

# BRAUCHT ÖSTERREICH EINE VERORDNUNG NACH § 3 KARTG?

§ 3 KartG<sup>1</sup> ermöglicht dem Justizminister, durch Verordnung Gruppen von Kartellen vom Kartellverbot auszunehmen<sup>2</sup>. Eine solche Verordnung ist (noch) nicht erlassen worden. Dem Vernehmen nach ist auch keine solche Verordnung geplant. Es fragt sich, ob das sinnvoll ist.

Gruppenfreistellungsverordnung, Herzog-Mantel-Theorie,  
Gemeinschaftsrecht, Verordnungsermächtigung, § 3 KartG 2005

WALTER BRUGGER

Die Verordnungsermächtigung des § 3 KartG bezweckt, Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs 1 KartG durch VO vom Kartellgesetz auszunehmen. Die Verordnung kann also den – sonst den Unternehmen selbst in Eigenverantwortung obliegenden – Selbstbemessungsvorgang („Selbstfreistellung“) nach § 2 Abs 1 KartG erleichtern, nicht aber über den Rahmen des § 2 Abs 1 KartG hinaus gehen, etwa eine „nicht unerlässliche“ Beschränkung freistellen.

## 1. Rückblick: Frühere Gruppenfreistellungsverordnung (GVO)

Die Vorgängerbestimmungen des § 3 KartG war § 17 KartG 1988.<sup>3</sup> Diese Bestimmung stellte ua auf die früheren Kriterien ab, die ein Kartell rechtfertigen konnten (zB volkswirtschaftliche Rechtfertigung). Die diesbezügliche Verordnung vom 6.4.1989<sup>4</sup> nahm bestimmte Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit und mit Preisangaben versehene Ankündigungen vom Kartellgesetz aus („Gruppenfreistellungsverordnung“).

Diese GVO scheint in manchen Gesetzessammlungen noch auf, als ob sie zum aktuellen Rechtsbestand gehörte.<sup>5</sup> Nach der „Herzog-Mantel-Theorie“ verliert aber eine Verordnung *ipso iure* ihre Rechtswirksamkeit (scheidet aus dem Normenbestand aus), wenn die sie tragende Verordnungsermächtigung (Gesetz), hier § 17 KartG 1988, aufgehoben wird (hier durch die Kartellrechtsnovelle 2005, die zum seit 1.1.2006 anzuwendenden KartG 2005 führte).

Wenn allerdings der VfGH eine Gesetzesbestimmung aufhebt, dann vertritt er in diesen Fällen nicht die Herzog-Mantel-Theorie, sondern hebt die nun einer Grundlage entbeh-

rende VO gesondert auf.<sup>6</sup> Aber im Fall, dass der Gesetzgeber selbst die Verordnungsermächtigung aufhebt, vertritt auch der VfGH die Herzog-Mantel-Theorie; sie ist somit hA.<sup>7</sup> Daher ist davon auszugehen, dass die VO nach § 17 KartG 1988 nicht mehr dem Normenbestand angehört. Außerdem ist die Verordnungsermächtigung des § 3 KartG

1) Hier und in der Folge ist das KartG 2005 gemeint, soweit nicht ausdr anderes angegeben wird.

2) § 3 KartG lautet: „(1) Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art 81 Abs 3 EGV verwiesen werden. (2) Soweit eine Verordnung nach Abs 1 besondere Bestimmungen für Kreditinstitute, Unternehmen der Vertragsversicherung oder Pensionskassen enthält, ist sie auch im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen zu erlassen.“

3) § 17 Abs 1 KartG 1988 lautete: „Der Bundesminister für Justiz kann durch Verordnung 1. feststellen, welche Formen zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit oder mit Preisangaben versehener Ankündigungen von Waren oder Leistungen diesem Bundesgesetz nicht unterliegen, und 2. Gattungen von Kartellen von der Anwendung dieses Bundesgesetzes ausnehmen, soweit sie offensichtlich volkswirtschaftlich geboten sind.“

4) BGBl 1989/185. Dazu s Barfuß/Wollmann/Tahedl, Österreichisches Kartellrecht (1996) 56ff.

5) Konezky (Hrsg), Kodex Wirtschaftsgesetze II<sup>18</sup> (Stand 1.5.2008); Normenübersicht des ÖBI-Seminars 2008; RIS (Rechtsinformationssystem des Bundes) <http://www.ris2.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?QueryID=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002898>, Stand 24.11.2008.

6) VfGH 22.6.2006, G 147/05 ua; R Thienel, Was ist ein außer Kraft getretenes Gesetz, JBl 1994, 35 FN 59; Walter/Mayer/Kucko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rn 598.

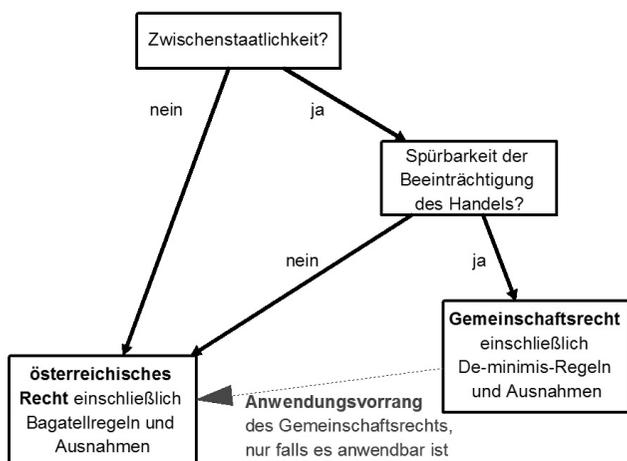
7) Ausdr VfGH 26.2.1991 V 166/90: „Ändert sich die – im Sinne des Art 18 Abs 2 B-VG erforderliche – gesetzliche Grundlage ei-

inhaltlich kaum mit § 17 KartG 1988 vergleichbar.<sup>8</sup> Vereinzelt ggt Literaturmeinungen<sup>9</sup> ist nicht zuzustimmen.

Die gleichen Überlegungen gelten übrigens auch für die später (2002) erlassene „Kein-Untersagungsgrund-Verordnung“<sup>10</sup> nach § 30e KartG 1988 für vertikale Vertriebsbindungen. Diese VO nach § 30e KartG 1988 war (im Unterschied zu jener nach § 17 KartG 1988) keine Gruppenfreistellungsverordnung,<sup>11</sup> sondern konnte nur ausdrücken, dass kein kartellrechtlicher Untersagungsgrund für bestimmte in der VO angeführte Sachverhalte besteht. Da die VO nach § 30e KartG 1988 auf zwei EG-GVO verwies, wurde sie bisweilen fälschlich als GVO bezeichnet, obwohl dieser Begriff nur für die VO nach § 17 KartG zutreffend war. Auch die „Kein-Untersagungsgrund-Verordnung“ gehört nun – aus den selben Gründen wie die GVO nach § 17 KartG 1988 – nicht mehr zum geltenden Normenbestand.<sup>12</sup>

## 2. Bedeutung des Gemeinschaftsrechts

Sind die im Gemeinschaftsrecht erlassenen GVOs auch auf rein nationale Fälle anwendbar? Nach der Walt Wilhelm-Entscheidung des EuGH<sup>13</sup> wird das nationale Kartellrecht nicht nur von strengem EG-Kartellrecht verdrängt, sondern das nationale Kartellrecht darf auch positive, obgleich mittelbare Eingriffe des EG-Kartellrechts nicht in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigen. Die Gruppenfreistellungen als „gebündelte Einzelfreistellungen“ haben somit Vorrangwirkung.<sup>14</sup> Bei Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts darf nationales Wettbewerbsrecht nicht strenger sein (Art 3 Abs 2 VO 1/2003). Nationales Wettbewerbsrecht darf nur strenger sein, wo gemeinschaftliches Wettbewerbsrecht nicht greift (nicht anwendbar ist); bekanntes Beispiel dafür ist das österr Verbot von einseitigen, nicht bloß unverbindlichen Empfehlungen (§ 1 Abs 4 KartG ist insoweit in zulässiger Weise strenger als Art 81 EG).



Eine gemeinschaftsrechtliche GVO wirkt nicht außerhalb des Anwendungsbereiches von Art 81 EG. Wenn also mangels Zwischenstaatlichkeit<sup>15</sup> – oder mangels Spürbarkeit der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten (als ungeschriebenes<sup>16</sup> Tatbestandsmerkmal, beurteilt anhand der NAAT-Regel<sup>17</sup> und nicht zu verwechseln mit den Bagatellregeln<sup>18</sup>) – das EG-Kartellrecht nicht anzuwenden ist, bleibt allein

ner Durchführungsverordnung, so wird diese Durchführungsverordnung im Falle eines Widerspruches zur Neufassung ihrer ursprünglichen gesetzlichen Grundlage nicht gesetzwidrig iSd Art 139 B-VG; sie tritt vielmehr gleichzeitig mit ihrer ursprünglichen gesetzlichen Grundlage außer Kraft, sofern die Neufassung des Gesetzes keine Grundlage iSd Art 18 Abs 2 B-VG bietet (zB VfSlg 2266/1952, 2326/1952, 11643/1988; VwSlg 10400/1981)“; s a Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>4</sup> (2007), 148; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2007) Rn 584 aE; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rn 598 bei FN 162.

8) Vgl die Texte in FN 2 und 3.

9) Keinert, Innerösterreichische Anwendung von EG-GVO auch ohne ausdrückliche Rezeption?, RdW 2008, 565 (566 liSp) hält die Weitergeltung der alten GVO für „wohl“ vertretbar.

10) BGBl 2002 II/486. S a Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> (1997) Rn 20 zu § 9.

11) Den Unterschied zu Gruppenfreistellungsverordnungen des EG-Kartellrechts betont auch Gugerbauer, Komm zum Kartellgesetz (1993) Rn 1 zu § 30e.

12) AA offensichtlich Gugerbauer, Kartellrechtsskriptum (Stand 1.10.2007), 46 abrufbar unter <http://www.kartellrecht.at/Kartellrecht-Skriptum.pdf>. Auch Konezky (Hrsg), Kodex Wirtschafts-gesetze II<sup>18</sup> (Stand 1.5.2008) weist diese Norm als aktuell aus.

13) EuGH 13.2.1969, Rs 14-68 – Walt Wilhelm.

14) Petsche/Rinne in Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen [2003] § 5 Rn 50 und Rn 61.

15) Die Zwischenstaatlichkeitsklauseln der Art 81 ff EG („den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet“; „may affect trade between Member States“) sind Tatbestandsmerkmale und zugleich Kollisionsnormen, um das europäische Kartellrecht von den nationalen Kartellrechten abzugrenzen. Eine tatsächliche Auswirkung auf den Handel muss nicht nachgewiesen werden, es genügt die Eignung.

16) Ansatzweise findet sich dieses Kriterium immerhin in Art 81, 82 EG: „den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet“ („may affect trade between Member States“).

17) Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art 81 und 82 des Vertrags ABl 27.4.2004 C 101/81: Keine Spürbarkeit, wenn gemeinsamer Marktanteil 5 % nicht übersteigt und bei horizontalen Vereinbarungen der gesamte Jahresumsatz mit den von der Vereinbarung betroffenen Produkten innerhalb der EG EUR 40 Mio nicht übersteigt bzw bei vertikalen Vereinbarungen der Umsatz des Lieferanten diesen Betrag nicht übersteigt (Leitlinien Nr 52).

18) Dieses Kriterium (Spürbarkeit der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten) sollte man nicht verwechseln mit der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (Bagatellkartelle). Diese Abgrenzung ist bes deutlich bei Zuber

nationales Kartellrecht anwendbar.<sup>19</sup> Das veranschaulicht die Grafik links unten:

### 3. Zweck einer GVO im System der Legalausnahme (Art 2 VO 1/2003, § 2 Abs 1 KartG)

Trotz des „modernisierten“ EU-Kartellrechtes (System der Legalausnahme) kommt den Gruppenfreistellungsverordnungen die Rolle eines sicheren Hafens (*safe harbour*) zu. Ist eine beschränkende Vereinbarung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung erfasst, sind die Parteien von ihrer Verpflichtung nach Art 2 VO 1/2003 entbunden nachzuweisen, dass ihre individuelle Vereinbarung sämtliche Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EG erfüllt; sie müssen lediglich beweisen, dass die Vereinbarung unter die GVO fällt.<sup>20</sup> Die Voraussetzungen der GVO sind idR leichter nachweisbar<sup>21</sup> als die vier (zwei positive, zwei negative) Elemente für die „sich selbst zu erteilende Einzelfreistellung“ iSd Art 81 Abs 3 EG iVm Art 2 VO 1/2003 bzw § 2 Abs 1 KartG. Als Zwecke der Gruppenfreistellungsverordnungen wird vorwiegend der Aspekt der Rechtssicherheit für die Unternehmen angeführt, dies sichert nicht nur übereinstimmende Entscheidungen in vergleichbaren Fällen, sondern schafft insbesondere Klarheit über die Beurteilung bestimmter wettbewerbsbeschränkender Handlungsweisen nach Art 81 Abs 3 EG.<sup>22</sup> Man vermeidet den schwankenden Boden der ökonomischen Analyse im Rahmen der Selbstfreistellung. Es geht um die Rechtsklarheit.<sup>23</sup>

**Auch die kartellrechtliche Praxis in Österreich bedarf der GVOs.** Dieses Bedürfnis anerkennen auch die Mat<sup>24</sup> zu § 3 KartG.

Mangels nationaler GVOs werden derzeit in der Praxis die gemeinschaftsrechtlichen GVOs, auch wenn sie auf rein nationale Sachverhalte nicht anwendbar sind, zwar nicht als GVO, aber als Auslegungshilfe für die Selbstbeurteilung im Rahmen des (dem Art 81 Abs 3 EG nachformulierten) § 2 Abs 1 KartG verwendet. Bisweilen wird das fälschlich mit einer (hier gar nicht zwingend angesagten) „EG-konformen Auslegung“ begründet.<sup>25</sup>

Streng juristisch ist das aber nicht mehr als eine „Krückenlösung“. Wie wackelig die Krücke ist, zeigt auch Folgendes:

### 4. Das Problem der gemeinschaftsrechtlichen GVOs

Durch die schematisierende Bildung von Fallgruppen, die durch eine GVO freigestellt werden, können GVOs die

wirklich freistellungsfähigen Vereinbarungen nicht exakt abbilden.<sup>26</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass eine GVO unter Umständen nach ihrem Wortlaut auch Vereinbarungen freistellt, die nach Art 81 Abs 3 EG (bzw § 2 Abs 1 KartG) nicht freistellungswürdig sind. Eine der wesentlichen Annahmen zB für die vertGVO<sup>27</sup> war, dass die Wettbewerbswirkung in vertikaler Vereinbarungen wesentlich von der zugrundeliegenden Marktstruktur bestimmt werden, wobei der Marktmacht der beteiligten Unternehmen eine besondere Bedeutung zukommt; da dies nicht das einzige Kriterium ist, ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall eine unter Art 81 Abs 1 EG fallende und die Marktanteilsschwelle des Art 3 vertGVO nicht erreichende und daher **nach Art 2 vertGVO an sich freigestellte vertikale Vereinbarung dennoch Wirkungen entfaltet, die mit Art 81 Abs 3 EG nicht vereinbart wären.**<sup>28</sup> (Wie weit dies von den Ermächtigungsverordnungen<sup>29</sup> des Rates gedeckt ist, kann hier nicht untersucht werden.) Die GVOs sind

---

in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 1, Rn 14 zu VerVO (Seite 76). Ebenso Rn 4 der Leitlinien (FN 17). Erst nach der Zuordnung eines Falles (durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel und die Spürbarkeit) zum EG-Recht oder zum nationalen Recht ist die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen (Bagatellkartell – *De minimis* wird beurteilt anhand anderer Marktanteils Grenzen gem Bagatellbekanntmachung 2001 bzw gem § 2 Abs 2 Z 1 KartG).

19) Vgl Petsche/Rinne in Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen [2003] § 5 Rn 62.

20) Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vereinbarungen<sup>2</sup> [2008] Rn 15a.

21) Baron, Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme – ein Scheinproblem, WuW 2006, 358 (365).

22) Saria in Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen [2003] § 1 Rn 85 mwN.

23) Gunthe/Sauter, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen [1988] E 38.

24) S FN 43.

25) Keinert, Innerösterreichische Anwendung von EG-GVO auch ohne ausdrückliche Rezeption?, RdW 2008, 565 (566 liSp).

26) Schultze/Pautke/Wagener, Die Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vereinbarungen<sup>2</sup> [2008] Rn 705.

27) Verordnung (EG) Nr 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl 29.12.1999 L 336/21.

28) Veelken in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht/Ergebnisband [September 2000] Rn 307.

29) Verordnung (EWG) Nr 2821/71 des Rates vom 20.12.1971 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 285 vom 29.12.1971 S 0046 – 0048; weiters Verordnung Nr 19/65/EWG des Rates vom 2.3.1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl P 036 vom 6.3.1965 S.

schließlich eigenständige Rechtsinstitute, die sich substantziell von der VO 1/2003 unterscheiden.<sup>30</sup> Eine GVO hat konstitutive Wirkung.<sup>31</sup>

Deshalb wurde mit Art 6 vertGVO ein Instrument geschaffen, mit dessen Hilfe die Wirkung der Gruppenfreistellung in Einzelfällen, bei denen eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EG in der Sache nicht gerechtfertigt ist, korrigiert werden kann.<sup>32</sup> Dies gilt auch für Art 7 vertGVO (Freistellungszug durch nationale Wettbewerbsbehörden).

Gleichartige Entzugsbestimmungen finden sich in Art 6 Kfz-GVO,<sup>33</sup> Art 6 TT-GVO,<sup>34</sup> Art 7 F&E-GVO<sup>35</sup> und Art 7 spezGVO<sup>36</sup>. Sie stimmen inhaltlich weitgehend mit Art 29 Abs 1 VO 1/2003 überein.<sup>37</sup> Da Art 29 VO 1/2003 die jüngere Norm ist (außer hins Art 6 TT-GVO aus 2004!), wurde übrigens – mE unrichtig – vertreten, es sei nur noch Art 29 VO 1/2003 anwendbar (und etwa Art 7 spezGVO nur noch eine Auslegungshilfe).<sup>38</sup>

Gebrauch gemacht hat die Kommission von ihrem Entzugsrecht bislang – soweit ersichtlich – aber nicht.<sup>39</sup> Beim Entzug der Freistellung liegt die Beweislast bei der Kommission, die nachzuweisen hat, dass die Vereinbarung gegen das Verbot des Art 81 Abs 1 EG verstößt und nicht alle vier Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EG erfüllt; die Entzugsentscheidung ist außerdem erst mit ihrer Rechtskraft wirksam.<sup>40</sup>

Würde eine solche GVO ins österr Recht rezipiert, hinge eine solche Entzugsermächtigung für rein nationale Sachverhalte „in der Luft“, weil die Kommission für rein nationale Wettbewerbsfragen keine Kompetenz hat und weder im KartG noch im WettbG eine inl Wettbewerbsbehörde (national competition authority, NCA)<sup>41</sup> für die Ausübung dieser (oder sonst einer) – durch die Rezeption nun nach österr Recht geschaffenen – Entzugsermächtigung für zuständig erklärt ist. Das allein zeigt schon die Probleme einer unbesehenen Rezeption, wiewohl sie aus praktischer Sicht ja wünschenswert wäre.

## 5. Eine GVO nach § 3 KartG

Überdies erlaubt die Verordnungsermächtigung des § 3 KartG nach ihrem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut nur eine feststellende (rein deklaratorische<sup>42</sup>) GVO. Daher wäre es nicht zulässig, eine GVO so zu formulieren, dass sie über § 2 Abs 1 KartG hinausgehende Fälle freistellt. Auch die Mat<sup>43</sup> zu § 3 KartG besagen ausdrücklich, dass eine Freistellungsverordnung nach § 3 KartG keine Freistellung verbotenen

Verhaltens bewirken kann. Dadurch unterscheidet sich eine Verordnung nach § 3 KartG wesentlich von der alten Gruppenfreistellungsverordnung nach § 17 KartG 1988, die ja verbotenes Verhalten (damals § 18 KartG 1988) freistellen konnte.

---

0533 – 0535 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr 1215/1999 des Rates vom 10.6.1999 zur Änderung der Verordnung Nr 19/65/EWG über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 148 vom 15.6.1999 S 0001 – 0004.

30) *Baron*, Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme – ein Scheinproblem, WuW 2006, 358 (365). Kritisch und zweifelnd *Heutz*, Legalausnahme und Gruppenfreistellungsverordnungen im System der VO 1/2003, WuW 2004, 1255.

31) *K Schmidt*, BB 2003, 1241; *Schütz*, WuW 2000, 690.

32) *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vereinbarungen<sup>2</sup> [2008] Rn 705.

33) Verordnung (EG) Nr 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl 1.8.2002 L 203/30.

34) Verordnung (EG) Nr 772/2004 der Kommission vom 27.4.2004 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl 27.4.2004 L 123/11.

35) Verordnung (EG) Nr 2659/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl 5.12.2000 L 304/8.

36) Verordnung (EG) Nr 2658/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl 5.12.2000 L 304/3.

37) *Grill* in *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup> [2006], Rn 56 zu Art 81.

38) *Reher/Holzhäuser*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht/Gruppenfreistellungsverordnungen (2006), GVO-Spez Rn 57.

39) *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vereinbarungen<sup>2</sup> [2008], Rn 705 mit dem Hinweis darauf, dass nach der alten Gruppenfreistellungsverordnung die Kommission bisweilen („selten“) Gebrauch gemacht habe, mwN.

40) Leitlinien 72 und 75; vergleiche *Petsche* in *Liebscher/Flor/Petsche* § 7 Rn 41.

41) Theoretisch als österreichische NCA kämen die BWB, der BKartA und das Kartellgericht in Frage.

42) Zutreffend *Keinert*, Innerösterreichische Anwendung von EG-GVO auch ohne ausdrückliche Rezeption?, RdW 2008, 565 (566 liSp).

43) 926 dB 22. GP zu § 3 KartG: „Im System der Legalausnahme kann eine Freistellungsverordnung nur deklarativen Charakter haben: Sie stellt verbindlich fest, was auf Grund des Gesetzes ohnehin erlaubt ist. Sie kann daher auch nur durch die Kriterien der Legalausnahme determiniert sein. Sinnvoll sind solche Verordnungen, weil sie für die beteiligten Unternehmen Rechtssicherheit schaffen.“

Da § 3 KartG eine dynamische Verweisung auf die jeweilige Fassung einer EG-GVO ermöglicht (ob dies verfassungsrechtlich zulässig ist, ist zweifelhaft<sup>44</sup>), wäre zu erwarten,<sup>45</sup> dass die VO nach § 3 KartG die für die Gemeinschaft geltenden EG-GVOs für den innerstaatlichen Bereich für sinngemäß anwendbar erklärt, insb die in der Praxis besonders wichtige vertGVO und die Kfz-GVO, aber auch die TT-GVO und die F&E-GVO.

Aber eine Verweisung auf eine gemeinschaftsrechtliche GVO ist nicht unproblematisch: Wie oben gezeigt, gehen die Freistellungen der EG-GVOs – zumindest denkbarerweise – über den Rahmen des Art 81 Abs 3 EG (entspricht § 2 Abs 1 KartG) hinaus, sonst bedürfte es ja keiner Widerrufsmöglichkeit (siehe oben). Eine Überschreitung aber wäre für eine auf § 3 Abs 1 KartG gestützte GVO unzulässig. Eine solche GVO würde den gesetzlichen Rahmen überschreiten und wäre deshalb (als „exzessiv“) verfassungswidrig. Die – einerlei ob dynamische oder statische – Verweisung auf eine gemeinschaftsrechtliche GVO begegnet daher diesen – zusätzlichen – verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die Absicht des Gesetzgebers, durch dynamische Verweisung eine leichte Arbeit für den Ordnungsgeber zu schaffen, dürfte daher nicht so leicht aufgehen. Um wirksam zu vermeiden, dass eine auf § 3 KartG gestützte GVO den Rahmen des § 2 Abs 1 KartG sprengt, könnte die österreichische GVO eine „salvatorische Klausel“ beinhalten, wonach „diese VO keine über § 2 Abs 1 KartG hinausgehenden Rechte gewährt“. Ob eine infolge ihres konkreten Wortlautes exzessive VO ihre Gesetzeskonformität durch eine solche allgemeine „salvatorische Klausel“ retten kann, ist aber äußerst zweifelhaft und mE zu verneinen.

Es verbliebe also nur, dass der österr VO-Geber bei Rezeption der gemeinschaftsrechtlichen GVOs diese umformuliert und einschränkt mit dem Ziel, dass die VO den Rahmen des § 2 Abs 1 KartG nicht sprengt. Dabei wären alle denkbaren wirtschaftlichen Fallkonstellationen unter Beachtung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 20 KartG) und des *more economic approach* zu bedenken und in die GVO-Neuformulierung einzubeziehen. Das ist aber schier unmöglich. (Wäre es möglich, hätte das die Kommission bei Formulierung ihrer GVOs wohl schon getan.)

Somit verbleibt als ernüchternde Schlussfolgerung, dass – angesichts der Notwendigkeit von klaren GVOs auch für die österr Rechtspraxis – der Gesetzgeber die Verordnungsermächtigung des § 3 KartG ändern müsste, und zwar am Besten nach dem Vorbild des alten § 17 KartG 1988:<sup>46</sup> „Der Bundesminister für Justiz kann nach Anhörung [...] durch Verordnung [...] Gattungen von Kartellen von der Anwendung dieses Bundesgesetzes ausnehmen, soweit ...“. Dann bestünde – wie früher – kein Zweifel, dass die VO Sachverhalte freistellen kann, die von Art 81 Abs 3 EG bzw § 2 Abs 1 KartG nicht voll gedeckt sind. Dann wären die österr Rechtsanwender – falls österr Kartellrecht anzuwenden ist – nicht mehr auf einer wackeligen Krücke, sondern auf festem Boden.

44) Determinierungsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG; dazu Hoffer, Kartellrecht [2007], 67 FN 2. Verfassungsrechtliche Bedenken auch bei Auer/Urlesberger, Kartellrecht<sup>5</sup> [2003], 140 (Anm 2).  
45) Vgl Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz [2007] Rn 6 zu § 3.  
46) Siehe FN 3.

**SCHLUSSFOLGERUNG**

§ 3 KartG ist derzeit keine geeignete Grundlage, um die GVOs des Gemeinschaftsrechts unbesehen zu rezipieren.

**ZfS aktuell**

Ihr Wegweiser durch Stiftungsrecht & Vermögensverwaltung

- Schnupper-Abo (2 Hefte) um nur € 6,90\*!
- Jahres-Abo (4 Hefte) um € 105,-\*

Mehr Infos und alle Themen des aktuellen Heftes unter: [www.ZfS.voe.at](http://www.ZfS.voe.at)



\* Preise zzgl. Versand