

Gugler, Philippe; Zurkinden, Pilipp

Article

Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich

Wirtschaft und Gesellschaft (WuG)

Provided in Cooperation with:

Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Suggested Citation: Gugler, Philippe; Zurkinden, Pilipp (1998) : Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich, Wirtschaft und Gesellschaft (WuG), ISSN 0378-5130, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Wien, Vol. 24, Iss. 3, pp. 353-372

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/332530>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich

Philippe Gugler, Philipp Zurkinden (1)

Sowohl in der Schweiz als auch in Österreich wurden vor nicht allzu langer Zeit die nationalen Kartellgesetze revidiert. Diese Revisionen sind Ausdruck einer seit längerer Zeit in Europa herrschenden Tendenz zur Reform der nationalen wirtschaftsrechtlichen Normen. Die Gesetzgeber reagieren einerseits auf die grundlegend geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, zum anderen wird häufig eine Annäherung an die entsprechenden Regelungen in der EU angestrebt. Der nachfolgende Vergleich zwischen dem schweizerischen, dem österreichischen und dem EG-Wettbewerbsrecht soll einerseits zeigen, wie weit sich die jungen Kartellgesetze in der Schweiz und in Österreich an das europäische Modell angepasst haben, und andererseits darlegen, inwiefern sich die beiden nationalen Wettbewerbsordnungen im Rahmen ihrer Revisionen angenähert haben.

Zunächst werden das schweizerische, das österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht (2) vorgestellt. Es folgt ein Vergleich zwischen den drei Wettbewerbsordnungen.

1. Das total revidierte schweizerische Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (3)

1.1 Die Hauptpunkte der Reform 1995

Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) trat am 1. Juli 1996 in Kraft. Der sachliche Geltungsbereich wurde wesentlich vereinfacht und erweitert, ebenso wurden im Rahmen der Verhaltenskontrolle klarere und vor allem schärfere materielle Regeln geschaffen. Als wesentliche Neuerung ist die Einführung einer präventiven Fusionskontrolle zu erwähnen. Des weiteren konnten institutionelle und verfahrensrechtliche Verbesserungen erzielt werden.

1.2 Grundprinzip des schweizerischen Kartellgesetzes

Das KG basiert weiterhin auf dem Mißbrauchsprinzip, d.h. daß wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte nicht per se verboten sind. Sie gelten grundsätzlich erst dann als unzulässig, wenn ihre Schädlichkeit rechtsverbindlich festgestellt wurde.

1.3 Geltungsbereich

Das KG bekämpft wettbewerbsschädliche Auswirkungen von Abreden zwischen Unternehmen, von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und von Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG) (4). War das aKG bisher einseitig auf Kartellsachverhalte, d.h. Abreden zwischen sich konkurrenzierenden Unternehmen, ausgerichtet, so sind ihm nun alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen unterstellt.

Das Unternehmen, das an den erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt ist, bildet den eigentlichen Adressaten des KG. Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei dem betreffenden Unternehmen um ein solches mit privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Organisation handelt.

Vom Gesetz ausgenommen sind Sachverhalte, die auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhen (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenso nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbssachverhalte, die sich ausschließlich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

Bezüglich des räumlichen Geltungsbereichs wurde das Auswirkungsprinzip explizit ins KG aufgenommen (Art. 2 Abs. 2 KG). Erfasst werden somit auch Sachverhalte, die sich im Ausland ereignen, sich aber in der Schweiz auswirken.

1.4 Kontrolle von Abreden

Als Wettbewerbsabreden bezeichnet das KG "rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken" (Art. 4 Abs. 1 KG). Obwohl nicht explizit im Gesetz enthalten, so unterliegen dem Gesetz auch Empfehlungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Eine Einschränkung besteht allerdings insofern, als Empfehlungen dem KG nur dann unterstellt sind, wenn sie in der Praxis auch tatsächlich befolgt sind.

Unzulässig sind Wettbewerbsabreden, "die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen" (Art. 5 Abs. 1 KG). Als Rechtfertigungsgründe gelten lediglich solche, die wirtschaftlich relevant sind, d.h. die eine wirtschaftliche Effizienzsteigerung zur Folge haben (Art. 5 Abs. 2 KG). Gründe des öffentlichen Interesses

können im Gegensatz zum alten Recht vor der Wettbewerbskommission nicht mehr geltend gemacht werden.

Bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen und bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird vermutet, daß der Wettbewerb beseitigt wird (Art. 5 Abs. 3 KG). Diese Vermutung kann allerdings umgestoßen werden, indem nachgewiesen wird, daß der wirksame Wettbewerb trotz der betreffenden Abrede im Innen- oder Außenverhältnis nicht völlig ausgeschaltet ist.

Die schweizerische Wettbewerbskommission und der schweizerische Bundesrat besitzen die Befugnis, in allgemeinen Bekanntmachungen oder in Verordnungen die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen bestimmte Arten von Wettbewerbsabreden oder besondere Kooperationsformen in einzelnen Wirtschaftszweigen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten (Art. 6 KG). Von dieser Befugnis wurde bis anhin zweimal Gebrauch gemacht. Es wurde eine allgemeine Bekanntmachung im Sportartikelbereich erlassen, welche sich insbesondere mit der Problematik der Verknüpfung von Sponsoring und Homologation bei Sportverbänden befasst. Eine zweite Bekanntmachung wurde über die Beurteilung von Kalkulationshilfen veröffentlicht.

1.5 Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Unter marktbeherrschende Unternehmen versteht das KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Mißbrauch kann insbesondere bei folgenden Sachverhalten vorliegen (Art. 7 Abs. 2 lit. a – f KG):

- * der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- * der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- * der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- * der gegen bestimmte Wettbewerber gerichteten Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- * der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- * der an den Abschluß von Verträgen gekoppelten Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Der konkrete Einzelfall muß immer noch dahingehend untersucht werden, ob tatsächlich ein Mißbrauch vorliegt. Kein Mißbrauch liegt vor, wenn

das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens mit kaufmännischen Gründen gerechtfertigt werden kann.

1.6 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Gemäß Artikel 9 Absatz 1 KG müssen Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission gemeldet werden, "sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluß:

- a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten; und
- b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Umsatz erzielten."

Für Medienunternehmen (5) wird das Zwanzigfache der tatsächlich im Medienbereich getätigten Umsätze berechnet (Art. 9 Abs. 2 KG). Bei Versicherungsgesellschaften und Banken treten an die Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen bzw. 10 % der Bilanzsumme (Art. 9 Abs. 3 KG).

Eine weitere Sondervorschrift im Zusammenhang mit der Meldepflicht gilt für Zusammenschlüsse, an denen ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem früheren Verfahren nach dem KG (im Rahmen der Fusionskontrolle oder der Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist und der betreffende Zusammenschluß diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

Als Zusammenschluß von Unternehmen gilt einerseits die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen und andererseits jeder Vorgang (Erwerb einer Beteiligung oder sonstiger Vertrag), durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

Die Wettbewerbskommission kann gemäß Artikel 10 Absatz 2 KG den Zusammenschluß untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, "wenn die Prüfung ergibt, daß der Zusammenschluß:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt."

Der Begriff der Marktbeherrschung im Rahmen der Fusionskontrolle geht von der gleichen Umschreibung aus, die auch in der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. soeben), wobei allerdings bei der Auslegung dieser Definition im Rahmen der Fusionskontrolle eine zukunftsgerichtete Betrachtungsweise angewandt wird.

2. Das österreichische Kartellgesetz nach den Novellen 1993 und 1995 (6)

2.1 Die Hauptpunkte der Reform 1993

Die Reform 1993 brachte bedeutende Neuerungen. Zum einen wurde ein Antragsrecht für von Wettbewerbsbeschränkungen betroffene Unternehmen eingeführt. Die zweite Änderung betrifft die vertikalen Vertriebsbindungen. Nach der Novelle werden lediglich noch die vertikalen Preisbindungen als Kartelle erfaßt, für vertikale Vertriebsbindungen wurden separate Sondervorschriften eingeführt. Als bedeutende weitere Neuerung ist die Einführung einer präventiven Fusionskontrolle zu erwähnen.

2.2 Grundprinzip des österreichischen Kartellgesetzes

Das österreichische Kartellgesetz (KartG) basiert, ähnlich wie das deutsche GWB (in der heute noch gültigen Fassung), auf einem gemischten System. Im Bereich der Verhaltenskontrolle gilt für absichtlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen sowie für Empfehlungskartelle grundsätzlich das Verbotsprinzip, für die übrigen Wettbewerbsbeschränkungen das Mißbrauchsprinzip.

2.3 Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich erstreckt sich auf horizontale und vertikale verbindliche Wettbewerbsabreden, welche nach der österreichischen Terminologie als Kartelle bezeichnet werden (7) (Abschnitt II. KartG), auf vertikale Vertriebsbindungen (8) (Abschnitt IIa. KartG), unverbindliche Verbandsempfehlungen (Abschnitt III. KartG), Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Abschnitt IV. KartG) und auf Zusammenschlüsse von Unternehmen (Abschnitt V. KartG).

Vom sachlichen Geltungsbereich der Verhaltenskontrolle ausgenommen sind - neben den Angelegenheiten, die in Gesetzgebung oder Vollziehung Sache der Länder sind (§ 4 KartG) - Sachverhalte, die aufgrund gesetzlicher Bestimmungen unter die Aufsicht des österreichischen Bundesministers für Finanzen über Kreditinstitute, Bausparkassen oder private Versicherungsunternehmen oder des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr über Verkehrsunternehmen fallen (9). Weiter ausgenommen sind Abreden oder Verhaltensweisen von Unternehmen, soweit letztere in Ausübung von ihnen gesetzlich übertragenen Monopolbefugnissen tätig werden oder soweit für diese eine gesetzliche Mitwirkung des österreichischen Nationalrates an der jeweiligen Preisfestsetzung vorgesehen ist (10). Eine weitere Ausnahme vom Geltungsbereich des KartG gilt für vom Verleger auferlegte Preisbindungen im Buch-, Kunst-, Musikalien-, Zeitschriften- und Zeitungshandel (11).

Der räumliche Geltungsbereich basiert auf dem (Aus-)Wirkungsprinzip (§ 6 KartG).

2.4 Kontrolle von Abreden

Gemäß § 9 KartG werden drei Kartellarten unterschieden: Vereinbarungs-, Verhaltens- und Empfehlungskartelle.

2.4.1 Vereinbarungskartelle (§ 10 KartG)

Vereinbarungskartelle liegen vor, wenn Unternehmen ihr Wettbewerbsverhalten aufgrund eines Vertrages oder aufgrund einer faktisch verbindlichen Absprache aufeinander abstimmen. Im österreichischen KartG werden die Vereinbarungskartelle danach unterschieden, ob die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigt ist (Absichtskartelle) oder (lediglich) bewirkt wird (Wirkungskartelle).

Die materielle Beurteilung von Vereinbarungskartellen erfolgt derart, daß die Durchführung von Absichtskartellen, im Unterschied zu den Wirkungskartellen, einer Genehmigung durch die österreichische Wettbewerbsbehörde bedarf (§ 18 Abs. 1 i.V. mit § 23 KartG), sofern es sich nicht um ein sog. Bagatellkartell handelt. Ein Bagatellkartell liegt nach § 16 KartG dann vor, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem durch das Kartell betroffenen sachlichen Markt weniger als 5% Anteil am gesamten österreichischen Markt und weniger als 25% an einem all-fälligen österreichischen örtlichen Teilmarkt besitzen. Wirkungskartelle bedürfen zu ihrer Durchführung grundsätzlich keiner Genehmigung, können aber nachträglich verboten werden (12).

2.4.2 Verhaltenskartelle (§ 11 KartG)

Damit sind die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen gemeint. Es muß sich dabei um eine Abstimmung zwischen Unternehmen in der Form von unverbindlichen Absprachen handeln oder um eine Verständigung noch geringerer Intensität. Verhaltenskartelle sind, genau gleich wie die vorhin besprochenen Wirkungskartelle, so lange erlaubt, als sie nicht ausdrücklich untersagt wurden.

2.4.3 Empfehlungskartelle

Unter Empfehlungskartelle versteht § 12 Absatz 1 KartG "Empfehlungen zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs erreicht werden soll oder erreicht wird". Es muß sich damit um eine einseitige Empfehlung handeln, mit der eine Abstimmung des Wettbewerbsverhaltens der Destinatäre in bezug auf Preise oder sonstige Faktoren, die die Preisbildung direkt beeinflussen, bezweckt oder bewirkt wird. Sie müssen faktisch verbindlich sein (13). Empfehlungskartelle im Sinne von Paragraph 12 KartG müssen ebenfalls vor ihrer Durchführung genehmigt werden.

2.4.4 Materielle Beurteilung der Kartelle

Die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung von Kartellen sind in § 23 KartG statuiert. Sie sind auch für diejenigen Kartelle maßgebend, deren Durchführung nicht einer vorgängigen Genehmigung bedarf. Derartige Kartelle können nachträglich auf Antrag hin untersagt werden, wenn die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen nicht gegeben sind.

Nach § 23 Z 1 1 sind Kartelle nicht zu genehmigen bzw. unzulässig, wenn sie Vorschriften enthalten, welche

- * die Geschäftstätigkeit der Kartellmitglieder auf den Absatz oder die Produktion bzw. Erbringung bestimmter Produkte bzw. Dienstleistungen beschränken;
- * den Absatz oder die Produktion bzw. Erbringung von Substitutionsgütern bzw. -dienstleistungen bestimmten den Preis oder die Menge betreffenden Einschränkungen unterwerfen;
- * einen sachlich ungerechtfertigten, gemeinsamen Boykott durch die Kartellmitglieder von bestimmten Abnehmern bei der Lieferung oder Erbringung derjenigen Güter, die Gegenstand des Kartells sind, anordnen.

Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, ist Ziffer 1 nur auf horizontale Abreden anwendbar. Weiter sind Kartelle nicht zu genehmigen, wenn das Kartell gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten gemäß dem einschlägigen österreichischen Gesetz (§ 879 ABGB) verstößt (Z 2).

Sind die vorstehenden negativen Voraussetzungen nicht gegeben, so kann das Kartell genehmigt werden, wenn es volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist. Als Kriterien für die volkswirtschaftliche Rechtfertigung sind lediglich folgende genannt:

- * die Interessen der Letztverbraucher müssen besonders beachtet werden;
- * bei Preisbindungen im speziellen hält das Kartellgesetz fest, daß eine volkswirtschaftliche Rechtfertigung sicher dann nicht gegeben sei, wenn die festgelegten Preisspannen die auf dem betroffenen Markt üblichen überschreiten;
- * bei anderen Kartellen ist zu prüfen, ob das Kartell zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile notwendig ist.

Zur Frage der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung ist jeweils ein Gutachten des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten einzuholen (§ 49 Abs. 1 Z 1 KartG). Genehmigungen dürfen höchstens für fünf Jahre gewährt werden (§ 24 Abs. 1 KartG) (14).

2.4.5 Vertikale Vertriebsbindungen (§ 30 KartG)

Unter diese Sonderregelungen fällt jede Art von vertikalen Bindungen, die das Nachfrage- oder Angebotsverhalten der beteiligten Unternehmen berühren, mit Ausnahme der vertikalen Preisbindungen (§30a i.V. mit §13 KartG).

Vertikale Vertriebsbindungen sind vor ihrer Durchführung anzuzeigen. Sie können untersagt werden, wenn sie entweder gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen oder wenn es ihnen an der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung mangelt (§30c Abs. 1 KartG).

Im Jahre 1995 hat der österreichische Bundesminister für Justiz gestützt auf die Verordnungsermächtigung in § 30e KartG eine Verordnung zur Freistellung gewisser Vertikalbindungen von den Untersagungsgründen in §30c KartG erlassen (15). Darin wird festgehalten, daß bei denjenigen Vertikalbindungen keiner der in §30c KartG enthaltenen Untersagungsgründe vorliegt, die die Freistellungsvoraussetzungen in den europäischen GVO über Alleinbezugs- oder Alleinvertriebsvereinbarungen, über KFZ-Vertriebsvereinbarungen oder über Franchisevereinbarungen erfüllen.

2.4.6 Unverbindliche Verbandsempfehlungen (§31ff KartG)

Das KartG sieht auch eine Sonderregelung für unverbindliche Verbandsempfehlungen vor. Bei den Empfehlungen muß es sich um solche zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen oder Kalkulationshilfen handeln, die - im Unterschied zu den Empfehlungskartellen nach §12 KartG - ausdrücklich als unverbindlich deklariert werden und auch faktisch nicht verbindlicher Natur sind. Explizit ausgenommen von dieser Sonderregelung sind Empfehlungen an Angehörige freier Berufe.

Unverbindliche Verbandsempfehlungen müssen angezeigt werden und dürfen erst einen Monat nach erfolgter Anzeige herausgegeben werden. Innert vierzehn Tagen ist die Verbandsempfehlung auf Anordnung des Kartellgerichts gemäß § 33 KartG zu widerrufen, wenn

- * die Anzeige der Verbandsempfehlung zurückgewiesen wird (von Amtes wegen);
- * die Empfehlung entgegen der Anzeigepflicht herausgegeben wurde (auf Antrag);
- * die Empfehlung volkswirtschaftlich nach §23 Z 3 KartG nicht gerechtfertigt ist (auf Antrag);
- * seit der Anzeige einer derartigen Verbandsempfehlung fünf Jahre vergangen sind und seither keine neue Anzeige ergangen ist (von Amtes wegen).

2.5 Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Als marktbeherrschend gilt nach §34 Absatz 1 ein Unternehmen, das

- * keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist, oder
- * dem Wettbewerb von höchstens zwei Unternehmen ausgesetzt ist und am gesamten österreichischen Markt einen Anteil von mehr als 5% hat, oder
- * zu den vier größten Unternehmen gehört, die zusammen am gesamten österreichischen Markt einen Anteil von mindestens 80% haben, und einen derartigen Anteil von mehr als 5% hat, oder
- * eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Markt-

stellung hat, wobei insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen sind, die den Marktzutritt für andere Unternehmen beschränken.

Als weiteren Marktbeherrschungstatbestand sieht Absatz 2 der gleichen Vorschrift die überragende Marktstellung eines Unternehmens gegenüber seinen Abnehmern oder Lieferanten vor.

Das KartG konkretisiert den Mißbrauch mittels einer beispielhaften Aufzählung von möglichen Mißbrauchstatbeständen in Paragraph 35 KartG:

- * die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder von sonstigen Geschäftsbedingungen;
- * die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- * die Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen;
- * die an den Vertragsschluß geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Die abstrakte Erfüllung eines dieser Beispieltatbestände allein genügt für den Nachweis eines Mißbrauchs nicht aus. Der einzelne Sachverhalt muß immer anhand der konkreten Umstände untersucht werden.

2.6 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

2.6.1 Der Zusammenschluß (Art. 41 KartG)

Das KartG kennt verschiedene Zusammenschlußtatbestände:

- * der Erwerb eines Unternehmens oder eines wesentlichen Unternehmensteils, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung;
- * der Erwerb eines Rechts an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmens durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge;
- * der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen durch ein anderes Unternehmen sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25%, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50% erreicht oder überschritten wird;
- * das Herbeiführen der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte von zwei oder mehreren Unternehmen;
- * jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben kann;
- * die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringt.

2.6.2 Anzeige- und Meldepflicht (§ 42, 42a KartG)

Eine Anzeigepflicht besteht innert einem Monat nach Vollzug des Zusammenschlusses, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluß insgesamt einen Umsatz von 150 Mio. öS (CHF 17,25 Mio.) erzielten. Zusammenschlußvorhaben sind (vor ihrem Vollzug) meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt 3,5 Mrd. öS (CHF 405 Mio.), und mindestens zwei von ihnen jeweils 5 Mio. Schilling (CHF 575.000) erzielten.

2.6.3 Materielle Beurteilung (§ 42b KartG)

Ein Unternehmenszusammenschluß ist zu untersagen, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Paragraph 34 Abs. 1 und 2 KartG (vgl. oben) entsteht oder verstärkt wird. Eine solche Untersagung ist aber dann nicht auszusprechen, wenn durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, oder der Zusammenschluß zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist.

2.6.4 Medienzusammenschlüsse (§ 42c KartG)

Bei Vorliegen eines Medienzusammenschlusses sind bei der Berechnung des Schwellenwerts für die Anmeldepflicht die Umsatzerlöse der Medienunternehmen und Mediendienste mit dem Faktor 200, die Umsätze der Medienhilfsunternehmen mit dem Faktor 20 zu multiplizieren. Die materielle Beurteilung wird im Falle von Medienzusammenschlüssen zudem derart abgeändert, daß ein solcher auch dann zu untersagen ist, wenn durch den Zusammenschluß die Medienvielfalt beeinträchtigt wird.

3. Das EG-Kartellrecht (16)

3.1 Grundprinzip des EG-Kartellrechts

Das EG-Wettbewerbsrecht basiert auf dem Verbotsprinzip.

3.2 Geltungsbereich

Verboten sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen (Art. 85 EG-Vertrag, EG-V) und mißbräuchliche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen (Art. 86 EG-V). Weiter gelten Zusammenschlüsse als unzulässig, die marktbeherrschende Stellungen begründen oder verstärken.

In der Frage nach dem räumlichen Geltungsbereich hat sich die Europäische Kommission seit jeher zum Auswirkungsprinzip bekannt, während sich der Gerichtshof auf das Durchführungsprinzip stützt (17).

3.3 Kontrolle von Abreden

Artikel 85 EG-V verbietet Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine spürbare Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes andererseits bezwecken. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen werden unabhängig davon erfaßt, ob sie vertikaler oder horizontaler Natur sind.

Die Spürbarkeit des Wettbewerbsverstosses ist in der Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung umschrieben, welche gerade kürzlich grundlegend geändert wurde (18). Spürbar wettbewerbsbeschränkende Abreden können - im konkreten Einzelfall oder (mittels Verordnung) gruppenweise - vom Kartellverbot in Artikel 85 Absatz 1 EG-V freigestellt werden, wenn sie, unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn, zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschließen. Die Europäische Kommission hat, nach jeweiliger formeller Ermächtigung durch den Rat, von der Möglichkeit der Gruppenfreistellung bereits häufig Gebrauch gemacht.

3.4 Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Artikel 86 EG-V untersagt die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit diese geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Nach der von der Kommission und des EuGH seit Jahren einheitlich ausgeübten Rechtsprechung besitzt ein Unternehmen dann eine marktbeherrschende Stellung, wenn letztere ihm die Möglichkeit verschafft, das Marktverhalten seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu gestalten.

In bezug auf den Mißbrauch enthält Artikel 86 EG-V zunächst den Grundsatz, wonach die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben verboten sei. Dieser Grundsatz wird nachfolgend in Form eines nicht abschliessend formulierten Beispielkatalogs erläutert.

Der Beispielkatalog in lit. a - d, der in nicht taxativer Form die erwähnte Generalklausel erläutert, enthält folgende Sachverhalte:

* die unmittelbare oder mittelbare Erzwungung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

- * die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- * die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- * die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

3.5 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

Gemäß der EG-Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (19) (FKVO) sind Zusammenschlüsse vor ihrem Vollzug zu melden, wenn sie folgende Kriterien erfüllen:

- * weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligter Unternehmen von mehr als 5 Mrd. ECU und
- * gemeinschaftsweiter Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. ECU.

Trotz Erfüllung dieser beiden Kriterien gilt die Meldepflicht aber dann nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Seit dem 1. März 1998 sind zudem Zusammenschlußvorhaben auch dann meldepflichtig, wenn

- * der weltweite Gesamtumsatz der beteiligten Unternehmen über 2,5 Mrd. ECU beträgt,
- * der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. ECU übersteigt,
- * in jedem von mindestens drei der vorerwähnten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. ECU beträgt und
- * der gemeinschaftsweite Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. ECU übersteigt.

Auch in diesem Fall gilt allerdings die Meldepflicht nicht, wenn die Beteiligten jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Anstelle des Umsatzes treten bei Kredit- und Finanzinstituten bestimmte Ertragsposten und bei Versicherungsunternehmen die Summe der Bruttoprämien (Art. 5 Abs. 3 FKVO).

Als Zusammenschluß bezeichnet die FKVO zwei Sachverhalte:

- a) die Fusion zwischen zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;
- b) den Erwerb der mittelbaren oder unmittelbaren Kontrolle durch entweder eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren oder durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen.

Die Europäische Kommission untersagt ein Zusammenschlußvorhaben dann, wenn durch den Zusammenschluß eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Der im Vergleich zu Artikel 86 EG-V qualifizierte Marktbeherrschungsbegriff bedingt eine zukunftsgerichtete Prüfung.

4. Vergleich der drei Rechtsordnungen

4.1 Grundprinzip und Geltungsbereich

Bezüglich des Grundprinzips können folgende Unterschiede festgestellt werden: Das EG-Wettbewerbsrecht bekennt sich vollständig zum Verbotsprinzip, während das schweizerische Kartellgesetz auf dem von der schweizerischen Verfassung vorgegebenen Mißbrauchsprinzip basiert. Eine Mittelstellung nimmt das österreichische Kartellrecht ein, das, ähnlich wie das deutsche GWB in seiner zur Zeit noch gültigen Fassung, ein gemischtes System gewählt hat. Im Bereich der Verhaltenskontrolle gilt das Verbotsprinzip für die sog. Absichtskartelle, aber auch für die Empfehlungskartelle. Für alle übrigen Wettbewerbsbeschränkungen gilt hingegen das Mißbrauchsprinzip.

Was den sachlichen Geltungsbereich betrifft, ist zunächst festzustellen, daß alle drei Wettbewerbsordnungen auf den traditionellen drei Pfeilern basieren: 1.) Kontrolle von Parallelverhalten zwischen Unternehmen; 2.) Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, und 3.) Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Ebenso knüpfen die jeweiligen Vorschriften an die unternehmerische Tätigkeit von Wirtschaftssubjekten an, egal ob letztere öffentlich- oder privatrechtlich organisiert sind.

Sowohl im EG- als auch im schweizerischen und österreichischen Wettbewerbsrecht sind diejenigen Verhaltenssachverhalte vom jeweiligen Geltungsbereich ausgenommen, die von Unternehmen in Erfüllung öffentlich-rechtlich geregelter Aufgaben erfolgen. Der österreichische Vorbehalt ist allerdings insofern weiter gefaßt, als er ganze Wirtschaftsbereiche, die unter behördlicher Aufsicht gestellt sind, vom Geltungsbereich ausnimmt. Eine bemerkenswerte Ausnahme sieht das österreichische Recht zudem für Preisbindungen im Buch-, Kunst-, Musikalien-, Zeitschriften- und Zeitungshandel vor, die weder im EG-Wettbewerbsrecht noch im schweizerischen Kartellgesetz zu finden ist. Eine weitere bedeutende Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich bedeutet § 31 Z 3 KartG, der unverbindliche Verbandsempfehlungen an Angehörige freier Berufe ausnimmt.

Was den räumlichen Geltungsbereich betrifft, stützen sich alle drei Wettbewerbsordnungen auf das (Aus-)Wirkungsprinzip. Letzteres Prinzip wird allerdings im Rahmen der Strukturkontrolle auf unterschiedliche Weise durchgeführt. Während das schweizerische und das EG-Meldesystem neben den weltweit berechneten Umsatzkriterien auch inländische bzw.

innergemeinschaftliche Umsatzkriterien als Aufgreifkriterien enthalten, die für die Meldepflicht erfüllt sein müssen, beinhaltet das österreichische Recht, ähnlich wie das geltende deutsche GWB, keine derartige Unterscheidung (20). Anders aber als die deutschen Wettbewerbsbehörden hat das österreichische Kartellobergericht diese Vorschrift derart interpretiert, daß zur Erfüllung der Meldepflicht die Umsatzkriterien vollständig innerhalb Österreichs realisiert sein müssen.

4.2 Die Verhaltenskontrolle

4.2.1 Verhaltensabstimmungen zwischen Unternehmen

Alle drei Wettbewerbsordnungen erfassen Verhaltensabstimmungen zwischen Unternehmen, egal ob diese horizontaler oder vertikaler Natur sind. Ebenso ist unerheblich, ob die Verhaltensabstimmung zwischen den Unternehmen rechtlich verbindlich ist oder nicht. Grundsätzlich wird allerdings in allen drei Rechtsordnungen verlangt, daß das Parallelverhalten bewußt und gewollt ist.

Eine Ausnahme gilt aber bei der wettbewerbsrechtlichen Erfassung von Empfehlungen. Während unter dem schweizerischen und dem EG-Wettbewerbsrecht Empfehlungen nur dann erfaßt werden können, wenn die in Frage stehenden rechtlich unverbindlichen Empfehlungen in der Praxis auch tatsächlich durchgeführt werden und wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigen, können die österreichischen Wettbewerbsbehörden Empfehlungen bereits erfassen, wenn sie zumindest faktisch verbindlich sind (Empfehlungskartelle). Zudem müssen nach österreichischem Recht sogar Verbandsempfehlungen, die weder eine rechtliche noch eine faktische Verbindlichkeit aufweisen, vor Ausgabe an die Verbandsmitglieder angezeigt werden.

Bei der materiellen Beurteilung von Verhaltensabstimmungen ist zunächst die Gemeinsamkeit zu bemerken, wonach alle drei Wettbewerbsordnungen innerhalb der Verhaltensabstimmungen solche unterscheiden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und solche, die als sog. Bagatellsachverhalte zu bezeichnen und daher in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich irrelevant sind. Während die EG-Wettbewerbsordnung und das österreichische Kartellgesetz diese Bagatellfälle näher umschreiben (im EG-Wettbewerbsrecht handelt es sich um die sog. Bagatellbekanntmachung, die gerade erst kürzlich vollständig revidiert wurde; im österreichischen Kartellgesetz umschreibt §16 die Bagatellsachverhalte, wobei diese Kriterien nur für Kartelle, nicht aber für die vertikalen Vertriebsbindungen und auch nicht für die unverbindlichen Verbandsempfehlungen Geltung haben), fehlen in der Schweiz zur Zeit offizielle Leitlinien zur Bestimmung der Erheblichkeit im Sinne von Artikel 5 KG. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Erheblichkeitskriterien im österreichischen KartG, welche nicht in jedem Fall von den Auswirkungen im relevanten Markt ausgehen, sondern ein kombiniertes Schwellen-

system vorschlagen und in jedem Fall die gesamtösterreichischen Marktanteile berücksichtigen. Handelt es sich um einen räumlich kleineren Markt, gilt mit dem Erheblichkeitskriterium von 25% zudem eine doch recht hohe Schwelle.

Ist die Spürbarkeit gegeben, weisen - unter dem bereits erwähnten Vorbehalt der unterschiedlichen Grundprinzipien - sowohl die schweizerische als auch die EG-rechtliche weitere Vorgehensweise Parallelitäten auf. So wird zusätzlich geprüft, ob diese Wettbewerbssachverhalte aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden können. Als wirtschaftliche Gründe gelten dabei hauptsächlich Effizienzvorteile, die aus der Kooperation bewirkt werden, wobei die Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Erreichung dieser Vorteile auch wirklich notwendig sein und im angemessenen Verhältnis zu letzteren stehen muß. Beide Rechtsordnungen sehen zudem bei Preis-, Mengen- und Gebietsabreden strengere Beurteilungsregeln auf. Abreden hingegen, die den Wettbewerb beseitigen, können bei beiden Rechtsordnungen nicht gerechtfertigt werden.

Die österreichische Lösung erscheint in diesem Zusammenhang als wesentlich komplexer. So werden Kartelle, die nicht Bagatellfälle darstellen, als unzulässig beurteilt, wenn sie Klauseln enthalten, die einen Substitutionsausschluß, Substitutionsbeschränkungen oder eine kollektive Geschäftsverweigerung vorschreiben. Diese per se-Verbote gelten somit nur bei horizontalen Verhaltensabstimmungen. Weiters ist ein Kartell dann unzulässig, wenn es gegen ein anderes Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt. Ein Kartell ist aber auch dann unzulässig, wenn es volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt werden kann. Bei dieser Prüfung sind neben den Interessen des Endverbrauchers und den betriebswirtschaftlichen Vorteilen auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen, was einen klaren Unterschied zum schweizerischen und dem EG-Wettbewerbsrecht bedeutet. Eines der Hauptziele der Reform des schweizerischen Kartellgesetzes bestand bekanntlich gerade darin, öffentliche Interessen aus der materiellen Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen zu eliminieren (21).

Die anderen wettbewerbsbeschränkenden Kooperationsformen, d.h. die vertikalen Vertriebsbindungen und die unverbindlichen Verbandsempfehlungen, können nach dem österreichischen KartG demgegenüber nur dann als unzulässig beurteilt werden, wenn sie gemäß den vorhin beschriebenen Kriterien volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind.

4.2.2 Mißbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Während das EG-Wettbewerbsrecht mit dem schweizerischen nicht nur bei der Umschreibung der Marktbeherrschung, sondern auch in der Systematik und dem Inhalt der materiellen Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen praktisch übereinstimmt, trifft das österreichische Kartellgesetz eine differenziertere Lösung. So wird die

Marktbeherrschung (auch) bereits bei Erfüllen von bestimmten, sehr tief angesetzten Marktanteilsschwellen angenommen. Als weitere Besonderheit ist zu erwähnen, daß das österreichische Kartellrecht, im deutlichen Unterschied zum schweizerischen und dem EG-Wettbewerbsrecht, aber in Annäherung an das geltende (und reformierte) GWB, auch die sog. relative Marktmacht als Marktbeherrschungstatbestand ansieht.

Bei der Aufzählung der Beispielsachverhalte mißbräuchlicher Verhaltensweisen sind hingegen deutliche Gemeinsamkeiten zwischen den drei Rechtsordnungen zu erkennen. Allerdings ist bei der materiellen Prüfung des Mißbrauchs gemäß dem österreichischen Kartellgesetz insofern eine Abweichung erkennbar, als die Interessen der beteiligten Unternehmen und die gesamtwirtschaftlichen Aspekte mitberücksichtigt werden, was stark an die deutsche Zweischrankentheorie erinnert.

4.3 Die Strukturkontrolle

Während das schweizerische Kartellgesetz und das EG-Wettbewerbsrecht lediglich eine präventive Meldepflicht für bestimmte Zusammenschlußvorhaben kennen, enthält das österreichische Kartellgesetz, wiederum in deutlicher Anlehnung an das deutsche GWB, ein gemischtes Kontrollsystem mit einer Melde- und einer Anzeigepflicht.

Neben dem Fusionstatbestand stellen die EG-Fusionskontrolle und das schweizerische Kartellgesetz bei der Umschreibung des Zusammenschlußbegriffs auf das Merkmal des Kontrollverlusts ab. Anders hingegen das österreichische Kartellgesetz, das, abermals in Anlehnung an das deutsche GWB, den Zusammenschlußstatbestand auch dann als erfüllt ansieht, wenn lediglich Beteiligungen im Umfange von 25% erworben werden oder die Hälfte der zur Geschäftsführung berufenen Personen vom „übernehmenden“ Unternehmen gestellt werden.

Interessant ist auch ein Vergleich der Umschreibung des konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens. Während die EG-Fusionskontrolle in diesem Punkt seit dem 1. März 1998 der schweizerischen Lösung entspricht, statuiert das österreichische Gesetz diejenige Umschreibung, die in der FKVO bis zum 1. März 1998 Geltung hatte. Sind die Aufgreifkriterien in der Schweiz, gemessen an denjenigen in der EG-Fusionskontrolle, sehr hoch angesetzt, knüpfen die Anzeige- und Meldekriterien im österreichischen Kartellgesetz an vergleichsweise sehr niedrigen Umsatzkriterien an.

Bei den materiellen Eingreifkriterien ist auffallend, daß alle drei Wettbewerbsbehörden denselben Grundtatbestand kennen, und zwar das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung. Während der Begriff der marktbeherrschenden Stellung aber im schweizerischen und im EG-Recht gleich umschrieben wird, verwendet das österreichische Recht einen deutlich anderen Marktbeherrschungsbegriff (vgl. oben). Interessant ist auch, daß das österreichische Gesetz explizit praktisch die gleichen „Rechtfertigungsgründe“ nennt wie das schweizerische Recht, nämlich die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen und die

Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen.

Eine Parallelität zwischen dem schweizerischen und dem österreichischen Recht ist zudem bei der Kontrolle von Medienzusammenschlüssen zu erkennen. Bei beiden Rechtsordnungen werden die Aufgreifkriterien zur Meldepflicht derart "korrigiert", daß auch Zusammenschlüsse mit einem kleineren Umsatzvolumen meldepflichtig werden. Interessant ist aber dann, daß das österreichische Gesetz bei der materiellen Prüfung derartiger Zusammenschlüsse ausdrücklich vorschreibt, daß die Beeinträchtigung der Medienvielfalt als Untersagungsgrund gilt, während dieser Zusatz im schweizerischen Recht fehlt, womit Medienzusammenschlüsse in der Schweiz grundsätzlich nach den für die anderen Zusammenschlüsse vorgesehenen Beurteilungskriterien zu prüfen sind. Ob es aber den schweizerischen Wettbewerbsbehörden tatsächlich gelingen wird, die materielle Prüfung von Medienzusammenschlüssen immer losgelöst vom Aspekt der Medienvielfalt durchzuführen, wird die Zukunft zeigen. Jedenfalls haben bereits bisherige Entscheide gezeigt, daß diese isolierte Betrachtungsweise nicht immer konsequent praktiziert wurde.

5. Schlußfolgerungen

Die Analyse der drei Wettbewerbsordnungen zeigt, daß alle den wirksamen Wettbewerb als Schutzobjekt haben, die Ausgestaltung der traditionellen drei Kontrollinstrumente (bezüglich der Wettbewerbsabreden, mißbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Fusionskontrolle) aber doch unterschiedlich ist.

Die Unterschiede sind nur zum Teil bedingt durch die verschiedenen Grundprinzipien, die den einzelnen Wettbewerbsordnungen zugrunde liegen. Da in Österreich, im Unterschied zur Schweiz, nicht die gleichen Schranken zur Realisierung des Verbotsprinzips existieren, hätte durchaus die Möglichkeit bestanden, das österreichische Wettbewerbsrecht im Rahmen der erfolgten Reform wesentlich weiter dem EG-Wettbewerbsrecht anzunähern. Die heute geltende Lösung zeigt aber, daß die Gesetzgeber sich bewußt nicht nur am EG-Wettbewerbsrecht orientieren wollten, sondern sich auch von anderen Wettbewerbsordnungen, insbesondere dem deutschen GWB, inspirieren ließen, während sich das schweizerische Recht bemüht hat, im Rahmen des verfassungsrechtlich vorgegebenen Mißbrauchsprinzip und mit einigen Ausnahmen (z.B. der Fusionskontrolle im Medienbereich), sich der EG-rechtlichen Lösung anzunähern.

Als Hauptunterschiede sind etwa zu bemerken, daß das österreichische Kartellgesetz sich nicht damit begnügt, für die traditionell bekannten Kategorien von Wettbewerbsbeschränkungen (Abreden, mißbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Zusammenschlüsse) einheitlich anwendbare Regeln aufzustellen, sondern für bestimmte Unterkategorien bereits auf Gesetzesstufe separate Lösungen zur Verfügung stellt, was Vorteile (Vermittlung von Rechtsklarheit in einem

einzigsten Erlaß), aber auch Nachteile (gewisse Unübersichtlichkeit) zur Folge hat.

Materiellrechtlich ist grundsätzlich zu vermerken, daß das österreichische Gesetz dem Rechtsanwender Instrumente in die Hand gibt, die in verschiedener Hinsicht eine strengere Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen als im schweizerischen und dem EG-Wettbewerbsrecht erlauben. Andererseits birgt die Berücksichtigung von Kriterien des öffentlichen Interesses im Rahmen der Verhaltenskontrolle die Gefahr, daß nicht wettbewerbsrelevante politische Aspekte in die Prüfung miteinfließen.

Auch formellrechtlich erscheint die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem österreichischen Kartellgesetz wesentlich strenger als in den beiden anderen Wettbewerbsordnungen, wenn man die vielfältigen Melde- und Anzeigepflichten bedenkt, welche zudem zu einem großen Teil mit der Eintragung in das Kartellregister verbunden sind.

Jeder, der einmal im Bereich des Wettbewerbsrechts in einem Gesetzgebungsverfahren mitgewirkt hat, weiß, welcher harter Widerstand von seiten der Wirtschaft strengen Wettbewerbsvorschriften entgegensteht. Auch unter diesem Aspekt stellt das österreichische Kartellgesetz eine beachtliche Leistung dar, die sich nicht darauf beschränkte, das EG-Wettbewerbsrecht *tel quel* zu übernehmen, sondern eigene Lösungen erarbeitete. Das Bestreben, für einzelne Kategorien wettbewerbslich relevanter Sachverhalte eigenständige Lösungen zu finden, hat allerdings auch zur Folge, daß das österreichische Kartellgesetz einen enormen Umfang aufweist und ihm in gewissen Bereichen die Übersichtlichkeit mangelt, was beim Leser Verständlichkeitsfragen aufwerfen kann. Ebenso wird sich weisen, wie lange Österreich, insbesondere nach dem Beitritt zur EU, noch ohne unabhängige Kartellbehörde auskommen wird (22).

Anmerkungen

- (1) Philippe Gugler, Dr. rer. pol., ist Vizedirektor des Sekretariats der Wettbewerbskommission. Philipp Zurkinden, Dr. iur. LL.M Eur., ist wissenschaftlicher Adjunkt des Sekretariats der Wettbewerbskommission. Beide Autoren geben ausschließlich ihre persönlichen Meinungen wieder. Sie danken Herrn lic. iur. Felix Küng für die wertvolle Zusammenstellung der Literatur.
- (2) Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird in diesem Aufsatz in einem engen Sinne der Art verstanden, daß darunter nur diejenigen Rechtsregeln subsumiert werden, die private, d.h. durch Unternehmen ausgehende Beschränkungen des Wettbewerbs bekämpfen.
- (3) Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995; in der schweizerischen systematischen Gesetzessammlung zu finden unter der Nr. SR 251. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich hauptsächlich auf folgende Literatur: Drolshammer, Jens, Wettbewerbsrecht – Competition Law – Droit de la Concurrence: vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95) (Bern 1997); Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (Zürich 1996); Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz (Zürich 1996). Zurkinden, Ph., Das total revidierte schweizerische Kartellgesetz, in: Meyer-Marsilius (Hrsg.), Kommentar CH-EG, S. 145ff, und ders., Wettbewerbsrecht: Vergleich Schweiz – EG, in: Schweizer Außenwirtschaft 22 (1997) 17ff, sowie auf die bisherige Rechtspre-

- chung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden, welche im Publikationsorgan Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) publiziert wird.
- (4) Im weiteren sieht das KG neu auch eine Interventionsmöglichkeit der schweizerischen Wettbewerbsbehörden gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich direkt aus gesetzlichen Vorschriften ergeben, vor. So haben sie die Möglichkeit, den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb zu unterbreiten, dies insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften; im weiteren wird ihnen die Befugnis eingeräumt, zu Entwürfen bestimmter rechtssetzender Erlasse Stellung zu nehmen (vgl. Art. 45f. KG). Wie eingangs klargestellt, betreffen die nachfolgenden Ausführungen aber lediglich diejenigen wettbewerbsrechtlichen Regeln, welche sog. private Wettbewerbsbeschränkungen erfassen.
 - (5) Als Medienunternehmen gelten Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des schweizerischen Radio- und Fernsehgesetzes tätig sind (Art. 9 Abs. 2 KG).
 - (6) Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich hauptsächlich auf folgende Literatur: Barfuss/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht (Wien 1997); Gugerbauer, N., Kommentar zum Kartellgesetz (Schwanenstadt 1994); Köck, Die neue Zusammenschlußkontrolle (Wien 1993), und auf wertvolle Hinweise des Bundesministeriums für Justiz der Republik Österreich.
 - (7) Damit wird im österreichischen Kartellgesetz der Begriff des Kartells weiter umschrieben als in der sonst üblichen Fachterminologie, in welcher man darunter horizontale Abreden versteht, die einen wesentlichen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand haben.
 - (8) Hier handelt es sich materiell um Kartelle – sie werden aber in der Beurteilung einer gesonderten Regelung unterstellt, womit sie formell nach dem österreichischen KartG nicht unter den Kartellbegriff zu subsumieren sind.
 - (9) Wobei aber die Prämienbeträge des Unternehmenstarifs in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung explizit von dieser Ausnahme nicht erfaßt werden.
 - (10) Letzteres ist vor allem für die Bereiche Bahn, Post und festnetzgebundene Telefonie relevant (§ 5 KartG).
 - (11) Eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Bestimmungen über Abredesachverhalte gilt ferner für bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb von Genossenschaften (§5 Abs. 3 KartG).
 - (12) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht in denjenigen Fällen, in denen aufgrund eines Antrages nach § 8 a. KartG festgestellt wird, daß es sich um ein Wirkungskartell handelt, das nicht unter die Bagatelltatbestände des § 16 KartG fällt. In diesen Fällen müssen die beteiligten Unternehmen innert der folgenden sechs Monate die Genehmigung beantragen (§ 18 Abs. 3 KartG).
 - (13) Derartigen Empfehlungen gleichgestellt sind auch an den Verbraucher gerichtete mit Preisangaben versehene Ankündigungen (§ 12 Abs. 2 KartG).
 - (14) Das KartG sieht in Paragraph 17 die Ermächtigung zugunsten des Bundesministers für Justiz vor, sog. Freistellungsverordnungen zu erlassen. Die Grundausrichtung derartiger Freistellungsverordnungen ist eine doppelte und zwar in dem Sinne, daß darin einerseits Sachverhalte aufgenommen werden sollen, die gar nicht unter das KartG fallen bzw. den Wettbewerb gar nicht beschränken und darin zweitens wettbewerbsbeschränkende Kartellarten enthalten sind, die offensichtlich volkswirtschaftlich geboten sind. Gestützt auf diese Ermächtigung wurde erst eine Freistellungsverordnung erlassen (Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 6. April 1989 zur Durchführung des §17 des KartG 1988; BGBl 1989/185).
 - (15) BGBl 1995/148.
 - (16) Die nachfolgenden Ausführungen basieren hauptsächlich auf folgender Literatur: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag (Baden-Baden 1991); Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren (Zürich 1996); Zurkinden, Ph., Wettbewerbsrecht: Vergleich

Schweiz-EG, in: Schweizer Aussenwirtschaft 22 (1997), und auf den einschlägigen Erlassen sowie auf der Rechtsprechung der Europäischen Kommission und des EuGH.

- (17) Die im bekannten Zellstoff-Fall geäußerte Haltung des EuGH (EuGH Slg. 1988, 5193ff) hat er bis heute nicht revidiert.
- (18) ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997, S. 13. Nach der neuen Fassung wird zwischen verschiedenen Arten von Absprachen unterschieden. Horizontale Wettbewerbsabreden werden grundsätzlich dann als spürbare Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert, wenn der Anteil der an der Abrede Beteiligten auf dem betroffenen Markt mehr als 5% beträgt. Im Falle von vertikalen Abreden wurde die Marktanteilsschwelle auf 10% festgelegt. Eine Ausnahme besteht allerdings für die kleineren und mittleren Unternehmen (KMU).
- (19) VO Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, geändert durch die Verordnung Nr. 1310/97 vom 30. Juni 1997.
- (20) Mit der auf den 1. Januar 1999 in Kraft tretenden GWB-Novelle wird allerdings diesbezüglich eine Änderung erfolgen.
- (21) Die im österreichischen KartG vorgesehene Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung aus internationaler Sicht hat nach Ansicht der Kommentatoren nach dem Beitritt Österreichs zur EU weitgehend an Bedeutung verloren.
- (22) Vergleiche die eindruckliche Darstellung dieser Problematik bei Thurnherr, Viktor, Plädoyer für ein österreichisches "Kartellamt", in: wirtschaftsrechtliche blätter (1998) 185ff.