gutachten für das Kartellgericht zu erstatten hat (§ 49, §§ 112 ff KartG); und sie entsenden fachkundige Laienrichter in das Kartellgericht und das Kartellobergericht, denen dort die Stimmenmehrheit zusteht (§§ 89 ff KartG).

Diese Konstruktion ist vor dem Hintergrund der wirtschaftspolitischen Realverfassung zu sehen, wie sie in Österreich bis in die jüngere Vergangenheit bestand. Letztlich waren es die Sozialpartner, die im Rahmen der verschiedensten paritätischen Kommissionen Lohn- und Preisfragen ausgehandelt und ein System der sozialen Marktwirtschaft mit korporistischer Regulierung getragen haben. Angesichts dessen, daß in dieser Phase der österreichischen Wirtschaftspolitik private Marktorganisationen (Branchenvereinbarungen) als grundsätzlich legitimes Mittel der Wirtschaftspolitik im Wege der Selbstverwaltung galten, die bloß einer Kontrolle im öffentlichen Interesse bedurften, war die starke Verankerung der Sozialpartner in der Kartellgerichtsbarkeit logisch und konsequent.

Die Studienvereinigung Kartellrecht anerkennt und würdigt die Verdienste der österreichischen Sozialpartnerschaft in der Wiederaufbauphase und der Zeit des "Wirtschaftswunders" nach dem 2. Weltkrieg. Dies gilt auch für die Verdienste um den Kartellrechtsvollzug in dieser Zeit. Es steht aber außer Frage, daß die führende Rolle der Sozialpartner im Kartellrechtswesen nicht mehr zeitgemäß ist. Sie entspricht nicht den Erfordernissen einer

Wirtschaft, in der maßgebliche Entscheidungen nicht mehr bloß in Österreich getroffen werden, in der das Tempo der wirtschaftlichen Entwicklung dramatisch gestiegen ist und in der dem Prinzip der freien Marktwirtschaft ein besonders hoher Stellenwert beigemessen wird. Dieses neue Umfeld verlangt raschere Entscheidungsstrukturen, es verlangt die Fähigkeit der Wettbewerbsbehörden zur Kommunikation mit Regulatoren und ausländischen Kollegen und es verlangt schlagkräftige Ermittlungsbefugnisse in den Händen der mit wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten befaßten Institutionen. Eine auf eine Mehrzahl von Interessensvertretungen aufgesplittete Kartellrechtsvollziehung ist nicht in der Lage, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Es bedarf der Einrichtung eines "one stop shops", also einer zentralen Anlaufstelle, der die Zuständigkeit zum Aufgriff wettbewerbsrelevanter Sachverhalte und die erforderlichen Ermittlungsbefugnisse zukommen. Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt deswegen ausdrücklich die grundsätzliche Zielrichtung des Reformvorschlages und die Einrichtung einer neuen Behörde als zentrale Anlaufstelle.

Ob allerdings die nun vorgesehene Multiplikation der Behörden (insb die Einrichtung des Bundeskartellanwalts) erforderlich ist, wird von der Studienvereinigung Kartellrecht bezweifelt. Die Multiplikation trägt dazu bei, die grundsätzliche Zielvorstellung der Reform zu verwässern. Die Studienvereinigung Kartellrecht empfiehlt deswegen, auf die Einrichtung des Bundeskartellanwalts zu verzichten und statt dessen alle Ressourcen auf die neueingerichtete Bundeswettbewerbsbehörde und das Kartellgericht zu konzentrieren.

B. Zur Bundeswettbewerbsbehörde

Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt, dass der Generaldirektor für Wettbewerb verfassungsrechtlich unabhängig gestellt werden soll. Dies erscheint uns als ein notwendiges Korrektiv für die unvermeidliche Zurückdrängung der Sozialpartner.

Unklar ist, warum das Amt des Generaldirektors nicht auch Juristen aus anderen Berufsfeldern als Verwaltung, Rechtsprechung oder Wissenschaft offenstehen soll, wenn diese (etwa als Rechtsanwälte) ebenfalls 5-jährige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts nachweisen können. Die Studienvereinigung regt daher an, den Kreis der "zulässigen" Berufserfahrungen um die Advokatur auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts zu erweitern.

Auffallend ist das Fehlen der Festlegung der zur Enthebung des Generaldirektors zuständigen Behörde. Dies wäre insb im Lichte der vorgesehenen Unabhängigkeit ausdrücklich zu regeln.

Was die Geschäftsstelle betrifft, so wird der Erfolg dieser Einrichtung wesentlich von ihrer qualitativen und quantitativen personellen Ausstattung abhängen. Insbesondere wird es darauf ankommen, dass die juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Bediensteten der Geschäftsstelle über ein hohes Niveau an Sachkenntnis im Bereich der Wettbewerbspolitik verfügen. Eine Besetzung der Bundeswettbewerbsbehörde ausschließlich mit bisherigen, an ihrem derzeitigen Posten entbehrlichen Bediensteten des BMWA wird diesen Anforderungen nur schwer gerecht werden können.

Auch um die tatsächliche Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde zu gewährleisten, sollte keinesfalls eine reine Umschichtung von Personal im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit erfolgen. Insbesondere sollte es nicht so sein, dass ein und derselbe Bedienstete womöglich teilweise weisungsfrei Aufgaben der Geschäftsstelle der Bundeswettbewerbsbehörde und teilweise weisungsgebunden andere Agenden des Ministeriums besorgt. Andernfalls wäre zu befürchten, dass Rücksichtnahmen der Bediensteten im Hinblick auf ihre Position innerhalb des Ministeriums die notwendige Voraussetzung beeinträchtigen, unabhängig und allein der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln bzw des KartG verpflichtet zu sein. Das WettbG sollte insoweit nicht nur für den Generaldirektor, sondern auch für den Leiter der Geschäftsstelle /

Stellvertreter des Generaldirektors und für alle sonstigen Bediensteten der Behörde klare Unvereinbarkeitsvorschriften enthalten.

Bei der Rekrutierung von Mitarbeitern wird die Bundeswettbewerbsbehörde in einem Konkurrenzverhältnis zu den jüngst eingerichteten Sektorregulatoren (RTR GmbH, Elektrizitäts Control GmbH etc) stehen. Um gleichermaßen qualifizierte Bewerber anzusprechen, wird sie zumindest gleich hohe Gehälter anbieten müssen. Dies wird durch den vorliegenden Vorschlag der Entlohnung nicht gewährleistet. Aus praktischer Sicht ist das der vielleicht wichtigste Kritikpunkt am Reformentwurf überhaupt. Die Qualität der Mitarbeiter wird die Qualität der neuen Einrichtung prägen. Die Studienvereinigung Kartellrecht empfiehlt deswegen dringend, eine attraktive Besoldung der Mitarbeiter der Bundeswettbewerbsbehörde zu ermöglichen.

C. Zum Bundeskartellanwalt

1. Einrichtung

Die Aufgaben des Bundeskartellanwalts sind im Kartellgesetz (§ 112 Abs 1 KartG¹) nur recht allgemein definiert ("Vertretung der öffentlichen Interessen in Angelegenheiten des Wettbewerbsrechts beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht"). Nach den Erläuterungen zur KartGNov² soll er primär das bisher vorgesehene amtswegige Einschreiten des Kartellgerichts substituieren, um ein Zusammenfallen der Ankläger- und Richter-Funktion zu verhindern. Dem Bundeskartellanwalt soll korrelative Bedeutung gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde zukommen. Er hat laut den Erläuterungen vor allem das Gesetz zu wahren.

Für die Studienvereinigung Kartellrecht ist nicht wirklich ersichtlich, welche Aufgaben dem Bundeskartellanwalt übertragen werden, die nicht ebensogut durch die Bundeswettbewerbsbehörde erfüllt werden können

¹ Sämtliche Angaben von Paragraphen des Kartellgesetzes ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das Kartellgesetz in seiner künftigen Fassung nach dem Entwurf der Novelle 2001.

² zu Z 26, Z 27.

(bzw sogar nach der Novelle zu erfüllen sind). Insbesondere zur Stellung eines Prüfungsantrags nach § 42b in Zusammenschlußverfahren wird regelmäßig die Bundeswettbewerbsbehörde wesentlich besser geeignet sein, da sie aus eigenen Marktbeobachtungen das Risiko der Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung besser beurteilen kann. Bereits im jetzigen Entwurf hat der Bundeskartellanwalt der Bundeswettbewerbsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, bevor er selbst einen Prüfungsantrag stellt. Auch wenn die Erläuterungen zu § 112-118 KartG – fast defensiv – behaupten, dass es sich bei der Einrichtung des Kartellanwalts neben der Bundeswettbewerbsbehörde um "keine unnötige Doppelgleisigkeit, sondern um eine sinnvolle Ergänzung" handle, so ist durchaus vorstellbar, dass es zwischen den beiden Behörden zu gewissen Reibungsverlusten kommen kann (siehe dazu auch unten Punkt 4.3).

Es ist für die Studienvereinigung Kartellrecht auch nicht recht einzusehen, warum – wie dies die Erläuterungen vermuten – die Bundeswettbewerbsbehörde *"ihre Aufgabe aber doch eher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten"* sehen wird und dem gegenüber *"beim Bundeskartellanwalt das Schwergewicht auf der Wahrung des Gesetzes"* – gemeint ist wohl nicht etwa im Gegensatz zur Bundeswettbewerbsbehörde? – liegen sollte, vor allem zumal diese beiden Gesichtspunkte im Kartellrecht untrennbar miteinander verbunden sind.

Wenn mit der Bundeswettbewerbsbehörde ein wirklich unabhängiges Organ zum Aufgriff von Wettbewerbsverstößen geschaffen wird, so ist nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht ein zusätzliches Korrektiv in Form des Bundeskartellanwaltes nicht nötig. Die derzeit vorgesehenen konkurrierenden Zuständigkeiten von Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde konterkarieren jedenfalls die intendierte Schaffung eines "one-stop-shop".

2. Organisation

Für den Fall, dass die Institution des Bundeskartellanwalts beibehalten werden sollte, sollte auch Rechtsanwälten der Zugang zu diesem Amt geöffnet und in § 114 Abs 1 Z 3 KartG die Berufserfahrung im Bereich anwaltlicher Tätigkeit aufgenommen werden.

Der Bundeskartellanwalt soll zwar bei der Erfüllung seiner Aufgaben vom Kartellgericht unabhängig sein, ist aber gleichzeitig "dem Bundesminister für Justiz unmittelbar unterstellt" (§ 112 Abs 2 KartG), also weisungsgebunden. Für die Studienvereinigung Kartellrecht stellt sich die Frage nach dem Sinn der Weisungsgebundenheit einer Behörde, die als juristisches Korrektiv zur Bundeswettbewerbsbehörde eingerichtet wird. Darüber hinaus befürchtet die Studienvereinigung Kartellrecht, dass die Weisungsgebundenheit des Bundeskartellanwaltes (gegenüber dem BMJ) im Rahmen seiner "korrektiven Bedeutung gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde"³ auf die Bundeswettbewerbsbehörde ausstrahlen und damit deren Unabhängigkeit gefährden könnte. Sollte der Bundeskartellanwalt tatsächlich – entgegen der Forderung oben – eingerichtet werden, so sollte er daher nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht in der Erfüllung seiner Aufgaben ebenfalls unabhängig sein.

D. Zum Verfahren vor den neuen Behörden

1. Anzuwendende Verfahrensvorschriften

Was die für die Bundeswettbewerbsbehörde geltenden Verfahrensregeln betrifft, so wird sie grundsätzlich das AVG anzuwenden haben (Art. II der Wettbewerbsrechtsnovelle 2001). Im Wettbewerbsgesetz selbst finden sich daher nur Spezialbestimmungen, insbesondere Regeln über die Zusammenarbeit mit anderen Behörden (§ 10) sowie spezielle Regelungen für Ermittlungen (§ 11), Hausdurchsuchung (§ 12) und Heranziehung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 13).

³ Erläuterungen, "zu Z 26, Z 27", "1. Allgemeines", dritter Absatz.

Hingegen bleibt aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht unklar, welche Verfahrensregeln für den Bundeskartellanwalt gelten sollen. Eine entsprechende Klarstellung wäre wünschenswert, um nicht die negativen Erfahrungen mangelnder Verfahrensvorschriften des bisherigen PAKT zu prolongieren.

2. Vertraulichkeit

Die Befugnis zur Übermittlung von Informationen und Unterlagen an den Bundeskartellanwalt, die Europäische Kommission, Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die Regulatoren stellen ein natürliches Element der Funktion der Bundeswettbewerbsbehörde in einem funktionierenden Behördennetzwerk dar.

Freilich erscheint der Studienvereinigung Kartellrecht fraglich, inwieweit für die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ohne eine entsprechende ausdrückliche Regelung im Gesetz ausreichend Sorge getragen wird (die allgemeine verfassungsrechtliche Amtverschwiegenheit nach Art 20 Abs 3 B-VG könnte hier eine etwas ungenaue Abgrenzung bilden)⁴.

Die Verwertungsbeschränkung für durch die Bundeswettbewerbsbehörde im Rahmen von Ermittlungen erlangten Kenntnissen auf den *"mit der Ermittlungshandlung verfolgten Zweck"* (§ 11 Abs 1 Satz 2 WettbG) scheint im Widerspruch zur Berechtigung der Bundeswettbewerbsbehörde nach § 10 Abs 1 zu stehen, verschiedenen anderen Wettbewerbsbehörden *"sämtliche Informationen zur Kenntnis zu bringen und Unterlagen zu übermitteln, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen"*.

Der Geheimnisschutz sollte nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht ausdrücklich im WettbG (und zwar über § 11 Abs 1 zweiter

⁴ In den Erläuterungen zu § 10 WettbG wird zwar auf die Vorrang genießende europäische Regelung (derzeit Art. 20 der Verordnung 17/62/EWG) verwiesen, die den Informationsfluss allerdings nur von der Kommission zu den nationalen Wettbewerbsbehörden oder Regulierungsbehörden verhindert. Dies gilt, wie die Erläuterungen selbst einräumen, nur für "Verfahren nach dem Europarecht" (also jene, in denen die Bundeswettbewerbsbehörde zB der Europäischen Kommission Assistenzdienste leistet: § 2 Abs. 2 Z 1 Wettbewerbsgesetz). Gleichzeitig wird aber laut Erläuterung selbst deren durch bevorstehende EG-Vorschriften erwartete Beseitigung begrüßt.

Satz hinausgehend) und im KartG geregelt werden, und zwar in der Form, dass nach innerstaatlichen Vorschriften zumindest jene Verfahrensgarantien gewährleistet sind, die auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestehen.

3. Zusammenarbeit zwischen den Behörden

Nach den Erläuterungen zur KartG-Novelle sollen Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde keine parallel agierenden, einander konkurrierenden Einrichtungen sein, sondern sich in ihrer Aufgabenerfüllung ergänzen. Ob dieses Ziel erreicht werden kann, scheint fraglich. Die Antragsrechte der beiden "neuen" Amtsparteien sind nämlich konkurrierend, d.h. Verfahrenshandlungen der einen Amtspartei binden die andere nicht.

§ 117 KartG, der das Zusammenwirken des Bundeskartellanwalts mit der Bundeswettbewerbsbehörde regelt, sieht vor, dass beim Bundeskartellanwalt einlangende Eingaben nur dann zwingend an die Bundeswettbewerbsbehörde weiterzuleiten sind, wenn sie sich auf die "beabsichtigte Anmeldung eines Zusammenschlusses beim Kartellgericht" beziehen, nicht jedoch in anderen Fällen (in letzteren "kann" er Eingaben weiterleiten, ist jedoch dazu nicht verpflichtet). Mögen auch Zusammenschlüsse wegen des regelmäßig bestehenden Zeitdrucks besonders rasche Koordination erfordern, so ist doch nicht einzusehen, warum andere Eingaben vor der Bundeswettbewerbsbehörde nach Gutdünken des Bundeskartellanwalts "geheimgehalten" werden können.

Auch sonst ist die Zusammenarbeit zwischen Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt nur im Bereich der Zusammenschlußkontrolle näher geregelt. Vor Stellung eines Prüfungsantrags im Zusammenschlussverfahren nach § 42b KartG hat der Bundeskartellanwalt der Bundeswettbewerbsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; die Erläuterungen begründen dies mit der Notwendigkeit, ein unkoordiniertes Vorgehen zu verhindern. Dies ist im Sinne effizienter Verfahrensgestaltung zu begrüßen, ebenso wie die frühzeitige Möglichkeit der Ab-

stimmung "schwieriger" Zusammenschlüsse (um diese so zu strukturieren, dass ein Prüfungsantrag nicht erforderlich wird).

Die Rolle des Bundeskartellanwalts im Zusammenschlussverfahren bleibt dennoch fragwürdig. Insbesondere erscheint die Begründung der Erläuterungen zur KartGNov⁵ wenig überzeugend, dass trotz einer *"zwischen den Zusammenschlusswerbern und der Bundeswettbewerbsbehörde getroffenen Vereinbarung"* dem Bundeskartellanwalt (wenn auch laut Erläuterungen in der Praxis nur ausnahmsweise) *"die selbständige Prüfung und gegebenenfalls die Stellung eines Prüfungsantrags nicht verwehrt werden darf, [...] um die Stellung der Rechtsprechung im Bereich der Zusammenschlusskontrolle zu sichern"*, weil andernfalls *"die Entscheidungstätigkeit des Kartellgerichts und des Kartellobergerichts in Angelegenheiten der Zusammenschlusskontrolle de facto obsolet"* werden könnte.

Dieser Fall eines Prüfungsantrags des Bundeskartellanwalts trotz vorheriger Abstimmung mit der Bundeswettbewerbsbehörde wäre für Zusammenschlusswerber wohl eine unzumutbare Belastung. Dem in den Erläuterungen zur KartGNov⁶ als berechtigtes Anliegen der Wirtschaft bezeichneten "One-Stop-Shop" bei der Anmeldung von Zusammenschlüssen würde damit jedenfalls nicht Rechnung getragen. Um dem Ziel der Reform zu entsprechen, müßte eine Abstimmung mit der Bundeswettbewerbsbehörde regelmäßig eine ausreichende Grundlage für das Verfahren vor dem Kartellgericht sein, ohne daß der Bundeskartellanwalt diese Abstimmung noch konterkarieren kann.

Bei "unproblematischen Zusammenschlüssen" hat sich im österreichischen Zusammenschlusskontrollverfahren gezeigt, dass die derzeitige faktische Mindestdauer rund sechs Wochen (zwischen Anmeldung und Erhalt einer Bestätigung nach § 42b Abs. 1 KartG) beträgt. Diese Verfahrensdauer ist – insbesondere im Falle sogenannter "multijurisdictional filings" (d.h. bei internationalen Transaktionen, die in Österreich ebenso

⁵ zu Z 26, Z 27.

⁶ Allgemeiner Teil, "3. Institutionelle Reform des Kartellrechts", vorletzter Absatz.

wie bei anderen nationalen Kartellbehörden anzumelden sind) – übermäßig lang. Das deutsche Bundeskartellamt schließt völlig unproblematische Fälle häufig bereits nach zwei Wochen ab. Es besteht ein Bedarf nach einem vereinfachten Verfahren.

Im Zusammenhang damit ist positiv hervorzuheben, dass nach § 118 KartG dem Bundeskartellanwalt ausdrücklich die Möglichkeit zum Prüfungsverzicht eingeräumt wird; dem entspricht die – wenn auch nur indirekt – in § 10 Abs 3 lit a WettbG vorgesehene Erklärung der Bundeswettbewerbsbehörde, einen Antrag nach § 42b KartG nicht zu stellen. Inwieweit sich diese Möglichkeiten in der Praxis bewähren werden, bleibt abzuwarten. Jedenfalls steigt mit jeder zusätzlichen Amtspartei das Risiko, dass eine Verfahrensverkürzung letztlich nicht erreicht werden kann.

In § 10 Abs 2 und 3 WettbG (Auskunftsersuchen bzw. Akteneinsicht beim Bundeskartellanwalt bzw. Stellungnahmerecht des Bundeskartellanwalts vor gewissen Schritten der Bundeswettbewerbsbehörde) zeigt sich wiederum, dass die vorgeschlagene Doppelgleisigkeit zweifellos zu einer gewissen Schwerfälligkeit in Fällen dringenden Handlungsbedarfs führen kann, die dem postulierten "one-stop-shop"-Prinzip zuwiderlaufen.

4. Ermittlungsbefugnisse und Hausdurchsuchung

Die Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde (§ 11 WettbG) zu Ermittlungen scheinen sehr weitreichend, entsprechen aber weitgehend jenen der Kommission im EG-Kartellverfahren. Ein Rechtsschutz der Unternehmen vor willkürlicher Ausübung der Befugnisse muß gewährleistet sein.

Was die Regeln über die Hausdurchsuchung (§ 12 WettbG) betrifft, so könnte Abs. 1 Z 3 iVm Abs. 2 (Anordnung der Hausdurchsuchung im Falle einer Nachprüfungsentscheidung der Europäischen Kommission) Rechtsunterworfenen ohne vertiefte Kenntnisse im Gemeinschaftsrecht darüber hinwegtäuschen, in welchem Verhältnis der entsprechende kartellgerichtliche Hausdurchsuchungsbefehl zu einer Entscheidung der Eu-

ropäischen Kommission steht (dass letztere nämlich jedenfalls unmittelbar gilt); der einfache Prüfungsauftrag der Kommission (Art 14 Abs 2 VO 17/62) ist überhaupt nicht erwähnt. Ein klarerer Wortlaut scheint hier geboten⁷.

Bei Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde und Hausdurchsuchungen sollte nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht auch die Privilegierung von Korrespondenz mit Rechtsanwälten bei der Einbeziehung in Kartellverfahren verfahrensrechtlich verankert werden.

5. Zusammenarbeit mit dem Kartellgericht

Nach dem Novellentwurf ist unklar, inwieweit das Kartellgericht die Bundeswettbewerbsbehörde zur Durchführung von Ermittlungen auffordern und verpflichten kann (zB wenn ein interessierter Unternehmer einen Antrag auf Untersagung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position beim Kartellgericht gestellt hat). § 2 Abs 1 Z 4 WettbG ("Amtshilfe") dürfte dies jedenfalls nicht ermöglichen.

Die Studienvereinigung Kartellrecht geht davon aus, dass eine Berechtigung des Kartellgerichts, von der Bundeswettbewerbsbehörde bestimmte Ermittlungen zu verlangen, nach der Systematik des Entwurfs nicht bestehen soll. In der neuen Struktur wird die Tätigkeit des Kartellgerichts auf die Funktion der Rechtsprechung konzentriert. Das Gericht wird über die von den beteiligten Unternehmen einerseits und der Bundeswettbewerbsbehörde andererseits vorgelegten Beweismittel und Argumente zu entscheiden haben. Für eine amtswegige Ermittlung des Sachverhalts durch das Gericht besteht in diesem System wenig Raum; gerade dazu wird die Bundeswettbewerbsbehörde eingerichtet. Daß dadurch die Verantwortung der Bundeswettbewerbsbehörde bei der Vorbereitung kartellgerichtlicher Verfahren besonders groß sein wird (die Behörde wird etwa

⁷ insb da bereits bisher Nachprüfungen bei österreichischen Unternehmen zu Rechtsunsicherheit auf Seiten der Unternehmen geführt hatten, die die rechtliche Autorität einer entsprechenden Entscheidung der Kommission nicht kannten und erst aufgrund des innerstaatlichen Hausdurchsuchungsbefehls den Organen der Europäischen Kommission Einlass gewährten.

nach einer Anzeige eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder einer Beschwerde über ein angebliches Kartell möglichst objektiv zu ermitteln haben und auch entlastende Umstände ausreichend berücksichtigen müssen), ist klar. Um dem öffentlichen Interesse an der Ausübung der Kartellgerichtsbarkeit gerecht zu werden, wird das Kartellgericht nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht die Parteien (zB Unternehmen, denen kartellrechtliche Verstöße vorgeworfen werden) im Sinne des Rechtsfürsorgegedankens des Außerstreitrechts stärker anzuleiten haben (also etwa dahingehend, welche Gesichtspunkte für die Entscheidung des Gerichts noch klärungsbedürftig sind), als dies bei rein kontradiktorischen Verfahren der Fall ist.

E. Instanzenzug und Rechtsschutz

Der Generaldirektor der Bundeswettbewerbsbehörde trifft die Entscheidungen, zu denen er nach § 11 Abs 1 WettbG ermächtigt ist (also etwa Auskünfte zu verlangen oder Unterlagen zu prüfen), in erster und letzter Instanz. Anders als im BVergG (§ 99 Abs 2) fehlt eine entsprechende Klarstellung im WettbG.

Gegen die wohl als Bescheide zu qualifizierende "Entscheidungen" (§ 11 WettbG) des Generaldirektors der Bundeswettbewerbsbehörde würden nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen Beschwerden an die beiden Gerichtshöfe öffentlichen Rechts offenstehen. Allerdings ist denkbar, dass seine Entscheidungen als bloße Verfahrensanordnungen nach § 63 Abs 2 AVG gelten und deren selbständige Bekämpfung nicht zulässig ist.

Hält der Entscheidungsadressat (ein Unternehmen) die Entscheidung (zB zur Anforderung von Auskünften nach § 11 Abs 2 Z 1 WettbG bzw. zur Einsehung und Prüfung von geschäftlichen Unterlagen nach § 11 Abs 2 Z 2 WettbG) für rechtswidrig, so wird er diese Auskünfte nicht erteilen bzw. die Einsehung verweigern. Dagegen wird – abgesehen von den möglichen Zwangsmaßnahmen (§ 13 WettbG) – die Bundeswettbewerbsbehörde beim Kartellgericht einen Antrag auf Verhängung einer

Geldbuße nach § 142 Z 2 lit g WettbG stellen; gegen die Verhängung der Geldbuße ist ein Rekurs an den OGH als KOG zulässig.

Die Studienvereinigung Kartellrecht geht davon aus, dass die Befugnisse nach § 11 Abs 2 Z 2 (Einsehung und Prüfung von geschäftlichen Unterlagen) und Z 3 (Betreten von Geschäftsräumlichkeiten, -grundstücken und Transportmitteln und Verlangen von Auskünften) auch ohne Hausdurchsuchung (§ 12) ausgeübt werden können (mit Unterstützung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, § 13). Diesfalls würde es sich möglicherweise um Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handeln, gegen die auch eine Beschwerde an den UVS zulässig wäre.

Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht sollte angesichts dieser Zersplitterung des Rechtsschutzes darüber nachgedacht werden, eine einheitliche Zuständigkeit – etwa des Kartellgerichts – zur Überwachung der Verfahrenshandlungen der Bundeswettbewerbsbehörde zu schaffen. Dies wäre eines der Themen für die verfahrensrechtliche Reform, die nach den Entwürfen noch ausständig ist.

III. Die Rolle der Sozialpartner

Eine Modernisierung des Kartellrechtvollzugs in Österreich ist ohne Beschränkung der Rolle der Sozialpartner undenkbar. Gleichwohl anerkennen die Novellenentwürfe, daß man auf die jahrzehntelange Erfahrung der Sozialpartner in Fragen der Wettbewerbspolitik nicht verzichten sollte, und daß die Bedeutung von Interessensvertretungen (im ureigensten Sinn) im geänderten wirtschaftlichen Umfeld eher zunimmt als abnimmt. Die Studienvereinigung Kartellrecht teilt diese Ausgangsposition und begrüßt das unübersehbare Bestreben der Entwürfe, die Sozialpartner auch in Zukunft weiterhin so eng wie möglich in die Kartellrechtvollziehung einzubinden.

Im Einzelnen ist zu den vorgeschlagenen Neuregelungen, die die Sozialpartner betreffen, folgendes anzumerken:

A. Stellung als Amtspartei

1. Gemäß § 44 KartG in der novellierten Fassung sollen nur noch die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt, aber nicht mehr die sozialpartnerschaftlichen Institutionen den Status von Amtsparteien in Kartellverfahren haben. Dieser Schritt wirkt dramatisch, bedeutet auf der Grundlage der vorgelegten Entwürfe aber keineswegs eine weitgehende Ausschaltung der Sozialpartner. Materiell betrachtet sind mit der Stellung als Amtspartei in Kartellverfahren vor allem zwei Befugnisse verbunden:
 - (a) das Recht, über den Verlauf aller Kartellverfahren informiert zu werden und dadurch Informationen zu erhalten; und
 - (b) ein umfassendes Antragsrecht.
2. Art I Z 1 des Entwurfs für die KartG-Novelle 2001 sieht vor, daß die Antragsrechte der Sozialpartner praktisch ungeschmälert erhalten bleiben. So wäre etwa die Bundesarbeitskammer auch weiterhin in der Lage, durch Untersagungsanträge auf eine konsumentenfreundliche Wettbewerbspolitik hinzuwirken. Geschmälert wird diese Möglichkeit allenfalls dadurch, daß mit dem Verlust der Stellung als Amtspartei auch der Verlust des bisherigen Privilegs

der Sozialpartner verbunden ist, in Kartellverfahren keine Gerichtsgebühren zahlen zu müssen. Diese Änderung kann als Beitrag zu einer wünschenswerten Fokussierung der Rechtsverfolgung verstanden werden.

3. Das einzige Antragsrecht, welches für die Sozialpartner nach dem Novelentwurf verloren ginge, ist das Recht zur Stellung von Prüfungsanträgen in Fusionskontrollverfahren. Zweifellos handelt es sich dabei um jene Befugnis, die in der Öffentlichkeit am stärksten wahrgenommen wird. Gleichzeitig handelt es sich aus Sicht der anmeldenden Unternehmen um jenes Antragsrecht, welches am stärksten einen effizienten Kartellrechtsvollzug behindert. Zusammenschlüsse von Unternehmen betreffen strukturelle Veränderungen von oft großer Tragweite für die beteiligten Wirtschaftseinheiten, die in aller Regel sehr rasch vollzogen werden müssen. Die Praxis bestätigt, daß die Ausschöpfung einer mehrmonatigen Entscheidungsfrist in vielen Fällen dazu führt, daß an sich sinnvolle Vorhaben nicht durchgeführt werden. Das Kartellrecht darf nach Auffassung der Studienvereinigung nicht zu einem Hemmschuh für die Suche von Unternehmen nach optimalen Unternehmensgrößen werden.

Die bis dato bestehende Prüfungsantragsbefugnis der Sozialpartner bringt es mit sich, daß die international üblichen Voranmeldegespräche von zusammenschlußwilligen Unternehmen mit den Wettbewerbsbehörden (bei denen vorab geklärt werden soll, ob gegen ein bestimmtes Vorhaben Bedenken bestehen könnten und wie derartigen Bedenken allenfalls Rechnung zu tragen wäre) in Österreich praktisch unmöglich sind. Voranmeldegespräche müßten mit sieben verschiedenen Stellen (Bundesarbeitskammer; Wirtschaftskammer Österreich; Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern; Finanzprokuratur; Wettbewerbsabteilung im Wirtschaftsministerium; Bundesministerium für Justiz; Kartellgericht) geführt werden. Das ist äußerst beschwerlich und in aller Regel gar nicht zu koordinieren. Sehr oft sind Unternehmen daher gezwungen, Anmeldungen geradezu "auf gut Glück" einzubringen und Gespräche mit dem Kartellgericht und/oder einzelnen Amtsparteien erst dann zu führen, wenn sich das Gericht oder eine Amtspartei durch Stellung eines Prüfungsantrags deklariert hat – also zu einem Zeitpunkt, wo Fusionskontrollverfahren nach modernen Kartellrechts-

ordnungen bereits abgeschlossen sind. In Verbindung damit, daß bei der gegenwärtigen Vollziehungsstruktur (keine kontrollierende Behörde mit Ermittlungsbefugnissen) die Angaben in Zusammenschlußanmeldungen praktisch ungeprüft hingenommen werden müssen, führt dies insgesamt zu einer unprofessionellen Vorprüfungsphase. Will man dieses Manko beseitigen, ist eine Beseitigung des Prüfungsantragsrechts der Sozialpartner unverzichtbar.

4. Fraglich ist, ob die Möglichkeit der Sozialpartner, die von ihnen vertretenen Interessen in Fusionskontrollfällen zur Geltung zu bringen, durch den Verlust der Prüfungsantragsbefugnis tatsächlich leiden. Auch im neuen System wird es die Möglichkeit der Kammern zur Stellungnahme geben. Es ist kaum vorstellbar, daß die zukünftige Bundeswettbewerbsbehörde (namentlich dann, wenn sie – wie vom Entwurf gewünscht – unabhängig ist) eine fundierte Stellungnahme eines Sozialpartners ignorieren könnte oder wollte. Pointiert formuliert bedeutet die "Mediatisierung" der Sozialpartner nach dem Entwurf nur dann einen Einflußverlust, wenn entweder (mangels Verfassungsmehrheit) die Unabhängigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde nicht zustande kommt, oder aber wenn die fachliche Kompetenz der Sozialpartner in Zweifel steht.
5. Zu Recht kann am Novellenvorschlag kritisiert werden, daß die Sozialpartner durch den Verlust des Status als Amtspartei von den für eine sinnvolle Wahrnehmung ihrer Befugnisse erforderlichen Informationen abgeschnitten werden. Tatsächlich verschaffen gerade Zusammenschlußanmeldungen (die in großer Zahl erstattet werden) einen erheblichen Informationsgewinn über die wirtschaftlichen Verhältnisse in Österreich. Gleichzeitig ist dieser Informationsgewinn rechtsstaatlich nicht unproblematisch. Es wird vielfach übersehen, daß im gegenwärtigen System des Kartellrechtvollzugs die Amtsparteien selbst keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen. § 114 Abs 1 KartG ordnet die Amtsverschwiegenheit nur für die Mitglieder des Paritätischen Ausschusses an. In einer Zeit des steigenden Wettbewerbs gewinnt aber der Geheimnisschutz für die Marktteilnehmer an Bedeutung.

In diesem Kontext sollte nach Auffassung der Studienvereinigung noch über Lösungen nachgedacht werden, die sowohl den Wunsch der Sozialpartner nach Information als auch den Wunsch der Unternehmen nach Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse befriedigen. So könnte etwa vorgesehen werden, daß die Sozialpartner eine nicht vertrauliche Fassung aller Zusammenschlußanmeldungen erhalten. Als vertraulich wären dabei solche Informationen anzusehen, deren öffentliches Bekanntwerden den Anmeldern oder Dritten wirtschaftlichen Schaden zufügen könnte. Die Veröffentlichungspraxis betreffend Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission mag hier eine praktische Leitlinie bilden.

B. Paritätischer Ausschuß für Kartellangelegenheiten

1. In der Praxis der vergangenen Jahre hat der Paritätische Ausschuß für Kartellangelegenheiten (PAKT) über seine ureigenste Rolle (die wirtschaftspolitische und volkswirtschaftliche Beurteilung von Sachverhalten) hinaus versucht, das Vakuum einer fehlenden Ermittlungsbehörde zu füllen. Dies hat – bei allem Respekt – zu einer Vielzahl von Unzukömmlichkeiten, wie etwa gravierenden Verletzungen des sonst im österreichischen Zivilrecht geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes, geführt. Die verpflichtende Einschaltung des PAKT war schließlich auch ein maßgeblicher Faktor für die in vielen Fällen äußerst lange Verfahrendauer. Eine Modernisierung des österreichischen Kartellrechtsvollzugs wird nach Auffassung der Studienvereinigung um eine Beseitigung des PAKT nicht herumkommen.
2. Die Novellentwürfe sind bemüht, auf verschiedenen Ebenen Ersatzlösungen zu finden, um dennoch die Fachkunde der Sozialpartner für Kartellverfahren zu bewahren. Der neugefaßte § 49 KartG sieht speziell eine Mitwirkung der Kammern im kartellgerichtlichen Verfahren vor. Demnach sollen die Sozialpartner verpflichtet sein, im Auftrag des Kartellgerichts Gutachten im Rahmen ihres Wirkungskreises zu erstatten. Ansonsten sollen sie berechtigt sein, in allen Verfahren Stellungnahmen abzugeben.

Aus Sicht der Studienvereinigung erscheint es unpraktikabel, die Kammern zur Erstattung von Gutachten regelrecht zu zwingen. Man kann nicht ernst-

haft erwarten, daß die Wirtschaftskammer Österreich etwa ein Gutachten zur Frage erstattet, wie weit vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen in einer bestimmten Branche verbreitet sind. Ebenso wenig wird man von der Bundesarbeitskammer ernsthaft erwarten können, ein Gutachten über die Abwägung von Konsumentenschutzinteressen und Arbeitnehmerschutzinteressen zu erstatten, wenn diesbezüglich ein Zielkonflikt besteht. Beides könnte der Rolle dieser Institutionen als Interessensvertretungen widersprechen. Die Studienvereinigung schlägt deswegen vor, § 49 Abs 1 KartG in der derzeit vorgesehenen Form nicht Gesetz werden zu lassen. Stattdessen sollte das Stellungnahmerecht (ohne korrespondierende Verpflichtung) der Sozialpartner weiter ausgebaut werden. In diesem Zusammenhang könnte auch geregelt werden, wie die Kammern in den Besitz der für ihre Stellungnahmen notwendigen Informationen gelangen. Eine Möglichkeit wäre, daß das Kartellgericht vor seiner endgültigen Beschlußfassung den von ihm festgestellten Sachverhalt den Sozialpartnern zur Stellungnahme übermittelt. Im Interesse der Zügigkeit von Provisorialverfahren sollte es dies allerdings in Verfahren nach § 52 KartG nicht geben.

Im Hinblick auf das Ziel der Verfahrensbeschleunigung ist positiv zu vermerken, daß Gutachten gemäß § 49 (im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage betreffend die Einschaltung des PAKT) nicht zwingend einzuholen sind. Bleibt es bei § 49 in der vorgeschlagenen Fassung, stünde dennoch zu befürchten, daß das Kartellgericht weiterhin den drei Institutionen (die bisher im PAKT vertreten waren) routinemäßig Gutachtensaufträge erteilt. Auch das spricht für die Streichung des § 49 in der vorgeschlagenen Fassung.

C. Wettbewerbskommission

Während § 49 die Mitwirkung der Kammern in Einzelfällen vor Augen hat, schafft Art II §15 WettbG ein zum Teil sozialpartnerschaftlich besetztes Gremium, dem ein generelles Stellungnahmerecht zu wettbewerbspolitischen Fragestellungen zukommen soll.

Nach Auffassung der Studienvereinigung ist diese Institution als eine Art "think tank" der österreichischen Wettbewerbspolitik durchaus zu begrüßen. Ob das Gremium jemals praktische Bedeutung erlangt, wird entscheidend von der Qualität seiner Gutachten und damit letztlich von der Auswahl der Mitglieder und deren Selbstorganisation abhängen.

D. Fachkundige Laienrichter

1. Die Vormachtstellung der von den Sozialpartnern entsandten Laienrichter im Kartellgericht und im KOG hat in der Vergangenheit zu verfassungsrechtlicher Kritik im Lichte des Art 6 EMRK geführt (vgl etwa *Barfuß/Wollmann/Tahedi*, Österreichisches Kartellrecht, 8). Jüngste Ereignisse im Medienbereich haben bestätigt, daß der äußere Anschein eines fairen Verfahrens nicht gewährleistet ist.
2. Angesichts dessen sind die geplanten Änderungen in der Gerichtsorganisation beim Kartellgericht (zwei Berufsrichter im Senat; Dirimierungsrecht des Vorsitzenden) und im Kartellobergericht (nur zwei fachkundige Laienrichter im Kartellsenat) zu begrüßen. Die neue Konstruktion sichert die Fachkunde der Laienrichter und verhindert eine dem Anschein nach rechtsstaatlich bedenkliche Entscheidungsfindung. Namentlich beim OGH, wo in der Vergangenheit die Terminfindung mit den vier Laienrichtern offenbar problematisch war, sollte die neue Regelung auch eine Vereinfachung der praktischen Arbeit mit sich bringen.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß auch das modifizierte Bestellungsverfahren im Hinblick auf die nach Art. 91 Abs. 1 B-VG gebotene Mitwirkung des Volkes an der Rechtsprechung verfassungsrechtlich bedenklich ist⁸. Eine Harmonisierung des § 89 Abs. 2 KartG mit §§ 20f GOG wird angeregt, wobei das Vorschlagsrecht den drei in Art. I/Zif. 1. des Gesetzesentwurfes erwähnten Interessenvertretungen zukommen könnte.

⁸ vgl. Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht/9. Auflage-2000 Rz 783, mwN

3. Zu praktischen Problemen könnte es im Zuge der neuen Gerichtsorganisation allenfalls dadurch kommen, daß beim Kartellgericht schon in erster Instanz ein sehr großer Senat entscheidet. Schon bislang war die Beteiligung der Laienrichter eine Mitursache für die mitunter unzumutbar lange Verfahrensdauer gerade in Provisorialverfahren. Seitens der Studienvereinigung Kartellrecht wird deswegen vorgeschlagen, § 92 KartG dahingehend abzuändern, daß einstweilige Verfügungen (§ 52 KartG) vom Vorsitzenden des Kartellsenates allein getroffen werden. Im Zusammenhalt mit dem Verzicht auf die verpflichtende Einholung eines Gutachtens des PAKT sollte dies die schon lange geforderte Möglichkeit eröffnen, auch in Kartellverfahren rasch zu Provisorialmaßnahmen zu gelangen.

4. Ganz generell sollte im Zuge der Reform der Verfahrensbeschleunigung besonderes Augenmerk gewidmet werden. "Allgemeine" Kartellverfahren (betreffend Kartelle bzw. den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) dauern nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht derzeit viel zu lang. Selbst Provisorialverfahren (über Anträge auf einstweilige Verfügungen zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) dauern manchmal mehr als ein Jahr. Damit wird dem Kartellrecht seine Funktion als wichtiges Instrument der Wirtschaftsregulierung genommen. Unternehmen, die Kartellrechtsverletzungen anderer Unternehmen bekämpfen wollen, verzichten häufig auf die Bekämpfung, weil sie mangels rascher Rechtsdurchsetzung keinen effizienten rechtlich-wirtschaftlichen Nutzen erwarten können, wohl aber die "atmosphärischen Nachteile" im Wirtschaftsleben zu tragen haben. Das neue Organisationsrecht sollte – richtig angewendet – die Voraussetzungen für effizienten Rechtsschutz deutlich verbessern.

IV. Organisation und Verfahren der Kartellgerichte

A. Organisation

1. Die beabsichtigte Professionalisierung der kartellgerichtlichen Senatszusammensetzung (Überwiegen der Berufsrichter) wird von der Studienvereinigung Kartellrecht unterstützt. Insbesondere im Interesse einer effizienten Gesetzesvollziehung werden aber folgende Begleitmaßnahmen vorgeschlagen:
 - a) Wenn am Primat der Zurücklegung rechtswissenschaftlicher Studien als Aufnahmeerfordernis zum Richteramt gem. § 2 RDG festgehalten wird, sollten – wegen der immer stärkeren volks- und betriebswirtschaftlichen Durchdringung der Anwendung des Kartellrechtes – analog § 14 RDG Aus- und Fortbildungskurse in wirtschaftswissenschaftlicher Hinsicht für Kartellrichter vorgesehen werden.
 - b) Sowohl wegen der notwendigen fachlichen Konzentration auf die Belange des Rechtes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie der dazu notwendigen Aus- und Fortbildung als auch aus Gründen eines effizienten (raschen) Gesetzesvollzuges gerade im Wirtschaftsrecht, sollte die derzeit bestehende „Aufteilung der Arbeitskraft der Kartellrichter“ auch auf außerkartellrechtliche Senate tunlichst vermieden werden. Kartellrichter sollten ihr Amt also "hauptberuflich" wahrnehmen. Dies könnte in der gleichzeitig anstehenden Novellierung sowohl des GOG als auch des OGH-Gesetzes vorgesehen werden.
 - c) Die schon anlässlich der Kartellgesetz-Novelle 1999 geplante Beistellung fachkundigen Hilfspersonales für das Kartellgericht ist bislang unterblieben. Da aber – falls er entgegen dieser Stellungnahme doch eingeführt werden sollte - dem (neu zu schaffenden) Bundeskartellanwalt eine dem Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof vergleichbare Funktion (der wissenschaftlichen Aufbereitung von Sachverhalt und Rechtsfragen) nicht zukommt, verbleibt es bei der Notwendigkeit, dem Kartellgericht fachkundiges Hilfspersonal zur Verfügung zu stellen (und zwar sowohl zur Entscheidungsaufbereitung als auch zur Handhabung von „Massenverfahren“, wie sie etwa jüngst im Zusammenhang mit der Buchpreisbindung angefallen sind). Daher wird konkret angeregt, das kartellgerichtli-

che Registerverfahren nach §§ 69ff KartG 1988 sowie allenfalls sonst im Sinne des § 16 Abs. 1 des Rechtspflegergesetzes 1985 geeignete Tätigkeitsbereiche einem eigenständigen kartellgerichtlichen Rechtspfleger zuzuweisen.

2. Eine potentielle Lösung zur Finanzierung der Tätigkeit des Kartellgerichtes und des Kartellobergerichtes böte sich in der Anhebung der derzeitigen Mindest-Pauschalgebühren für Zusammenschlußanmeldungen nach § 80 Zif. 10a KartG 1988 sowie in der Anhebung der Rahmengebühr-Mindestsätze nach § 80 KartG 1988 an.
3. Da kartellrechtlich relevante Sachverhalte nicht nur über die Kartell-Fachsenate entschieden werden können, sondern auch durch die Fach-Handelssenate, sollte im OGH-Gesetz die Möglichkeit geschaffen (oder zumindestens ausdrücklich legislativ verankert) werden, daß zumindest der UWG-Senat und der KOG-Senat des OGH gemeinsam einen verstärkten Senat bilden können, um regelmäßig zu einer einheitlichen Rechtsprechungslinie zu gelangen. Auch hierfür würde sich der derzeit gleichfalls in Begutachtung befindliche Entwurf einer Novelle zum OGH-Gesetz anbieten.
4. Zur Sicherung der Kohärenz der nationalen Anwendung der kartellgesetzlichen und/oder EU-wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erschiene es sinnvoll, in den VI. Abschnitt des Kartellgesetzes 1988 ein eigenständiges Zwischenverfahren zur Beurteilung der (kartellrechtlichen) Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung einzubauen, wie dies etwa Art. 15 des Schweizer Kartellgesetzes 1995 oder sinngemäß § 29 Abs. 2 des österreichischen Übernahmegesetzes 1998 vorsehen.

B. Verfahren

1. Die derzeit in § 43 KartG 1998 vorgesehene grundsätzliche Verweisung auf das Verfahren außer Streitsachen soll durch die Kartellgesetz-Novelle 2001 nicht geändert werden.

Es scheint im Zuge dieser Stellungnahme nicht sinnvoll, die Effizienz des geltenden Außerstreitgesetzes 1854 idgF (insbesondere seiner allgemeinen §§ 1 bis 19) kritisch zu beleuchten, weil derzeit ein Referentenentwurf über ein neues Außerstreitgesetz zur Begutachtung ausgesendet ist, der in seinem I. Hauptstück und seinen §§ 1 bis 86 den modernen (EMRK-) Standards entsprechende Verfahrensgrundsätze bringen soll. Es stellt sich aber die grundsätzliche Frage, ob die ab Seite 12 der Entwurfserläuterungen/Allgemeines wiedergegebenen leitenden Verfahrensgrundsätze des neuen Außerstreitgesetzes dieses für seine subsidiäre Anwendbarkeit im kartellgerichtlichen Verfahren effizient anwendbar machen. Kritisch erscheinen in diesem Zusammenhang vor allem folgende Verfahrensgrundsätze:

- a) Durch den in der Kartellgesetz-Novelle 2001 vorgesehenen ersatzlosen Wegfall des § 44a KartG 1988 entfällt auch das bisherige Prinzip des amtswegigen Einschreitens des Kartellgerichtes, weshalb durch die neu eingeführten Verfahrensparteien Wettbewerbsbehörde und [allenfalls] Bundeskartellanwalt der kontradiktorische Charakter des (zukünftigen) kartellgerichtlichen Verfahrens stärker als bisher betont wird. Dazu kommt, daß angesichts der schon länger bestehenden Antragsberechtigung von betroffenen Unternehmern/ Unternehmensvereinigungen und deren zukünftige Erweiterung um die gesetzlichen Interessenvertretungen/bisherige Amtsparteien auch bei den Verfahrensparteien eine gewisse "Professionalisierung" vorausgesetzt werden kann. Die im EU-Weißbuch beabsichtigte Legalausnahme wird ferner die private Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche fördern, sodaß sich insgesamt die Wahl einer auf kontradiktorische (Mehrparteien-)Verfahren ausgelegten Verfahrensordnung anbietet und diese vorhersehbar besser/effizienter für den Gesetzesvollzug geeignet ist als das "normale" Außerstreitverfahren.
- b) Der im Außerstreitverfahren herrschende Grundsatz einer fehlenden mündlichen Verhandlung erscheint im (kontradiktorischen) Kartellverfahren eher kontraproduktiv, zumal wegen der nur schwer typisierbaren vorhersehbaren wirtschaftlichen Sachverhalte eine Abgrenzung des relevanten Prozeßstoffes unter Wahrung des beiderseitigen Gehörs in einer mündlichen Verhandlung sinnvoll und – vor allem im Hinblick auf eine Verfahrensstraffung – auch effizient erscheint;

Umgekehrt kommen im kartellgerichtlichen Verfahren besonders der Verfahrensbeschleunigung, dem vorläufigen Rechtsschutz, der Berücksichtigung des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses sowie einer Flexibilität hinsichtlich Verfahrensführung und Entscheidungsfindung erhebliche Bedeutung zu. Zur Lösung dieser Themen ist das allgemeine Außerstreitverfahren nicht immer geeignet.

2. Schon diese Anmerkungen zeigen, daß eine pauschale/undifferenzierte subsidiäre Übernahme des Außerstreitgesetzes (und vorhersehbar jeder anderen bereits bestehenden Verfahrensnorm) den spezifischen Bedürfnissen des kartellgerichtlichen Verfahrens nicht gerecht wird. In rechtsvergleichender Hinsicht ist darauf zu verweisen, daß etwa das deutsche GWB in seinen §§ 54 bis 86 Sonder-Verfahrensvorschriften enthält, während Art. 39 des Schweizer Kartellgesetzes 1995 zwar auf die subsidiär anwendbaren Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes verweist, selbst aber doch ziemlich umfangreiche und detaillierte (kartellspezifische) Verfahrensvorschriften enthält.

Es wird nicht verkannt, daß der Pauschalverweis auf subsidiär anwendbare sonstige Verfahrensvorschriften gesetzestechnische Vorteile bietet und zur Anwendung des Außerstreitgesetzes 1854 auf das kartellgerichtliche Verfahren bereits eine leidlich lückenfüllende Judikatur⁹ besteht. Insoweit gelten aber die Ausführungen zur inhaltlichen Reformbedürftigkeit des bisherigen Außerstreitgesetzes auf den Seiten 8 bis 10 des Referentenentwurfes zum neuen Außerstreitgesetz im vorliegenden Anlaßfall gleichermaßen (nämlich insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit einer dem Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG entsprechenden gesetzlichen Neuregelung unter besonderer Berücksichtigung der speziellen Umstände der konkreten Regelungsmaterie). Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien nachstehend Verfahrensregelungen aus dem Entwurf eines neuen Außerstreitgesetzes stichwortartig dargestellt, die entweder einer kartellgesetzlichen Sonderregelung bedürfen oder hinsichtlich derer jedenfalls die subsidiäre Anwendbarkeit auf das kartellgerichtliche Verfahren noch im Detail zu überlegen ist:

⁹ vgl. Reich-Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I/2000, S. 305 bis S. 334 (mwN)

- a) Verhältnis des durch die beabsichtigte Streichung des § 44a KartG 1988 entfallenden Amtswegigkeitsprinzipes zu dem nach §§ 8ff des Entwurfes subsidiär geltenden Amtswegigkeitsprinzipes;
- b) Bedeutung des zivilprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatzes im kontradiktorischen (außerstreitigen) kartellgerichtlichen Verfahren¹⁰;
- c) Regelungen über den Sachverständigenbeweis [wegen des geplanten Wegfalles von Paritätischem Ausschuß für Kartellangelegenheiten und den besonderen Kartell-Sachverständigen nach § 103 KartG 1988 kommt dem insoweit dann subsidiär anwendbaren § 12 Abs. 2 AußStrG-Entwurf über die Bestellung des Sachverständigen besondere Bedeutung zu];
- d) Beim im § 14 AußStrG-Entwurf pauschal vorgenommenem Verweis auf die ZPO-Vorschriften über „Akten“ wird insbesondere dem im kartellgerichtlichen Verfahren besonders sensiblen Geschäfts- und Betriebsgeheimnis der Verfahrensparteien durch eine darauf Bedacht nehmende Sonderregelung für Akteneinsicht Rechnung zu tragen sein;
- e) Die im § 52 AußStrG-Entwurf vorgesehene Neuerungszulässigkeit in Rekursverfahren sollte einerseits mit der bisherigen Judikatur¹¹ und andererseits mit den spezifischen Bedürfnissen des im kartellgerichtlichen Verfahren adäquat zu berücksichtigenden raschlebigen Wirtschaftstreiben harmonisiert werden;
- f) Gleiches gilt für die Zulässigkeit der Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung im Rekursverfahren durch das Kartellobergericht;
- g) Jedenfalls zu harmonisieren sind die auf drei Entscheidungsinstanzen abgestimmten Rechtsmittelregelungen der §§ 45ff des AußStrG-Entwurfes auf die nur zwei Entscheidungsinstanzen im kartellgerichtlichen Verfahren;
- h) Die im § 76 des AußStrG-Entwurfes vorgesehene Neuregelung von einstweiligen Verfügungen erscheint moderner als die derzeitige Regelung des § 52 KartG 1988, die aber durch die Kartellgesetz-Novelle 2001 nicht berührt werden soll;

¹⁰ vgl. E.60 zu § 43, bei Reich-Rohrwig/Zehetner, aaO.

¹¹ vgl. E.62 bis 75 zu § 43, bei Reich-Rohrwig/Zehetner, aaO.

- i) Einer allfälligen Harmonisierung bedürfen auch die unterschiedlichen Kostenersatzregelungen in § 45 KartG 1988 bzw. in §§ 82ff AußStrG-Entwurf;
- j) Letztlich sollten auch die ziemlich umfassend ausgestalteten verfahrensrechtlichen Zwangsmittel in § 85 AußStrG-Entwurf mit dem schon in § 118 Abs 1 Einleitungssatz KartG 1988 festgelegten Prinzip der Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungsverpflichtungen abgestimmt werden.

Die oben skizzierten verfahrensrechtlichen Fragen werden im Rahmen der nunmehr geplanten (Institutionen)Reform nicht zu lösen sein, ohne den Gesetzgebungsprozeß über Gebühr aufzuhalten. Die Studienvereinigung Kartellrecht regt aber an, diese Fragen spätestens gleichzeitig mit Inkrafttreten des neuen Außerstreitgesetzes zu diskutieren und einer Regelung zuzuführen.

V. Das neue Sanktionensystem

A. Vorbemerkung

Das Kartellgesetz enthält zwei Typen von Sanktionsbestimmungen für Gesetzesverstöße: „Gerichtliche Strafbestimmungen“ (Abschnitt XIV.) und „Bußgelder“ (Abschnitt XV.); erstere finden bei einem Verstoß gegen materielle Normen des KartG Anwendung, letztere beziehen sich auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften.

Durch die Novelle sollen die bisherigen Strafbestimmungen eliminiert werden. Sämtliche bisherigen Sanktionen weichen einem einheitlichen „Geldbußensystem“, wobei hinsichtlich der Höhe eine Staffelung nach der Art des Verstoßes vorgesehen ist. Gegenüber den früheren Bußgeldern, aber auch den Geldstrafen, wird der Strafrahmen erheblich erweitert (gem § 142 Z 1 lit a „bis zu 10 % des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmer im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes“). Andererseits soll in das StGB der Straftatbestand des Submissionskartells als § 168a eingeführt werden.

Das leitende Prinzip der Novellierung der Sanktionsbestimmungen ist das Bestreben nach Entkriminalisierung. Dies geht Hand in Hand mit der Aufhebung der individuellen Verantwortlichkeit von Geschäftsführern und/oder leitenden Mitarbeitern für Kartellrechtsverstöße. In Zukunft sollen ausschließlich die betroffenen Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden können. Darüber, ob dies rechtspolitisch sinnvoll ist, kann man divergierender Ansicht sein. Zum einen gewährleistet ein am Individuum ansetzendes Sanktionensystem vermutlich ein höheres Maß an Prävention, sofern es konsequent vollzogen wird. Andererseits ist aber bei der Ausgestaltung des Sanktionensystems das regulatorische Umfeld in anderen Jurisdiktionen, in denen gleichartige oder sogar parallele Verfahren wegen Kartellrechtsverstößen durchgeführt werden, zu beachten.¹² Von entscheidender Bedeutung ist angesichts des „Vordringens“ des Gemeinschaftsrechts¹³ insbesondere die Frage, welchen Systems sich die EU-

¹² In den meisten EU-Staaten sind Bußgelder für die Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften vorgesehen.

¹³ Siehe die Überlegungen, den „absoluten Vorrang“ des europäischen Wettbewerbsrechts in Art 3 der neuen VO Nr 17 (vgl den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag

Wettbewerbspolitik bedient. Eine Kongruenz in diesem Bereich ist nicht nur für die Kenntnis und Akzeptanz der materiellen Vorschriften durch die Normunterworfenen sinnvoll; im Hinblick auf die friktionslose Durchsetzung der Regelungen erscheint diese sogar geboten.

Gem Art 3 des Entwurfes der neuen VO Nr 17 ist in Zukunft „*bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen iSv Art 81 EG-Vertrag und bei Fällen der missbräuchlichen Ausnützung einer beherrschenden Stellung iSv Art 82, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, [...] allein das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unter Ausschluss des Wettbewerbsrechts der Mitgliedstaaten anwendbar*“. Gem Art 5 des Entwurfes der neuen VO Nr 17 sind die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung von Art 81 und 82 EG zuständig. Damit werden nach Verabschiedung der neuen Verordnung die nationalen Wettbewerbsbehörden in allen Fällen, in denen der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben.

Art 5 der neuen VO Nr 17 stellt in diesem Zusammenhang klar, dass einzelstaatliche Sanktionen weiterhin bestehen bleiben sollen. Anlässlich des letzten internationalen Forums EG Kartellrecht der Studienvereinigung Kartellrecht (27. und 28. Juni 2001, Brüssel) gaben Vertreter der Kommission zu verstehen, dass zwar keine grundsätzliche Verpflichtung zu einer Vereinheitlichung der europaweit bestehenden Sanktionensysteme eingeführt werde, es in der Praxis jedoch sinnvoll wäre, die Sanktionensysteme ähnlich auszugestalten.

Die Einführung eines Geldbußensystems statt der bisherigen Kriminalstrafen in Österreich erscheint unter diesem Aspekt zweckmäßig. Jedenfalls zu begrüßen ist, daß Sanktionen bei Kartellverstößen in Zukunft vom Kartellgericht verhängt werden sollen. Die eigentümliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Kartellgericht und Strafgerichten war ein weiterer Grund für die Zersplitterung des österreichischen Kartellrechts, die letztendlich seine Effizienz beeinträchtigt. Der be-

niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 („Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag“) KOM (2000) 582 endg. vom 27.9.2000) festzuschreiben.

sondere Straftatbestand für Submissionskartelle stellt insofern einen Systembruch dar.¹⁴

B. Detailfragen des neuen Bußgeldsystems

Das neue Geldbußensystem soll gem § 142 folgendermaßen ausgestaltet werden:

- Bei substantiellen Verstößen ist die Verhängung von Geldbußen von 10.000 bis 1 Mio Euro oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 % des letztjährigen Umsatzes vorgesehen.
- „Verfahrensrechtliche Verstöße“ (Verstoß gegen Anzeigepflicht, Übermittlung unvollständiger oder unrichtiger Angaben usw) werden mit Bußen von 3.500 bis 35.000 Euro geahndet.
- Bei der Bemessung der Geldbuße hat das Gericht gem § 143 *„insbesondere auf die Schwere der Rechtsverletzung, den Grad des Verschuldens sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Bedacht zu nehmen“*.¹⁵ Bei der Kalkulation der Geldbuße soll im Fall der verbotenen Durchführung eines Kartells nach § 143 Z 1 lit a *„auch auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht“* genommen werden.

Im Hinblick auf diese Neuregelung bestehen insbesondere folgende Bedenken.

1. Unklar ist zunächst, wie der in § 142 Z 1 angesprochene Umsatz zu berechnen ist. Weder aus dieser Bestimmung noch aus § 2a ergibt sich, ob damit nur in Österreich oder weltweit erzielte Umsätze gemeint sind. Aufgrund des Wirkungsprinzips dürften unseres Erachtens nur die inländischen Umsätze herangezogen werden.

Weiters ist es problematisch, als Bemessungsgrundlage – wie an sich durch § 2a Z 1 indiziert – den Umsatz sämtlicher Unternehmen, die in der in § 41 beschriebenen Form miteinander verbunden sind, heranzuziehen. Dies hätte etwa zur Folge, dass bei einem Kartellrechtsverstoß durch ein Unternehmen, an dem ein internationaler Großkonzern eine 25%-ige, nicht mit Kon-

¹⁴ Siehe dazu im Einzelnen unten.

¹⁵ Hervorhebung durch die Verfasser.

trollmöglichkeiten iSd § 41 Abs 1 Z 5 ausgestattete (Finanz-) Beteiligung hält, bei der Umsatzberechnung berücksichtigt werden. Dies erscheint nicht sachgerecht.

2. Bei der Festsetzung der Geldbuße soll das Kartellgericht gem § 142 innerhalb der oben geschilderten Bandbreiten „*insbesondere*“ auf die Schwere der Rechtsverletzung, den Grad des Verschuldens und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Rücksicht nehmen. Hingegen wird - anders als etwa in § 32 Abs 1 StGB sowie § 19 Abs 1 VStG – nicht geregelt, was Grundlage für die Bemessung der Geldbuße ist. § 142 erscheint somit im Lichte des Art 18 B-VG als problematisch, da sie viel zu unbestimmt ist, um dem Kartellgericht eine zweifelsfreie Anwendung zu ermöglichen. Der Begriff „*insbesondere*“ lässt offen, welche weiteren Kriterien bei der Zumessung von Geldbußen berücksichtigt werden sollen und können. Auch lässt sich danach nicht feststellen, in welchem Maße die verschiedenen im Gesetz ausdrücklich angeführten – und auch die nicht genannten – Aspekte berücksichtigt werden sollen. Da kartellrechtliche Geldbußen wegen ihrer Schwere wohl als „Strafen“ iSd Art 7 MRK zu qualifizieren sind, ist ferner zu beachten, dass auch Art 7 MRK gewisse Anforderungen an die Klarheit der Strafdrohung stellt (vgl *Thienel*, in: *Korinek/Holoubek* [Hrsg], *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* [Loseblatt], Art 7 MRK Rz 10).

Gemäß den Leitlinien der Kommission zur Festsetzung von Geldbußen¹⁶ wird zunächst ein allgemeiner Grundbetrag nach Maßgabe der Schwere und Dauer des Verstoßes berechnet. Zur Beurteilung dieser Kriterien sind in der Mitteilung konkrete Anhaltspunkte ausgewiesen. Der so errechnete Betrag kann durch erschwerende oder mildernde Umstände erhöht bzw verringert werden. Darüber hinaus findet der Grundsatz Anwendung, dass die Geldbuße die aus dem Verstoß erzielten Gewinne abschöpfen sollte. Im Gegensatz zur früheren Festlegung von Prozentsätzen des Umsatzes (in der Regel eine Quote von 4 – 5 % bei klassischen und klaren Wettbewerbsverstößen) werden in den Leitlinien nunmehr absolute Rahmen für Geldbußen angege-
ben.

¹⁶ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art 65 EGKSV festgesetzt werden, ABI 1998 Nr C 9/3 („Leitlinien“).

Freilich ist nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht auch dieses System nicht sachgerecht: Der Zweck von Verhaltensweisen, die materielle Kartellrechtsverstöße verwirklichen, besteht in aller Regel darin, dass sich die betreffenden Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen. So soll etwa durch die Vereinbarung von Mindestpreisen, Gebiets- oder Kundenaufteilungen oder durch das Verrechnen unangemessen hoher Preise durch marktbeherrschende Unternehmen der unternehmerische Gewinn maximiert werden. Um die Präventionswirkung im Hinblick auf mögliche Wettbewerbsverstöße zu optimieren, müsste daher ein Bußgeld auf den konkret vom Kartellrechtsverstoß betroffenen Markt Bezug nehmen und nicht – wie in den Leitlinien der Kommission oder in § 143 vorgesehen – mehr oder weniger abstrakt auf den Unrechtsgehalt der Tat abgestellt werden. Diese Denkfigur entstammt dem Kriminalstrafrecht, dessen Sanktionen sich gegen einzelne Personen, nicht jedoch gegen Unternehmen richten. Ein derartiges System führt überdies tendenziell zu einer unverhältnismäßig hohen Bestrafung von kleinen Unternehmen und von Verstößen, die nur einen relativ geringen volkswirtschaftlichen Schaden verursachen.

Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht müsste daher Ausgangspunkt für die Zumessung von Bußgeldern der von der jeweiligen Verhaltensweise betroffene relevante Umsatz, mithin jener Umsatz sein, den das beteiligte Unternehmen mit dem betreffenden Produkt in Österreich erzielt hat. Dieser Umsatz bzw ein bestimmter Prozentsatz davon sollte als Bußgeldrahmen herangezogen werden, innerhalb dessen die „subjektiven Elemente“, wie Schwere der Rechtsverletzung, Grad des Verschuldens und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des betreffenden Unternehmens sowie weitere, noch zu konkretisierende Erschwerungs- und Milderungsgründe zu berücksichtigen sind. Wir schlagen vor, insbesondere folgende Erschwerungsgründe ausdrücklich im Gesetz vorzusehen: das gleichzeitige Begehen mehrerer Kartellrechtsverstöße derselben oder verschiedener Art, die Fortsetzung des Verstoßes über einen längeren Zeitraum, im Falle eines Verstoßes durch mehrere Unternehmen die Rolle des betreffenden Unternehmens als Urheber oder Anstifter. Als Milderungsgründe wären insbesondere die untergeordnete Rolle bei Verstößen durch mehrere Unternehmen, die tatsächliche Nichtanwendung der Vereinbarungen über

tatsächliche Nichtanwendung der Vereinbarungen über Verstöße, die Beendigung der Verstöße nach dem ersten Eingreifen einer Wettbewerbsbehörde, der Nachweis berechtigter Zweifel des Unternehmens an der Rechtswidrigkeit seines wettbewerbswidrigen Verhaltens, sowie die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung anzuführen.

Im Zusammenhang mit der Bemessung von Geldbußen ist auch zu bedenken, dass Kartellrechtsverstöße des öfteren eine Vielzahl von finanziellen Auswirkungen auf die beteiligten Unternehmen haben können. Zu nennen sind insbesondere die (gleichzeitige / nachfolgende) Bebußung durch ausländische und / oder supranationale Wettbewerbsbehörden, die Geltendmachung von Schadenersatz durch geschädigte Marktteilnehmer (insbesondere im Rahmen von sogenannten „*Class Actions*“, bei denen US-amerikanische Gerichte „*punitive damages*“ im Ausmaß des dreifachen Schadens zusprechen können), die „parallele“ Verurteilung der am Verstoß beteiligten Personen nach kriminalstrafrechtlichen Normen. Die Studienvereinigung Kartellrecht möchte die Gelegenheit benutzen, um auf diese Problematik, für die es – soweit ersichtlich – auch international noch keine fruchtbaren Lösungsansätze gibt, hinzuweisen, und schlägt vor, diesen Aspekt im Zuge der erforderlich werdenden weiteren Reform des materiellen Kartellrechts zu berücksichtigen.

3. Die vorgeschlagene Regelung unterscheidet nicht (mehr) zwischen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Verstößen. Während bei letzteren eine einmalige, unter Umständen auch sehr hohe Geldbuße als präventive Maßnahme in Frage kommt, um die Wiederholung einer gleichartigen Tat zu verhindern, fehlt die Möglichkeit, die Vornahme bestimmter Verfahrenshandlungen, wie etwa die Anzeige einer vertikalen Vertriebsbindung, sachgerecht zu sanktionieren bzw zu erzwingen. Wird beispielsweise eine Anzeigepflicht verletzt, so führt dies nach dem vorliegenden Vorschlag zwar zu einer einmaligen Bebußung des betreffenden Unternehmens; es wäre aber nicht möglich, die Einhaltung der Anzeigepflicht durch Aufforderung zu pflichtgemäßem Verhalten unter Androhung weiterer Sanktionen durchzusetzen. In diesem Zusammenhang wäre eine Unterscheidung zwischen echten Geldbußen einerseits und Zwangs- oder Beugemitteln andererseits erforderlich.

4. Weiters ist auf das Problem hinzuweisen, dass es nach neuer Rechtslage nicht im Ermessen des Kartellgerichts liegen würde, Bußgelder zu verhängen – das Kartellgericht *hat* gemäß § 143 im Falle eines Kartellrechtsverstößes auf Antrag der Amtsparteien eine Geldbuße aufzuerlegen. Es erscheint rechtsstaatlich bedenklich, die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Geldbuße verhängt werden soll, den Amtsparteien zu überlassen und andererseits durch die Festsetzung einer „Mindestbuße“ dem Kartellgericht die Möglichkeit zu nehmen, eine geringere Buße festzusetzen.
5. Gem § 143 2. Satz ist im Falle der Durchführung eines Kartells nach § 142 Z 1 lit a auch auf die Mitwirkung an der Aufklärung der Rechtsverletzung Bedacht zu nehmen. Wie bereits oben angeführt, sollte ein derartiger Aspekt im Rahmen der Zumessung der Geldbuße Berücksichtigung finden; die Studienvereinigung Kartellrecht versteht diese Regelung allerdings nicht als eine ausreichende Rechtsgrundlage für „*Leniency-Regelungen*“ („Kronzeugenregelungen“), wie sie beispielsweise im europäischen oder US-amerikanischen Wettbewerbsrecht bestehen. Sollte der Gesetzgeber daran denken, eine solche Regelung einzuführen, so wäre diese im Lichte der bisherigen Erfahrungen, insbesondere im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts, zu evaluieren und bedürfte dann auch einer eingehenderen gesetzlichen Determinierung, insbesondere im Hinblick auf mögliche „*Plea-Agreements*“.

C. Zur Einführung einer gerichtlichen Strafe für Submissionskartelle

Künftig sollen lediglich Submissionskartelle strafrechtlich sanktioniert werden (§ 168b StGB). Dies erscheint im Rahmen der allgemeinen „Entkriminalisierung“ und im Zuge einer Angleichung an das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft als Systembruch. Wenn es bei der (teilweisen) strafrechtlichen Sanktionierung von Kartellverstößen bleibt, müßte dies wohl für alle Arten von „Kernbeschränkungen“ (also etwa auch Preis- oder Gebietsbsprachen) gelten.

Probleme mit dem neuen § 168b könnten sich aus der Dualität der Sanktionssysteme ergeben. Wesentliche Grundsätze des Strafverfahrens widersprechen

den Grundsätzen von Verfahren zur Verhängung einer Geldbuße: Im Strafverfahren besteht – zumindest nach derzeitiger Rechtslage – keine Beschränkung hinsichtlich der Beweismittel; insbesondere können im Zuge von Hausdurchsuchungen Dokumente aller Art beschlagnahmt und als Beweismittel verwendet werden. Nach dem europäischen Kartellverfahrensrecht unterliegt hingegen die Korrespondenz zwischen dem externen Anwalt und dem Unternehmen dem Anwaltsprivileg und ist daher von einer Nachprüfung im Unternehmen immun. Andererseits bestehen im Verfahren vor der Europäischen Kommission keine Möglichkeiten, sich der Aussage zu entziehen (was aus Gesichtspunkten der EMRK ohnehin problematisch ist); im Verfahren vor den Strafgerichten haben Beschuldigte und Zeugen (letztere unter gewissen Voraussetzungen) das Recht, die Aussage zu verweigern. Während im europäischen Kartellverfahren Fragen an die betroffenen Unternehmer nur im Rahmen des genau definierten Verfahrensgegenstandes zulässig sind und darüber hinaus Beweisverwertungsverbote bestehen, können die Ermittlungen im Strafverfahren auch zur Aufdeckung weiterer Verstöße führen. Die sich für die betreffenden Unternehmen daraus ergebende Konfliktsituation ist so gravierend, dass es jedenfalls solange nicht als zielführend erscheint, Kartellrechtsverstöße strafrechtlich zu sanktionieren, als nicht die diesbezüglichen verfahrensrechtlichen Bestimmungen harmonisiert bzw auf einander abgestimmt sind.

VI. Neuerungen im Medienkartellrecht

A. Medienvielfalt

1. Was man sich unter „Medienvielfalt“ in dem vom KartG aF gebrauchten Sinne¹⁷ vorzustellen hat, ist weitgehend ungeklärt. Die EB zur KartG-Nov 1993¹⁸ umschreiben Medienvielfalt als *„Vielfalt von selbständigen Medien, insbesondere Zeitungen“*. Als Tatbestandsmerkmal diene Medienvielfalt dem Ziel, *„Meinungsvielfalt in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern“*¹⁹. Die Frage, ob es für die Selbständigkeit eines Mediums genügt, daß die Selbständigkeit der Redaktion sichergestellt ist oder ob es notwendig ist, daß das Medium von einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit produziert wird, hat dabei der Gesetzgeber ausdrücklich der Beurteilung im Einzelfall überantwortet²⁰.

2. Der KartG-Entwurf (§ 35 Abs 2a) will nun den in Frage stehenden Begriff folgendermaßen klarstellen: *„Unter Medienvielfalt ist eine Vielfalt von selbständigen Medien zu verstehen, durch die eine Berichterstattung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen gewährleistet wird“*. Diese Formulierung ist bei näherer Betrachtung in mehrerlei Hinsicht problematisch:
 - Mediendienste und Medienhilfsunternehmen, wie beispielsweise Nachrichtenagenturen bzw Druckereien, sind unter die neue Definition nur schwerlich zu subsumieren, obwohl sie in § 42c KartG aF eigens vertypt sind. Der Wortlaut paßt auch kaum für den audiovisuellen Medienbereich.
 - Der Bedeutungsgehalt des zweiten Halbsatzes ist nicht ohne weiteres ersichtlich: Beziehen sich die genannten unterschiedlichen Meinungen auf die Medieninhaber oder auf die Rezipienten?

¹⁷ Gemäß § 35 Abs 2 KartG aF kann die wiederholte mißbräuchliche Beeinträchtigung der Medienvielfalt (bis) zur Unternehmensentflechtung führen (dazu s unten). Die Beeinträchtigung der Medienvielfalt ist darüber hinaus nach § 42c Abs 5 KartG aF ein Untersagungsgrund bei Medienzusammenschlüssen.

¹⁸ Bei Reich-Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I (2000) 267.

¹⁹ Die EB zur KartG-Nov 1993, bei Reich-Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I (2000) 70, sprechen auch von der *„Erhaltung der Medien- und Meinungsvielfalt“*.

²⁰ Vgl EB zur KartG-Nov 1993, bei Reich-Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I (2000) 267.

- Mit einer „Berücksichtigung unterschiedlicher Meinungen“ scheint auch dem Postulat einer informativen Vielfalt nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen, bezieht man unterschiedliche Meinungen doch in erster Linie gerade auf ein und dasselbe Thema. Abgesehen davon erlaubt es ein zu fordernder Meinungspluralismus nicht, mit einer bloßen Unterschiedlichkeit a priori auf die Einbeziehung von mehr als zwei verschiedenen Meinungen zu verzichten.
- Des weiteren klammert man mit dem Abstellen auf eine „Berichterstattung“ im Sinne einer Mitteilung gedanklicher Inhalte unnötigerweise deren bloße – nichtjournalistische - Darbietung²¹, etwa im Wege eines Unterhaltungsmediums, aus²².
- Der geplante Wortlaut erlaubt es auch schwerlich, den jeweiligen Rezipientenanteil in bezug auf die verschiedenen Meinungen zu berücksichtigen. Meinungspluralismus setzt aber begrifflich einen funktionierenden publizistischen Wettbewerb voraus. Die Entstehung bzw Verstärkung „vorherrschender Meinungsmacht“²³ verträgt sich damit nicht. Wo hier im Detail die Grenzen verlaufen, entzieht sich – mangels einer dies festlegenden, umfassenden Sondernorm²⁴ - einer abstrakten Beurteilung ex ante. Kartellrechtliche Wertungen werden hierbei miteinzuffießen haben, wobei zu berücksichtigen ist, daß der relevante Informationsmarkt nicht nur Leistungen erfaßt, die substitutionell, sondern auch komplementär genutzt werden.²⁵ Für den Bereich der sog. cross ownerships, also intermedialer Verflechtungen, konnte bislang die „26 + 10 + 10 Prozent-Regelung“ nach dem Regionalradiogesetz (RRG)²⁶ eine gewisse Richtschnur für die Frage abgeben, welches Verflechtungsausmaß medienpo-

²¹ Zu den Begriffen der Mitteilung und Darbietung gedanklicher Inhalte vgl Brandstetter/Schmid, MedienG² (1999) § 1 Rz 3.

²² Das deutsche Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 5.2.1991: MR 1991, 82) hat im Zusammenhang mit der Rundfunkfreiheit ausgesprochen, daß diese „in einem umfassenden, nicht auf bloße Berichterstattung oder die Vermittlung politischer Meinungen beschränkten Sinn“ zu verstehen sei.

²³ Zu diesem Begriff s Stock/Röper/Holznapel, Medienmarkt und Meinungsmacht (1997) 5ff.

²⁴ Mit guten Gründen fordert Oberndorfer, JRP 2001, 103, „sich Gedanken über eine umfassende Konzentrationsbestimmung zu machen, die die Verbreitung von Tages- und Wochenzeitungen ebenso einbezieht wie die Reichweite privater Radio- und Fernsehsender, und zwar unter Berücksichtigung regionaler Märkte wie Bundesländer, Ballungsräume etc.“.

²⁵ Aicher, Fusionskontrolle, in Aicher/Holoubek: Das Recht der Medienunternehmen (1998) 97.

²⁶ Nach § 10 desselben durfte ein Printmedieninhaber sich mit höchstens 26% an einem Hörfunkveranstalter in einem Bundesland und mit höchstens 10% an je einem Hörfunkveranstalter in zwei weiteren Bundesländern beteiligen.

litisch noch zulässig ist²⁷. Die jüngste legislative Entwicklung in diesem Bereich ist allerdings mit Sorge zu beobachten: Gemäß § 9 des (neuen) Privatradiogesetzes (PrRG) darf ein beliebig großer Zeitungsinhaber eine unbeschränkte Anzahl an Privatradios erwerben, solange sich die Verbreitungsgebiete der von ihm kontrollierten Privatradios nicht überschneiden, und damit flächendeckend in Österreich Radio betreiben²⁸. Mit einem richtig verstandenen Meinungspluralismus hat eine solche Regelung unseres Erachtens wenig zu tun. Umso eher muß man darauf bedacht sein, der Kartellgerichtsbarkeit nicht durch eine zu enge begriffliche Umschreibung von Medienvielfalt die Möglichkeit zu nehmen, bei Auswüchsen der Medienkonzentration einzuschreiten²⁹.

3. Was § 35 Abs 2a letztlich im Sinn hat, erhellt - legistisch unbefriedigend - nur aus einer Zusammenschau mit den Materialien. In den EB zum KartG-Entwurf wird ausgeführt, dass unter „Medienvielfalt im Sinne der Meinungsvielfalt nicht nur eine Vielfalt von „Titeln“³⁰, ohne Rücksicht darauf, ob diese voneinander in ihrer Berichterstattung unabhängig sind, zu verstehen ist“. Damit wird nunmehr zutreffend davon ausgegangen, dass der Begriff der Medienvielfalt eine unternehmerische Mannigfaltigkeit im Sinne einer Vielfalt von Eigentümern umfaßt, da bei wirtschaftlicher Abhängigkeit die redaktionelle Selbständigkeit stets nur bedingt verwirklicht sein kann³¹.

Hingegen geht aus dem Wortlaut der EB zum KartG-Entwurf nicht eindeutig hervor, ob auch die bloße Beeinträchtigung publizistischer Vielfalt ohne gleichzeitige Existenzgefährdung für das betroffene Unternehmen eine Beeinträchtigung der Medienvielfalt darstellen könnte. Zwar ist eine solche Beschränkung des Begriffsinhalts dem Vernehmen nach nicht intendiert.

²⁷ Vgl Wittmann, MR 1993, 126.

²⁸ Oberndorfer (JRP 2001, 103) bezeichnet dies als „*Kniefall vor den großen österreichischen Tageszeitungen*“, welcher „*das ohnehin bereits dramatische Oligopol des österreichischen Medienmarktes mit Sicherheit noch verschärfen wird.*“

²⁹ Die Anwendung des KartG wird von § 9 PrRG gemäß dessen Abs 6 nicht berührt.

³⁰ Der Ausdruck „Titel“ paßt für den Bereich audiovisueller Medien nicht, sodaß eine entsprechende Ergänzung im Hinblick auf „Programme“ stattzufinden hätte. Zum Begriff der „Berichterstattung“ siehe bereits oben.

³¹ In diesem Sinne auch schon das Kartellgericht (Beschuß vom 26.1.2001, MR 2001, 49). Vgl weiters das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Pluralismus und Medienkonzentration im Binnenmarkt, vom 23.12.1992, KOM (92) 480, 16f.

Jedoch schließt der Wortlaut der EB zum KartG-Entwurf („nicht nur³² eine Vielfalt von „Titeln“) eine solche Auslegung nicht aus. In der Praxis sind durchaus – unter dem Aspekt der Meinungsvielfalt bedenkliche - Beispiele für eine bloße Beeinträchtigung der publizistischen Vielfalt vorstellbar: So beeinträchtigt die mißbräuchliche Marktverdrängung einer nicht unbedeutenden Zeitschrift, deren Eigentümer jedoch noch eine weitere – sich trotz unterschiedlicher Redaktion im wesentlichen an den selben Leserkreis richtenden - Zeitschrift, herausgibt, die Titel- und damit unter Umständen auch die Meinungsvielfalt, ohne deshalb auch die Eigentümervielfalt zu berühren. Entsprechendes gilt für die Programmvielfalt bei audiovisuellen Medien. Theoretisch denkbar wäre weiters, daß ein Unternehmen (zB eine Nachrichtenagentur) mißbräuchlich vorgeht, indem sie maßgebliche Information nur an bestimmte Unternehmen bzw zu unangemessenen oder diskriminierenden Konditionen weitergibt³³. Obwohl in solchen Fällen die Eigentümerstruktur unverändert bleibt, sollte eine kartellrechtlich relevante Beeinträchtigung der Medienvielfalt nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

4. Die Studienvereinigung Kartellrecht bezweifelt, ob eine vom Einzelfall abstrahierende ex ante-Definition des Begriffes „Medienvielfalt“ sinnvoll bzw überhaupt möglich ist. Allenfalls könnte man - unter Berücksichtigung obiger Ausführungen – eine allgemein gehaltene Zielbestimmung ins Auge fassen, die etwa wie folgt lauten könnte:

„Der Schutz der Medienvielfalt verfolgt den Zweck, einen dem Wesen einer demokratischen Gesellschaft entsprechenden Informations- und Meinungspluralismus zu gewährleisten. Dabei wird der unternehmerischen Vielfalt besondere Bedeutung zugemessen.“

5. Im Gesetz klarzustellen wäre überdies, daß – wovon offenbar bislang wie selbstverständlich ausgegangen wurde³⁴ - bei einem Zusammenschluß die

³² Der unbefangene Betrachter könnte hier – anders als bei „nicht bloß eine Vielfalt“ – wohl in Gedanken „*sondern auch*“ (eine unternehmerische Vielfalt) ergänzen.

³³ Wessely (ecolex 1995, 648) nennt als Beispiele rein publizistischen Mißbrauchs, welche dem § 35 Abs 2 KartG unterfallen könnten, „*das UWG-widrige Abwerben von herausragenden Journalisten oder mißbräuchliche Versuche, einen Konkurrenten von Informationen abzuschneiden*“.

³⁴ Vgl etwa Wessely, Das Recht der Fusionskontrolle und Medienfusionskontrolle (1995) 249.

Erhaltung der Medienvielfalt durch Auflagen und Beschränkungen gesichert werden kann. Aus dem Wortlaut des § 42b (4) KartG aF geht dies nämlich nicht hervor, bezieht sich dieser doch lediglich auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

B. Entflechtung von Medienunternehmen

1. Nach geltender Rechtslage (§ 35 Abs 2 KartG aF) hat das Kartellgericht auf Antrag einem marktbeherrschenden Unternehmen im Falle wiederholten Mißbrauchs Maßnahmen aufzutragen, durch welche die marktbeherrschende Stellung abgeschwächt oder beseitigt wird, wenn die Mißbräuche geeignet sind, die Medienvielfalt zu beeinträchtigen, und zu erwarten ist, dass es ohne solche (bis zu einer Entflechtung reichende) Maßnahmen zu weiteren Mißbräuchen dieser Art kommen werde. Der KartG-Entwurf sieht nun eine Verschärfung dahingehend vor, dass - ceteris paribus - auch ein einmaliger Mißbrauch in diesem Zusammenhang ausreicht.
2. Diese Änderung erscheint zunächst insofern nur konsequent, als angesichts der hier geforderten Eignung eines Mißbrauchs zur Beeinträchtigung der Medienvielfalt das Verfahren zur Abstellung desselben unter Umständen nur mehr ein Aufsammeln von – nicht mehr zu kittenden - Scherben darstellen wird. Weshalb man hier zuwarten sollte, bis wieder Glas zerschlagen wird, ist nicht einsichtig³⁵.
3. Zu weit gehen die EB zum KartG-Entwurf, wenn sie davon ausgehen, es könne bzw müsse nach einem (oder auch nach wiederholtem) Mißbrauch bereits feststehen, dass es ohne solche Maßnahmen zu weiteren Mißbräuchen dieser Art kommen werde. Da Marktmachtmißbrauch stets ein willensgesteuertes Verhalten voraussetzt³⁶, ist die vom Kartellgericht zu treffende

³⁵ Daher muß wohl auch ein Entflechtungsauftrag nicht stets am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz scheitern (so aber Trettenbrein, Interventionsmöglichkeiten gegen Medienkonzentration, Teilprojekt III.1 des Forschungsprogramms „Ökonomie und Zukunft der Printmedien“ (1993) 108, unter Anlehnung an Zib; kritisch auch Barfuß in *ecolex* 1992, 180). Bildlich gesprochen wird man jemandem, der zündelt und es voraussichtlich noch öfter tun wird, notfalls auch das Streichholz wegnehmen können anstatt sich auf das Löschen von Bränden zu beschränken.

³⁶ Einen diesbezüglichen Vorsatz oder sonstige subjektive Unrechtselemente erfordert er allerdings nicht. Vgl Barfuß/Wollmann/Tahedi, Österreichisches Kartellrecht (1996) 97.

Prognose unvermeidbar mit Unsicherheiten behaftet³⁷. Wie auch bei einer Untersagung eines Zusammenschlusses gemäß § 42c (5) KartG aF kann mehr als ein Anlaß zu ernster Besorgnis im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit jedenfalls nicht verlangt werden³⁸. Bei einem bloß einmaligen „Fehltritt“, also in Ermangelung einer wenigstens ansatzweisen Habitualität, wird diese Wahrscheinlichkeit regelmäßig entsprechend geringer sein. Nicht zuletzt angesichts des über dem betroffenen Unternehmer schwebenden Damoklesschwertes einer Entflechtung wird man selbigem nicht vorschnell fehlenden Besserungswillen unterstellen können, weshalb der Wert dieser Bestimmung in erster Linie präventiver Natur sein dürfte. Angesichts der grundsätzlichen Problematik einer Wahrscheinlichkeitsprognose in bezug auf zukünftiges, willensgesteuertes Verhalten wäre allenfalls zu überlegen, überhaupt auf eine (bloße) Wiederholungsgefahr ähnlich der bei Unterlassungsklagen nach UWG abzustellen³⁹. Die Chancen, daß § 35 Abs 2 KartG je zur Anwendung gelangt, würden damit zweifellos erhöht, ohne daß man dadurch zu einer reinen Marktstrukturkontrolle übergehen müßte.

4. Gegen die seit längerem, aus aktuellem Anlaß in zunehmendem Maße geforderte, im Rahmen des KartG-Entwurf jedoch nicht aufgegriffene Möglichkeit einer Entflechtung auf Basis rein struktureller Kriterien (also unabhängig von der Verwirklichung eines Mißbrauchstatbestandes) haben bereits die EB zur KartG-Nov 1993 - neben Praktikabilitätsabwägungen – massive verfassungsrechtliche Bedenken ins Treffen geführt: *„(E)ine solche rückwirkende Zusammenschlußkontrolle würde wohl einen so weitgehenden Eingriff in wohlverworbene Rechte bzw. eine so gravierende Verletzung des Vertrauens in eine bestimmte geltende Rechtslage bedeuten, daß sie im Sinn der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes von vornherein unzulässig wäre.“*⁴⁰ Tat-

³⁷ Vgl für den Bereich der Zusammenschlußkontrolle nach GWB Ruppelt in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht I⁹ (2000) § 36 Rz 43 bis 45.

³⁸ Systemwidrig ist, daß für fragliche zukünftige Mißbräuche bis zu einer Entflechtung reichende Maßnahmen angeordnet werden können, obwohl das inkriminierte Verhalten vor einer ausdrücklichen Untersagung vom KartG gar nicht verboten ist (für die Einführung des Verbotsprinzips bei Marktmachtmißbräuchen gemäß § 35 KartG ua Koppensteiner, ÖBl 2001, 3, sowie Thurnher, RdW 2000, 502). Bei der gebotenen Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird man diesen Umstand nicht vernachlässigen können.

³⁹ Allerdings sollte man wohl nicht so weit gehen, wegen eines einmaligen Verstoßes gleich auch das Vorliegen von Wiederholungsgefahr zu vermuten. Statt *„wenn zu erwarten ist“* könnte man für § 35 Abs 2c KartG folgende Formulierung ins Auge fassen: *„wenn aufgrund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist“*.

⁴⁰ EB zur KartG-Nov 1993, bei Reich-Rohrwig/Zehetner, Kartellrecht I (2000) 267.

sächlich ist nicht zu leugnen, daß es hierdurch zu außerordentlich weitgehenden Eingriffen in grundrechtliche Positionen, namentlich die Eigentumsfreiheit, die Erwerbsausübungsfreiheit und die Meinungsfreiheit, käme. Im Hinblick auf die beiden erstgenannten wäre insbesondere der Fall problematisch, daß die Marktbeherrschung das Resultat von ausschließlich internem Unternehmenswachstum ist⁴¹.

Gleichzeitig ist aber zu betonen, daß auch der Einzelne gemäß Art 10 EMRK ein Grundrecht auf Meinungs(bildungs)freiheit⁴² durch ungehinderten Empfang von Nachrichten und Ideen hat, es insoweit also zu einer Kollision von Grundrechten kommt. Es wird vertreten, daß der Staat für eine diesen Aspekt der Meinungsfreiheit gewährleistende mediale Infrastruktur Sorge zu tragen hat⁴³. Es kann eines Staates Pflicht sein, daß er „*gegen eine übermäßige Konzentration von Medienmacht durch Maßnahmen der Konzentrationsbekämpfung einschreitet, wenn die Bedingungen einer pluralistischen Meinungsbildung bedroht sind*“⁴⁴. Nach Berka „*ist der Gesetzgeber jedenfalls befugt Maßnahmen zu setzen um die gefährdete Meinungsvielfalt wiederherzustellen oder zu bewahren.*“⁴⁵ Laut demselben gäbe es auch gegen Entflechtungsmaßnahmen als angemessenes und zielführendes Mittel der Konzentrationsbekämpfung „*keine durchschlagenden grundrechtlichen Einwände.*“⁴⁶

Nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht kann jedenfalls nicht (mehr) von einer – im Rahmen der EB zur KartG-Nov 1993 behaupteten – per se-Unzulässigkeit von Entflechtungsmaßnahmen ausgegangen werden. Angesichts der zunehmenden Medienkonzentration ist es selbstverständlich, daß insoweit ein etwaiger Vertrauensschutz und Schutz wohlervorbener

⁴¹ Darauf weist zutreffend Tahedi (Der Mißbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993) 290f) hin.

⁴² Auch der EuGH (Urteil vom 26.6.1997, ÖBl 1997, 145) anerkennt den Schutz der Medienvielfalt als zwingendes Erfordernis im Sinne der „Cassis de Dijon“-Doktrin, welches – Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt – eine Beschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten rechtfertigt.

⁴³ Vgl etwa Mayer, *ecolex* 1994, 511; Korinek, JRP 2000, 129; Trettenbrein, *Interventionsmöglichkeiten gegen Medienkonzentration*, Teilprojekt III.1 des Forschungsprogramms „Ökonomie und Zukunft der Printmedien“ (1993) 32ff.

⁴⁴ Berka, *Die Grundrechte* (1999) 51.

⁴⁵ *Die Grundrechte* (1999) 323.

⁴⁶ *Die Grundrechte* (1999) 324.

Rechte des betroffenen Medienunternehmers Vorrang genießen. Deshalb wäre wenigstens zu erwägen, in den Gesetzesmaterialien die eventuelle Einführung rein strukturorientierter Maßnahmen einschließlich von Entflechtungsmaßnahmen für den Fall einer weiteren Beeinträchtigung der Medienvielfalt bzw möglicher negativer Erfahrungen aufgrund der gegenwärtigen Medienkonzentration in Aussicht zu nehmen.

VII. Materielle Änderungen in der Fusionskontrolle

1. Im Hinblick auf Zusammenschlüsse sieht der KartG-Entwurf, was fraglos begrüßenswert ist, auf Antrag Maßnahmen zur Abschwächung oder Beseitigung von deren Wirkungen (also einschließlich einer Entflechtung) vor, und zwar dann, wenn die Nichtuntersagung auf unrichtigen oder unvollständigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind⁴⁷, oder wenn einer mit der Nichtuntersagung verbundenen Auflage zuwidergehandelt wird⁴⁸. Das Kartellgericht hat dabei nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁴⁹ vorzugehen.
2. Als Vorbild dient hier die FKVO, wo allerdings nur die Möglichkeit eines Widerrufs der Entscheidung vorgesehen ist⁵⁰. Anders als diese und – ihr folgend – der KartG-Entwurf räumt das GWB dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Wettbewerbsstruktur insofern Vorrang ein, als sein Wortlaut entsprechende Maßnahmen auch ermöglicht, wenn die Nichtuntersagung durch Einwirkung eines Dritten zustande gekommen ist, ohne dass die Zusammenschlußparteien hiervon Kenntnis haben konnten⁵¹.
3. Nicht einsichtig ist, weshalb der KartG-Entwurf im Falle von sonstigen genehmigungspflichtigen Tatbeständen wie beispielsweise Kartellen, welche auf unrichtigen oder unvollständigen Angaben beruhen, keine entsprechenden korrektiven Maßnahmen vorsieht⁵². Die Studienvereinigung Kartellrecht regt an, dies in den Gesetzesentwürfen noch zu ergänzen.

⁴⁷ Verschulden ist insoweit nicht zu fordern.

⁴⁸ In diesem Fall konnte bisher mit einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot argumentiert werden.

⁴⁹ Wegen dieses Prinzips wird bei Zuwiderhandeln gegen eine Auflage davon auszugehen sein, daß vor Setzung entsprechender Maßnahmen durch das Gericht eine Aufforderung ergehen muß, wonach die Auflage binnen angemessener Frist zu erfüllen ist. Vgl dazu Immenga in Immenga-Mestmäcker, GWB-Kommentar⁹ (2001) § 12 Rz 72.

⁵⁰ Vgl deren Art 8 Abs 5 a und b.

⁵¹ Vgl Immenga in Immenga-Mestmäcker, GWB-Kommentar⁹ (2001) § 12 Rz 77.

⁵² Vgl dazu Art 8 Abs 3c der Verordnung 17/62 des Rates sowie § 12 Abs 2 Z 3 GWB.

VIII. Anwendung des europäischen Kartellrechts

1. Über die Kompetenzen der bisherigen "Wettbewerbsabteilung" im Wirtschaftsministerium hinausgehend sollen nach der Novelle erstmals österreichische Behörden umfassend zur Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts in Österreich befugt sein. Im Lichte der fortschreitenden Dezentralisierung der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts (vgl etwa die Befugnisse der Mitgliedstaaten nach der VO 2790/1999) ist diese Entwicklung unzweifelhaft notwendig. Fraglich ist allerdings, wie weit die Erweiterung der Befugnisse gehen soll, bevor die Reformpläne der Kommission betreffend die VO 17 umgesetzt sind.
2. Die "Anwendung der Wettbewerbsregeln" (also des europäischen Kartellrechts) durch die Bundeswettbewerbsbehörde ist nach den Entwürfen – systemkonform – im wesentlichen auf Ermittlungen und die Antragstellung beim Kartellgericht beschränkt. Zentral ist die ausdrückliche Ermächtigung des Kartellgerichts nach dem neuen § 42f zur Anwendung des EG-Kartellrechts durch "Erlassung von Entscheidungen im Einzelfall". Diese Bestimmung lässt jedoch offen, ob das Kartellgericht auch zur Anwendung der eigentlich zentralen Vorschriften des EG-Kartellrechts ermächtigt sein soll, also Entscheidungen (Beschlüsse) über Verstöße gegen Art 81 Abs 1 und Art 82 EG fällen kann. Denkbar ist auch, daß sich § 42f nur auf Befugnisse bezieht, die den Behörden der Mitgliedstaaten durch Verordnungen nach den Art 83 bis Art 86 EG explizit übertragen wurden, wie etwa die Befugnis zur Entziehung des Vorteils aus der GVO 2790/1999 im Einzelfall. Für eine restriktive Interpretation der Befugnisse des Kartellgerichts spricht, daß ausgerechnet die zentralen Art 81 und Art 82 EG in § 42f nicht genannt sind und sich die Sanktionsbestimmungen nach § 142 nicht auf Verstöße gegen europäisches Recht erstrecken. Auch in den § 25 oder § 35, welche die Befugnisse des Kartellgerichts bei Verstößen gegen das KartG regeln, wird das europäische Kartellrecht nicht angesprochen, sodaß tatsächlich eine *lex imperfecta* vorliegen könnte. Für eine weite Interpretation spricht hingegen vor allem folgendes:
 - In den Erläuterungen ("Besonderer Teil" – "zu Z 10") heißt es, dass durch § 42f klargestellt werde, dass "in den Fällen, in denen die (unmit-

telbar anzuwendenden) Wettbewerbsregeln der EG Entscheidungen der Behörden der Mitgliedstaaten im Einzelfall vorsehen, das Kartellgericht die zuständige Behörde ist"; dies könnte als Hinweis auf die Ermächtigung der Behörden der Mitgliedstaaten nach Art 9 Abs 3 der VO 17/62/EWG verstanden werden, wonach die Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Art 81 Abs 1 und Art 82 EG-V zuständig sind, solange die Kommission kein Verfahren eingeleitet hat.

- § 42f wurde erklärtermaßen "dem Vorbild des § 50 des deutschen [GWB]" nachempfunden. Die deutsche Vorschrift ist so auszulegen, dass sie das Bundeskartellamt zur Anwendung von Art 81 und Art 82 für Inlandssachverhalte ermächtigt, soweit diese die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllen⁵³.
- Eine Ermächtigung des Kartellgerichts zur Anwendung von Art 81 Abs 1 und Art 82 EG-Vertrag stünde im Einklang mit der "Zusammenarbeitsbekanntmachung" der Kommission aus 1997⁵⁴, wonach im Rahmen der geltenden Vorschriften "ebenso wie die nationalen Gerichte die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig sind, Artikel 85 Absatz 1 und Art 86⁵⁵ anzuwenden, vorausgesetzt, sie sind durch ihre nationalen Rechtsvorschriften hierzu befugt"⁵⁶. Die Kommission führt in dieser Bekanntmachung aus, wie die "Verteilung der Aufgaben" zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung von EG-Kartellrecht im Rahmen der bestehenden Rechtsvorschriften erfolgen sollte. Grenzen für eine solche Anwendung bilden nur die fehlende Ermächtigung zu Freistellungen.⁵⁷ Die Kommission forderte 1997 sogar ausdrücklich die Schaffung entsprechender innerstaatlicher Befugnisse von nationalen Wettbewerbsbehörden, indem sie in Rz 15 der Zusammenarbeitsbekanntmachung ausführte:

⁵³ Werner in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1520, Rz 39.

⁵⁴ Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Art 85 und Art 86 [nunmehr: Art 81 und Art 82] EG-Vertrag", ABI C 313 v 15.10.1997, 3ff.

⁵⁵ nunmehr Art 81 Abs 1 und Art 82.

⁵⁶ Vgl Zusammenarbeitsbekanntmachung Rz 5 2. Absatz Satz 1.

⁵⁷ Vgl Zusammenarbeitsbekanntmachung, Rz 5 2. Absatz Satz 2 und Rz 30. - Die Aufnahme einer solchen Freistellungskompetenz in § 50 Abs 2 dGWB hatte offenbar besondere Gründe, vgl Werner in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1520f., Rz 40.

"[...] Es ist jedoch festzustellen, dass die Rechtsordnung einiger Mitgliedstaaten nicht die nötigen verfahrensrechtlichen Mittel zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 [nun: Art 81 Abs 1] und Artikel 86 [nun: Art 82] bereithält. In diesen Mitgliedstaaten können die von den genannten Artikeln erfaßten Vorgehensweisen von den nationalen Behörden gegenwärtig ausschließlich auf der Grundlage des einzelstaatlichen Rechts geahndet werden.

Nach Auffassung der Kommission wäre es wünschenswert, daß die nationalen Behörden die Artikel 85 und 86 EGV gegebenenfalls in Verbindung mit den innerstaatlichen Wettbewerbsvorschriften auf Vorgänge im Anwendungsbereich dieser Artikel anwenden."

3. Gegen eine Befugnis des Kartellgerichts zur Anwendung von Art 81 EG spricht in rechtspolitischer Hinsicht vor allem der Umstand, daß diese Ermächtigung derzeit notgedrungen auf Art 81 Abs 1 EG beschränkt wäre, also keine Befugnis des Gerichts zur Erteilung von Freistellungen bestünde. Nun entspricht es aber dem aktuellen Erkenntnisstand des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, daß sich Art 81 Abs 1 EG und Art 81 Abs 3 EG nicht sinnvoll trennen lassen. Das Kartellgericht könnte gezwungen sein, Verhaltensweisen nach Art 81 Abs 1 EG iVm § 42f zu untersagen, die offenkundig freistellungsfähig sind. Beim deutschen Bundeskartellamt fällt dies nicht ins Gewicht, weil dort Private keine "Klagslegitimation" haben und das Amt auf die Verfolgung freistellungsfähiger Fälle schlicht verzichten kann ("Duldung"). Da das Kartellgericht aber antragsgebunden agiert und – anders als das GWB – nicht zuletzt auch ein Sondergericht für kartellrechtliche Streitigkeiten zwischen Privaten ist, bedarf die Frage aus österreichischer Sicht einer expliziten Lösung.
4. Jedenfalls scheint nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht eine Klarstellung erforderlich zu sein, ob das Kartellgericht nun tatsächlich zum Einschreiten bei Verstößen gegen Art 81 Abs 1 und Art 82 EG ermächtigt werden soll und (wenn ja) welche Verfügungen es in diesem Fall erlassen kann.

5. Speziell im Hinblick auf Art. 7 der GVO über vertikale Vereinbarungen (der nach den Entwurfserläuterungen im Wege des neuen § 42f Abs 1 umgesetzt werden soll) stellt sich die Frage, ob das (wenngleich nur partielle) Außerkraftsetzen einer Verordnung nach der österreichischen Bundesverfassung einem ordentlichen Gericht zustehen kann. Im Grunde ist nach Art. 139 B-VG das Außerkraftsetzen von Verordnungen dem Verfassungsgerichtshof vorbehalten, was hier aber offenkundig sinnwidrig wäre. Hier wäre allenfalls eine Verfassungsbestimmung erforderlich.