

Fusionen und Übernahmen

Wettbewerbsbericht der AK-Wien 2002

Teil 1 – Wettbewerbsrecht und -politik

Publikation der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Wien 2003

Der direkte Weg zu Broschüren der Abteilung Wirtschaftspolitik:

E-Mail: wirtschaftspolitik@akwien.at

Fax: +43(1) 501-65 /2532

CIP-Einheitsaufnahme beantragt.

Impressum:

Beiträge zur Wirtschaftspolitik, Nr 12

Herausgeber: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
Prinz Eugen-Straße 20-22, A-1040 Wien

Redaktion: Vera Lacina

Wien 2003

ISBN 3-7063-0234-9

Inhaltsverzeichnis

1. VORWORT.....	5
2. WETTBEWERBSPOLITISCHE BEITRÄGE	6
2.1. Der neue Kartellrechtsvollzug in Österreich – erste Einschätzungen.....	6
2.2. Die Gehilfenhaftung im Wettbewerbsrecht	16
3. DIE ÄNDERUNGEN DER WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN	20
3.1. Europäische Union.....	20
3.1.1. Die Reform des Europäischen Wettbewerbsrechts (Verordnung Nr 17) und ihre Auswirkungen auf Österreich.....	20
3.1.2. Vorschläge für eine neue Fusionskontrollverordnung.....	32
3.1.3. Die neue Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung.....	40
3.1.4. Der Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung für den Versicherungssektor.....	43
3.1.5. Die Verordnung zur Verkaufsförderung	48
3.1.6. Die Stellungnahme der AK zum neuen Entwurf für eine EU-Übernahmerichtlinie.....	51
3.2. Österreich.....	57
3.2.1. Die Kartellrechtsnovelle 2002.....	57
3.2.2. Das Bundesvergabegesetz 2002.....	59
3.2.3. Wettbewerbspolitische Aspekte der Gewerbeordnungs-Novelle 2002	61
3.2.4. Das neue Abfallwirtschaftsgesetz und seine wettbewerbspolitischen Aspekte	67
4. DIE ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE.....	83
4.1. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in der Europäischen Union	83
4.1.1. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen im Jahr 2002.....	84
4.2. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich.....	85
4.2.1. Überblick über die Entscheidungen des Kartellgerichts.....	87
4.2.1.1. Zusammenschluss NEWCO / ECONGAS	87
4.2.1.2. Zusammenschluss Spar / Maxi-Markt.....	89
4.2.1.3. Brau-Union / Schladminger	92
4.2.1.4. Zusammenschluss Austrian Payment Systems Services G – Hobex AG.....	94
4.2.1.5. Die österreichische Stromlösung	96
5. DIE TÄTIGKEIT DER WETTBEWERBSINSTITUTIONEN	97
5.1. Einleitung.....	97
5.2. Überblick über die Tätigkeit der Bundesarbeitskammer im Rahmen des Kartellrechts im Jahr 2002	97
5.2.1. Wettbewerbseinschränkungen in der Kfz-Haftpflichtversicherung.....	98
5.2.2. Zahlungsverkehrs-Joint Venture österreichischer Großbanken.....	99
5.2.3. Zeitschriftenpreise in Österreich – Beschwerde der AK bei der EU-Kommission	101
5.2.4. Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem	102
5.3. Überblick über die Tätigkeit des Paritätischen Ausschusses im Jahr 2002	103
5.4. Überblick über Anträge und Stellungnahmen der Bundeswettbewerbsbehörde im Zeitraum Juli bis Dezember 2002.....	112
5.5. Überblick über Anträge und Stellungnahmen des Bundeskartellanwalts im Zeitraum Juli bis Dezember 2002	112
5.6. Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission im Zeitraum Juli bis Dezember 2002	114
6. DIE TÄTIGKEIT DER BUNDESARBEITSKAMMER IM BEREICH DES GESETZES GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB (UWG).....	117

7.	DIE TÄTIGKEIT DER REGULIERUNGSBEHÖRDEN IM JAHR 2002	121
7.1.	Die Regulierungsbehörde für Rundfunk und Telekom.....	121
7.2.	Die Regulierungsbehörde für Strom und Gas.....	125
7.3.	Die Regulierungsbehörde für den Schienenverkehr.....	130
8.	DIE TÄTIGKEIT DER ÜBERNAHMEKOMMISSION 2001/2002	134
9.	VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN	138

1. VORWORT

Liebe Leserinnen und Leser!

Seit Juli 2002 ist das neue Kartellgesetz in Kraft, welches ein weitgehend verändertes wettbewerbspolitisches Regime in Österreich etablierte. Selbstverständlich haben wir diesen ersten Teil des Wettbewerbsberichts der AK Wien über das Jahr 2002 dazu benützt, ein erstes Resumee über die Auswirkungen und den Erfolg des neuen Wettbewerbsregimes zu ziehen. Wegen der tiefgreifenden Umgestaltung und der erforderlichen Neugründung einzelner Institutionen, wie der Wettbewerbsbehörde, dem Kartellanwalt und der Wettbewerbskommission, ist es natürlich nicht möglich, ein abschließendes Urteil abzugeben. Dennoch lässt sich bereits jetzt sagen, dass die Neukonstruktion eine Reihe positiver Aspekte aufweist, aber natürlich durchaus noch Verbesserungsmöglichkeiten gesehen werden.

In einem weiteren Abschnitt wird ein Überblick über Änderungen der wirtschafts- und wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich und auch in der Europäischen Union gegeben. Dabei finden Sie neben verschiedenen Kurzdarstellungen auch ausführliche Beiträge zur beschlossenen Reform des europäischen Wettbewerbsrechts, zum Vorschlag für eine neue EU-Fusionskontrollverordnung und zur EU-Übernehmerichtlinie. Eingehend analysiert werden auch die wettbewerbspolitischen Aspekte der neuen österreichischen Gewerbeordnung und des neuen Abfallwirtschaftsgesetzes.

Es folgt ein Überblick über die Entwicklung der Zusammenschlüsse in der Europäischen Kommission und in Österreich, eine Darstellung der wichtigsten Entscheidungen des österreichischen Kartellgerichts, ein Überblick über die Tätigkeiten der alten und neuen Wettbewerbsinstitutionen im Jahre 2002 und einiger wettbewerbspolitischer Aktivitäten der AK.

Den Abschluss bildet die Darstellung der Tätigkeiten der Übernahmekommission und auch der österreichischen Regulierungsbehörden, denen wesentliche wettbewerbspolitische Bedeutung zukommt.

Wir hoffen, Ihnen auch diesmal wieder hilfreiche und interessante Informationen zu liefern und darüber hinaus Anregungen zur weiteren Ausgestaltung der österreichischen und europäischen Wettbewerbspolitik zu geben.

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass dieser Wettbewerbsbericht (wie auch alle früheren Ausgaben) über die Homepage der AK-Wien (www.akwien.at/wirtp.html) abrufbar ist.

Roland Lang

2. WETTBEWERBSPOLITISCHE BEITRÄGE

2.1. Der neue Kartellrechtsvollzug in Österreich – erste Einschätzungen

Roland Lang

Kurzer historischer Aufriss

Nach langen und teilweise sehr kontroversiellen Diskussionen wurde das Wettbewerbsgesetz und die Kartellgesetznovelle 2002 am 20.3.2002 mit Zwei-Drittel-Mehrheit im Nationalrat beschlossen und am 16.4.2002 als BGBl 62/2002 veröffentlicht. Mit 1. Juli 2002 ist das neue Wettbewerbsregime in Kraft getreten. Wie der folgende kurze Aufriss zeigt, wurde damit eine lange Reihe von Novellierungen und Gesetzesänderungen fortgesetzt.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde in Österreich bei der Ausgestaltung des Kartellgesetzes 1951 das Konzept der deutschen Kartellverordnung von 1923 zu Grunde gelegt. Es ging dabei mehr um Registrierungspflichten von Kartellen, das Recht der Kartellorganisation und um den Schutz der Kartellmitglieder, als um die Offenhaltung der Märkte, die faire Behandlung der Marktgegenseite (zB Mitbewerber und KonsumentInnen) und Verbote bzw Verbotssanktionen. Mit der Kartellgesetznovelle 1972 reagierte der österreichische Gesetzgeber mit notwendigen Adaptierungen aufgrund des Freihandelsabkommens mit der EG. Als Stammgesetz des heutigen Kartellgesetzes kann aber das Kartellgesetz 1988 (Einführung der Befristung von Kartellen auf 5 Jahre) mit seinen Novellen 1993 (Einführung einer präventiven Zusammenschlusskontrolle), 1995 (Neuorganisation der Kartellgerichtsbarkeit) und 1999 (Erweiterung der Antragsberechtigten und Einführung des amtswegigen Verfahrens) bezeichnet werden, in dem die wesentlichen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen angesprochen wurden. Mit diesen Novellierungen wurde materiellrechtlich immer mehr der wettbewerbspolitische Zugang in Richtung einer Offenhaltung von Märkten und von fairen Wettbewerbsverhältnissen – etwa durch eine verstärkte Fusionskontrolle – im Kartellgesetz umgesetzt.

Die genannten Novellen waren teilweise auch durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union notwendig geworden, um das österreichische Recht an den Rechtsbestand der EU anzupassen. Seit 1994 gilt darüber hinaus unmittelbar das EU-Wettbewerbsrecht, welches sich damit teilweise über die nationalen Bestimmungen schiebt.

Standen bei den verschiedenen Novellen in der Vergangenheit eher materiellrechtliche Änderungen im Vordergrund, so ging es in der Kartellgesetznovelle 2002 in der Hauptsache um eine Reform des organisatorisch-institutionellen Gefüges und der Rollenverteilung der verschiedenen Akteure in der österreichischen Wettbewerbspolitik. Folgende zentrale Kritikpunkte führten zu dieser Neuordnung der österreichischen Wettbewerbspolitik:

- Der entscheidende inhaltliche Kritikpunkt am alten System war sicherlich die mangelnde Möglichkeit eines dynamischen und effektiven amtswegigen Aufgreifens und Untersuchens von Wettbewerbsverstößen. Dabei ist vor allem an den Missbrauch von marktbeherrschenden Stellungen und an Kartellabsprachen zu denken. Kernpunkte des Problems waren dabei die mangelnden Ermittlungsbefugnisse des zuständigen Kartellgerichts und des mit Gutachtenserstellungen beauftragten Paritätischen Ausschusses und auch die mangelnden Personalressourcen der Wettbewerbskontrolle insgesamt. Aus heutiger Sicht mutet es geradezu amüsant an, dass der Gesetzgeber bereits im Zuge der Verabschiedung des Kartellgesetzes 1972 (!) in Aussicht stellte, dem Paritätischen Ausschuss ein Büro mit vier (!) qualifizierten Fachkräften zur Verfügung zu stellen, und diese Absicht offensichtlich 30 Jahre lang nicht umgesetzt werden konnte (siehe Kapitel 5.3. „Überblick über die Tätigkeit des Paritätischen Ausschusses im Jahre 2002“ von Rudolf N. Reitzner).
- Es soll auch nicht verschwiegen werden, dass der Einfluss der Sozialpartner in den kartellgerichtlichen Verfahren Gegenstand öffentlicher Kritik war. So nahmen die Sozialpartner die Rolle von Amtsparteien ein und hatten gleichzeitig ein Nominierungsrecht im Bereich der fachkundigen Laienrichter und auch des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten – der als Gutachtergremium des Kartellgerichts eingerichtet war. Obwohl die fachkundigen Laienrichter am Kartellgericht dem Gesetz entsprechend unabhängig gestellt und auch die Mitglieder des Paritätischen Ausschusses, so wie es das Gesetz vorsah, von den nominierenden Stellen weisungsfrei gestellt waren, gab diese Konstellation immer wieder Anlass zu Kritik.
- Letztlich wurde auch die Notwendigkeit einer besseren Koordination von europäischer und nationaler Wettbewerbspolitik als Argument für eine Institutionenreform angeführt.

Wozu Wettbewerbspolitik?

Für die Arbeiterkammer stellt das marktwirtschaftliche Instrument des Wettbewerbs für viele Bereiche unserer heutigen modernen Volkswirtschaften ein wesentliches Steuerungselement dar. So kann fairer Wettbewerb unter anderem einen Beitrag zu niedrigeren Preisen, größerer Produktauswahl für die Konsumenten und auch zu einem dynamischen Strukturwandel zur Aufrechterhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit liefern. Dabei bleibt es natürlich Aufgabe der Politik, die Rahmenbedingungen (Arbeitsrecht, Arbeitssicherheit, Umweltverträglichkeit, Konsumentenschutz, ...) festzulegen, innerhalb derer sich die Unternehmen bewegen dürfen. Es steht wohl außer Streit, dass es Ziel der Politik sein muss, die positiven Effekte des Wettbewerbs in einer Wirtschaft zu optimieren und gleichzeitig die berechtigten Schutzbedürfnisse von ArbeitnehmerInnen, KonsumentInnen, Umwelt usw zu garantieren.

Wichtige Teile der Wirtschaft sind allerdings sinnvollerweise vom Wettbewerbsgedanken auszunehmen. Dazu zählt etwa die – nach EU-Bezeichnung – so genannte Daseinsvorsorge (wie zB der öffentliche Nahverkehr, Bildung, Energie- oder die Wasserversorgung). Bereiche also, in denen viele Aspekte natürlicher Monopole vorhanden sind. In diesen Bereichen der Daseinsvorsorge geht es um die Durchsetzung und Gewährleistung des grundlegenden Rechts aller Menschen auf optimale Verfügbarkeit und Leistbarkeit dieser Dienstleistungen die die Teilhabechancen am öffentlichen Leben ohne Unterschied zwischen Ballungsraum und Region sicherstellen, ohne regionale Unterschiede, zu leistbaren Preisen und in hoher Qualität. Eine gänzliche Liberalisierung und wettbewerbliche Organisation der Daseinsvorsorge würde demgegenüber aber die Gefahr bergen, zu gesellschaftlich unakzeptablen Ergebnissen – etwa in Form von hohen Preisen, niedriger Qualität, fehlender Versorgungsgarantie, regionalen Disparitäten usw – zu führen.

Abgesehen von der Festlegung von Rahmenbedingungen hat die Wirtschaftspolitik in unserer modernen Gesellschaft auch die Aufgabe, für die dauerhafte Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen zu sorgen. Denn Wettbewerb stellt sich nicht von selbst ein bzw. bleibt nicht automatisch von selbst aufrecht. Dies suggerieren zwar manche Lehrbücher, in der Realität haben Unternehmen aber immer wieder Anreize den Wettbewerb (unerlaubt) zu umgehen – etwa über Absprachen verschiedenster Art. Auch Zusammenschlüsse können den fairen Wettbewerb gefährden, wenn sie zu marktbeherrschenden Unternehmen führen und diese ihre Marktmacht missbrauchen.

Mangelnder Wettbewerb kann eine ganze Reihe negativer volkswirtschaftlicher Auswirkungen haben:

- Die Preise für Konsumenten bzw. Abnehmer sind höher als sie sein müssten – die Unternehmen lukrieren aufgrund fehlender Konkurrenz eine „Zusatzrendite“
- Die Unternehmen haben geringere Anreize zu forschen und zu entwickeln um ihre Produkte gegenüber der Konkurrenz zu verbessern – die Innovationsrate wird verringert und damit
- wird der Strukturwandel in der Wirtschaft verlangsamt – was langfristig zu einer Verschlechterung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit führt
- Verringerter Wettbewerb und geringere Innovationsrate führen zu einer geringeren Angebotsvielfalt für die Konsumenten
- Die Entstehung immer größerer Unternehmen führt – abgesehen von möglichen wettbewerbspolitischen Problemen – darüber hinaus auch zu einer enormen Machtkonzentration, die besonders bei kleinen Staaten oder auf Landes- und Gemeindeebene auch die erhöhte Gefahr von politischer Einflussnahme birgt
- Hohe Marktkonzentrationen bergen tendenziell auch die Gefahr, dass Unternehmen Druck auf die Zulieferindustrie ausüben können – und damit Arbeitsplätze gefährden

Aus diesen Gründen ist die Arbeiterkammer wettbewerbspolitisch engagiert und war über Jahre hinweg die aktivste Partei im Rahmen des alten Kartellgesetzes. Gerade aus der Erfahrung dieser aktiven Teilnahme heraus waren für die AK die Mängel des Kartellverfahrens aber immer offensichtlich. Daher hat sich die Arbeiterkammer seit Jahren für eine Reform des Kartellrechts ausgesprochen, um zu einer aufgreifenden und effektiveren Wettbewerbspolitik zu kommen. Im Kern der Forderungen stand eine dem Kartellgericht vorgelagerte Behörde, bei der die Gesamtverantwortung für die Gestaltung der Wettbewerbspolitik konzentriert sein sollte. Im Rahmen dieser Behörde sollten Verstöße gegen das Kartellgesetz durch eine effiziente Aufgriffsstruktur geahndet werden können. In Anlehnung an die Vorgangsweise auf EU-Ebene, aber auch in anderen Ländern, sollte auch die Transparenz bei kartellrechtlichen Fragestellungen für die interessierte Öffentlichkeit so weit als möglich erhöht werden – selbstverständlich unter Einhaltung von betrieblichen Geschäftsgeheimnissen.

Wie bereits dargestellt, schließen wettbewerbspolitische Beurteilungen neben grundsätzlichen ordnungspolitischen Vorstellungen eine Fülle von praktischen wirtschaftspolitischen Fragestellungen mit ein. So etwa auch die Fragen nach den Auswirkungen von Marktmachtkonzentrationen auf Konsumenten und Beschäftigte bzw. auf Unternehmerseite auf Lieferanten und Abnehmer. Um all diese Aspekte in den Beurteilungsprozess in optimaler Weise einfließen zu lassen liegt es daher auf der Hand, eine möglichst breite Einbeziehung unterschiedlicher Interessensgruppen (etwa auch der Sozialpartner) sicherzustellen. Die Arbeiterkammer hat sich daher konsequenterweise dafür eingesetzt, auch nach einer Institutionenreform weiterhin eine aktive Rolle in der Wettbewerbspolitik einnehmen zu können.

Erste Einschätzung der Neuorganisation des Kartellrechtsvollzugs

An dieser Stelle soll keine gesamthafte Darstellung der Änderungen des Wettbewerbsregimes durch die angesprochene Kartellgesetznovelle erfolgen. Für eine ausführliche Analyse sei auf den Beitrag von Helmut Gahleitner „Die Kartellgesetznovelle 2002“, in: „Fusionen und Übernahmen – Wettbewerbsbericht der AK Wien 2001, Teil 1“, S 21-29, oder auch die kurze Darstellung in Kapitel 3.2.1. „Die Kartellrechtsnovelle 2002“ (Seite 57) in diesem Band, verwiesen.

1. Die Bundeswettbewerbsbehörde

Die Amtsparteienstellung ist durch die Reform auf die neue (weisungsfreie) Bundeswettbewerbsbehörde und den neu eingerichteten (weisungsgebundenen) Bundeskartellanwalt konzentriert. Die von UnivProf DDr Walter Barfuß als Generaldirektor geleitete Bundeswettbewerbsbehörde (Geschäftsstellenleiter Dr Peter Matousek) ist für die Zusammenarbeit mit der EU-Wettbewerbsbehörde in der GD IV verantwortlich und steht dem Gesetz nach im Zentrum der Verantwortung für die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs in Österreich. Sie hat einen umfangreichen Aufgabekatalog aber auch umfangreiche (Untersuchungs-)Rechte eingeräumt bekommen. Die Bundeswettbewerbsbehörde kann alle Ermittlungen für die notwendigen Untersuchungen führen, Zeugen und Beteiligte beiziehen, Auskünfte mit Fristsetzung verlangen, Unterlagen einsehen und Hausdurchsuchungen nach Einholung einer richterlichen Genehmigung durchführen.

Mit den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen sollte die neue Wettbewerbsbehörde über eine erhebliche Schlagkraft zur Aufdeckung und Verfolgung von Wettbewerbsverzerrungen verfügen. Die bis zum In-Kraft-Treten des neuen Kartellgesetzes als Amtspartei agierende AK hatte insgesamt etwa 3 Personenjahre (inklusive der Gutachtertätigkeit im Paritätischen Ausschuss) für wettbewerbspolitische Fragestellungen eingesetzt und hat mit diesen überaus eingeschränkten Kapazitäten mit über 60 Anträgen an das Kartellgericht doch erhebliche Aktivitäten entfaltet.

Information und Kommunikation

Neben der eigentlichen inhaltlichen Arbeit liegt eine der wesentlichen Funktionen der wettbewerbspolitischen Institutionen – und hier insbesondere der hauptverantwortlichen Bundeswettbewerbsbehörde – darin, das Bewusstsein in Österreich für die Bedeutung eines fairen und funktionierenden Wettbewerbs – und damit auch einer aktiven Wettbewerbspolitik – zu heben. Tatsächlich wurden vom Generaldirektor der Wettbewerbsbehörde Anstrengungen in Richtung einer Sensibilisierung der Öffentlichkeit zu wettbewerbspolitischen Fragestellungen unternommen. In einer Reihe von Interviews und Pressekonferenzen wurden einzelne Fusionsfälle, Missbrauchstatbestände und Konzentrationstendenzen in der Wirtschaft thematisiert.

Dieser positiven Entwicklung der Pressearbeit steht auf der anderen Seite eine doch sehr eingeschränkte Transparenz für die interessierte Öffentlichkeit und die „wettbewerbspolitische Fachkreise“ über die Tätigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde im Einzelnen gegenüber. So ist die Bundeswettbewerbsbehörde laut Gesetz auch zur Einrichtung einer Website angehalten. Auf ihr sollen unter anderem die Gründe veröffentlicht werden, falls die Bundeswettbewerbsbehörde etwaigen Empfehlungen der beratenden Wettbewerbskommission zur Prüfung eines Zusammenschlusses nicht folgt. Diese vorgesehene Veröffentlichungspflicht lässt darauf schließen, dass vom Gesetzgeber generell eine möglichst transparente Arbeit – natürlich unter Beachtung der Wahrung betrieblicher Geschäftsgeheimnisse – der zentralen Wettbewerbsbehörde angestrebt wurde. Leider muss in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass die Website der Wettbewerbsbehörde in ihrem gesamten

Informationsgehalt bislang äußerst mangelhaft erscheint. Es gibt weder Informationen über gestellte Anträge oder entsprechende Entscheidungen, noch über sonstige Aktivitäten oder Analysen der Wettbewerbsbehörde. Darüber hinaus ist auch die technische Zugriffsmöglichkeit verbesserungswürdig – in vielen Fällen gelingt es nicht einmal, die Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde zu öffnen. In diesem Bereich der Öffentlichkeitsarbeit besteht für die Behörde daher sicherlich noch erhebliches Verbesserungspotential.

Zusammenarbeit mit anderen Institutionen

Die Wettbewerbsbehörde stellt sich in der Regel als sehr kooperativer Partner dar, der Anregungen ernsthaft prüft und entsprechende Aktivitäten einleitet. So wurden verschiedene Untersuchungen auf Anregung der AK eingeleitet und werden derzeit weiter verfolgt (siehe dazu näheres unter Punkt 5.2 in dieser Publikation).

Die von der Wettbewerbskommission als Schwerpunkte der Arbeit der Wettbewerbsbehörde für das nächste Jahr angeregten Fragestellungen wurden von der Wettbewerbsbehörde positiv aufgenommen und eine entsprechende Verfolgung zugesagt. Bei großen Zusammenschlüssen werden von der Behörde auch durchaus die Mitglieder der Wettbewerbskommission zu meinungsbildenden Gesprächen beigezogen. Die Empfehlungen der Wettbewerbskommission zur Stellung eines Prüfantrags bei Zusammenschlüssen wurden von der Behörde bis auf eine Ausnahme (Deloitte & Touche Wirtschaftstreuhand GmbH – Auditor Treuhand GmbH) aufgegriffen.

In diesem Sinne kann auch die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit der Wettbewerbskommission positiv betrachtet werden. Dennoch gibt es beim Informationsfluss der Behörde an die beratende Wettbewerbskommission durchaus noch erhebliche Verbesserungsmöglichkeiten. So wäre etwa eine regelmäßige Information der Wettbewerbskommission über die von der Behörde gestellten Anträge oder über Ergebnisse von Aktivitäten der Behörde sinnvoll, damit der Beratungsauftrag des Gesetzes von der Wettbewerbskommission permanent sinnvoll wahrgenommen werden kann.

Die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit dem Bundeskartellanwalt funktioniert bislang offenbar reibungslos. Der wechselseitige Informationsaustausch ist sichergestellt. Es konnte auch kein getrenntes und damit kontraproduktives Vorgehen der beiden Behörden festgestellt werden.

Auch die im Gesetz vorgesehene Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit den sektoralen Regulierungsbehörden scheint grundsätzlich zufrieden stellend zu funktionieren, wie etwa aus der intensiven und fruchtbaren Einbindung der Energie Control GmbH bei der „Österreichischen Gaslösung“ geschlossen werden kann.

Offene Fragen gibt es bezüglich der genauen Aufteilung zwischen Kartellgericht auf der einen und Wettbewerbsbehörde auf der anderen Seite. Aufgrund des Wegfalls des Paritätischen Ausschusses hat das Gericht ein Interesse daran, möglichst ausführliche und gut begründete Anträge zu erhalten. Diese Erwartungshaltung des Gerichts wird von der Wettbewerbsbehörde bislang offenbar nicht immer erfüllt. Andererseits sagt das Gesetz wenig darüber aus, wie detailliert und weitgehend die Aufbereitung der Anträge zu sein hat. Die Bundeswettbewerbsbehörde problematisiert hingegen die mangelnde Flexibilität des Kartellgerichts. Das heißt, zwischen Behörde und Gericht besteht noch erheblicher Abklärungsbedarf, um hier zu einem reibungslosen Ablauf zu finden. Darüber hinaus wird offensichtlich, dass durch die Abschaffung des Paritätischen Ausschusses eine funktionelle Lücke entstanden ist, die nicht vollständig geschlossen wurde und dadurch zu erhöhtem Koordinierungsbedarf führt.

Personelle Ausstattung

Immer wieder wird von Generaldirektor Barfuß in der Presse die mangelnde Personalkapazität beklagt. Mit derzeit 17 MitarbeiterInnen (inklusive Sekretariat) wurde der ursprünglich geplante Mindestpersonalstand von 20 MitarbeiterInnen tatsächlich noch nicht erreicht. Um die Bedeutung der Wettbewerbspolitik im Rahmen der österreichischen Wirtschaftspolitik zu dokumentieren, sollten von der Politik daher dringend die erforderlichen Mittel bereit gestellt werden, um die vorerst geplante Personalkapazität vollständig zu erreichen. Ein internationaler Vergleich gibt einen blitzlichtartigen Einblick in diese Kapazitätsfragen: So sind im deutschen Bundeskartellamt insgesamt 120 JuristInnen und ÖkonominInnen beschäftigt. Allerdings nimmt das deutsche Bundeskartellamt auch Entscheidungs-, Regulierungs- und Vergabekontrollaufgaben wahr, die in Österreich an andere Institutionen ausgelagert wurden. Ähnliches gilt für die Niederlande.

Auch mit 20 MitarbeiterInnen wird aber die Belastung der Wettbewerbsbehörde angesichts der Vielzahl an Tätigkeiten und Aufgaben, sowohl national als auch im Zusammenhang mit der Einbindung in die EU-Wettbewerbspolitik, hoch sein. Daher wird es auch in Zukunft auf das Geschick der Wettbewerbsbehörde ankommen, die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten optimal auszuschöpfen und auch das Know-how der Bundeskartellanwaltschaft, der Wettbewerbskommission, der Regulierungsbehörden, des Bundesvergabeamtes usw zu nützen.

Tatsächlich wird im Kartellgesetz explizit auf die Möglichkeiten der starken Einbindung des Expertenwissens dieser verschiedenen Institutionen in die Arbeit der Wettbewerbsbehörde über Amtshilfe, Gutachtensbeauftragung, Auskunftspflichten usw verwiesen. Das dies möglich ist, hat auch die Einbindung der Energie Control GmbH in die Verhandlungen zur „Gaslösung“ gezeigt. Auch auf das Know-how der Wettbewerbskommission könnte verstärkt zurückgegriffen werden, zB durch Gutachtensaufträge bzw der Einbindung im Rahmen von vertiefenden Prüfungen, die bislang noch nicht erfolgten.

Trotz dieser aufgezeigten weiteren Möglichkeiten für die Behörde, auf entsprechendes Expertenwissen zuzugreifen, soll darauf hingewiesen werden, dass die im Gesetz vorgesehene Unabhängigkeit nur mit Leben erfüllt werden kann, wenn in der Behörde selbst entsprechende juristische Expertise und vor allem die jeweilige notwendige Branchenkenntnis vorhanden ist, um eine fundierte eigene Beurteilungsmöglichkeit sicherzustellen. Daher sollte bei der Aufstockung der Behörde auf den vorgesehenen Personalstand besonders auf einen höheren Anteil an ökonomischem Fachwissen geachtet werden. Die budgetäre und personelle Ausstattung aller wettbewerbspolitischen Institutionen dokumentiert letztlich auch den Stellenwert, den die Politik der Wettbewerbspolitik beimisst.

Die Tätigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde und aktives Aufgreifen von Wettbewerbsverstößen

Inwieweit die Vorstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörde bislang erfüllt wurden, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Wie die Wettbewerbsbehörde beteuert, ist sicherlich eine Unzahl von Schriftstücken (nationale, EU-Schriftstücke und internationale) aktenmäßig zu bearbeiten – als ehemalige Amtspartei kann die BAK dies durchaus nachvollziehen. Die Durchsicht und Bearbeitung von Akten alleine wäre allerdings den Ansprüchen an eine aktive Wettbewerbsbehörde sicherlich nicht angemessen.

Ein wesentlicher Teil der laufenden Arbeit ergibt sich durch die Anzahl der Zusammenschlüsse, die von der Behörde zu prüfen sind. Zu den vom Kartellgericht an die Wettbewerbsbehörde übermittelten

Zusammenschlussanmeldungen von Unternehmen wurde nach Aussagen der Behörde eine ganze Reihe von Prüfanträgen und Verbesserungsanträgen gestellt. Leider war es nicht möglich, jeweils die genaue Anzahl der gestellten Anträge zu erfahren. Dies wird sicher in dem von der Wettbewerbsbehörde selbst verfassten Wettbewerbsbericht genau dargestellt werden. Als wirklich interessanter, wichtiger und schwieriger Zusammenschluss wurde jedenfalls die Bearbeitung der „österreichischen Gaslösung“ bekannt. Dieser Zusammenschluss wurde kurz vor dem endgültigen Wechsel zum neuen Wettbewerbsregime beim Kartellgericht angemeldet. Daher hatte neben der Wettbewerbsbehörde und dem Bundeskartellanwalt auch die BAK bereits einen Antrag zur Prüfung des Zusammenschlusses gestellt. In diesem Fall war jedenfalls die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit der Regulierungsbehörde und den anderen Akteuren bei der Prüfung, Beurteilung und Verhandlung sehr intensiv und fruchtbar.

Auf der anderen Seite wurden bislang kaum eigene Aktivitäten der Bundeswettbewerbsbehörde in Richtung eines aktiven Suchens und Aufgreifens von Wettbewerbsproblemen (zB Marktmachtmissbräuche, Absprachen) bei einzelnen Unternehmen oder in Marktsegmenten bekannt. Unter diesem Gesichtspunkt wurden die Erwartungen – jedenfalls der AK – an die Wettbewerbsbehörde bislang nicht ganz erfüllt. Allerdings ist eine abschließende Beurteilung dieser aktiven Funktion der Wettbewerbsbehörde zum jetzigen Zeitpunkt etwas verfrüht. So beanspruchen etwa Erhebungen über Marktmissbräuche mit umfassenden Recherchetätigkeiten sicherlich einige Monate. Etwaige Aktivitäten in diese Richtung würden daher erst in Zukunft sichtbar werden.

2. Das Kartellgericht

Durch die Kartellrechtsänderung wurde das bisherige Gutachtensorgan des Kartellgerichts – der von den Sozialpartnern getragene Paritätische Ausschuss – beseitigt und die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen durch das Kartellgericht abgeschafft. Beim Kartellgericht wurde die Anzahl der verfügbaren Richterposten von 2,75 auf 5 erhöht. Die beim Kartellgericht angesiedelten Senate setzen sich nun aus jeweils zwei Berufsrichtern und zwei fachkundigen Laienrichtern zusammen, wobei dem Vorsitzenden (Berufsrichter) ein Dirimierungsrecht zukommt. Damit wurde beim Kartellgericht eine Mehrheit der Berufsrichter gegenüber den fachkundigen Laienrichtern ermöglicht. Um eine Mehrheit der fachkundigen Laienrichter auch im Kartellobergericht auszuschließen wurde die Anzahl der fachkundigen Laienrichter von vier auf zwei reduziert.

Uneingeschränkt positiv beurteilt wird die am Kartellgericht vorgenommene Aufstockung von 2,75 auf nunmehr 5 Berufsrichter. Diese positive Beurteilung ist auch vor dem Hintergrund eines angekündigten und geforderten aktiven Agierens der neuen Bundeswettbewerbsbehörde und damit auch eines möglichen vermehrten Arbeitsanfalls für das Kartellgericht zu sehen. Die von der Wirtschaftskammer Österreich und der AK nominierten fachkundigen Richter verfügen nunmehr auch theoretisch über keine Mehrheit gegenüber den Berufsrichtern. Die Neuregelung wird von der AK jedenfalls nach wie vor begrüßt, da dadurch der unsinnige, aber dennoch fallweise kommende, Vorwurf der Dominanz der Sozialpartner im Kartellgericht, endgültig ausgeräumt wurde. Wichtig ist aus unserer Sicht jedenfalls, dass durch die von der AK zu nominierenden Persönlichkeiten, die in ihrer Funktion als Kartellrichter völlig unabhängig von der nominierten Stelle agieren, auch sichergestellt wird, dass dem Blickwinkel von Konsumenten und Arbeitnehmern im Rahmen der Kartellgerichtsbarkeit und wettbewerbspolitischer Fragestellungen auch explizit eine Stimme gegeben wird.

Leider ging die Aufstockung bei der Anzahl der Berufsrichter im Kartellgericht nicht Hand in Hand mit einer Aufstockung der Personalressourcen im Bereich der Administration, die personell unverändert bei 1,5 Planposten für Sekretariatstätigkeiten verblieb. Dies ist insofern unverständlich, als es neben der nahezu doppelten Anzahl von Berufsrichtern auch die Bürogeschäfte des Kartellanwalts und des-

sen Stellvertreters zu führen gilt, und darüber hinaus für eine unmittelbare Weiterleitung von Akten (vor allem bei Zusammenschlussanmeldungen und Anzeigen einer unverbindlichen Verbandsempfehlung) gesorgt sein muss. Andernfalls würde dies zu einer Verkürzung der zur Verfügung stehenden Zeit für die Prüfung der Anträge führen.

Der Wegfall des Gutachtergremiums „Paritätischer Ausschuss“ für das Kartellgericht hat eine Lücke hinterlassen. Darauf wurde bereits unter anderem in der Stellungnahme der AK zum ersten Entwurf der Kartellrechtsnovelle hingewiesen. In der letztlich verabschiedeten Novelle wurde versucht, diesen Einwänden durch verschiedene Maßnahmen Rechnung zu tragen. So wurde die vorgesehene Wettbewerbskommission wesentlich aufgewertet, die Zusammenarbeit mit den Regulierungsbehörden (RTR/Telekom-Control, Elektrizitäts-Control, Schienen-Control) wurde intensiviert, und auch die Möglichkeit der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbsbehörde und Kartellgericht wurde wesentlich ausgedehnt. Das Kartellgericht kann etwa die Wettbewerbsbehörde zur Erteilung von Auskünften und zur Abgabe begründeter Stellungnahmen auffordern.

Darüber hinaus besteht für das Kartellgericht nach wie vor die Möglichkeit, externe Sachverständige einzusetzen. Diese Möglichkeit wurde in der Vergangenheit doch relativ selten genutzt, da dem Kartellgericht die Gutachtenstätigkeit des Paritätischen Ausschusses zur Verfügung stand. Aufgrund der sehr komplexen Fragestellungen, die detaillierte Branchenkenntnisse erfordern, ist es sicherlich manchmal nicht ganz leicht, entsprechende Sachverständige zu finden bzw. in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit (vor allem bei einem Zusammenschlussverfahren) ein entsprechend fundiertes Gutachten zu erstellen. Sachverständige haben in der Praxis auch nur beschränkte Möglichkeiten für eingehende eigene Ermittlungen. Darüber hinaus erhöht ein massiver Einsatz von Sachverständigen natürlich in erheblichem Ausmaß die Kosten dieser Verfahren. Dennoch ist davon auszugehen, dass dieses Instrument in der Zukunft vom Kartellgericht öfter als bisher in Anspruch genommen werden wird.

3. Der Bundeskartellanwalt

Die Einrichtung einer weiteren Behörde in Form der weisungsgebundenen Bundeskartellanwaltschaft (Dr Alfred Maier, Stv Mag Gustav Stifter), die die öffentlichen Interessen in der Wettbewerbspolitik vertreten soll, wurde in den Stellungnahmen vielfach als unnötige Aufblähung kritisiert. Die Beibehaltung des Antragsrechts der früheren Amtsparteien auch bei der Zusammenschlusskontrolle hätte als Alternative sicherlich eine breite gesellschaftliche Einbindung und eine offene Wettbewerbspolitik sichergestellt. Durch die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Bundesminister für Justiz wird aber jedenfalls die Politik nicht aus ihrer Verantwortung für die Wettbewerbspolitik entlassen. Im Gesetz wurde auch sichergestellt, dass der Bundeskartellanwalt Verfahren und Prüfungen nicht verhindern kann, sondern lediglich zusätzliche Aktivitäten einfordern bzw. initiieren kann. Gegenüber den Vorentwürfen zum Kartellgesetz wurde auch eine Reihe von Verbesserungen beim Zusammenwirken und bei den Abläufen zwischen dem Bundeskartellanwalt, dem Kartellgericht, der Wettbewerbskommission und vor allem der Bundeswettbewerbsbehörde vorgenommen.

Unabhängig von diesen grundsätzlichen Erwägungen hat sich die Bundeskartellanwaltschaft in den ersten Monaten sehr engagiert gezeigt und leistet damit wesentliche Beiträge für die Wettbewerbspolitik. Dies zeigt die angeführte Liste der Anträge und Stellungnahmen der Bundeskartellanwaltschaft in Abschnitt 5.5 dieses Bandes. Die Befürchtung einer unnötigen Aufblähung von wettbewerbspolitischen Institutionen hat sich bislang daher nicht bestätigt. Die Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde, dem Kartellgericht und der Wettbewerbskommission wird von der Kartellanwaltschaft intensiv wahrgenommen. Begrüßenswerterweise gibt es auch laufende Kontakte zwischen der AK und dem Kartellanwalt.

4. Die Wettbewerbskommission

Der Wettbewerbsbehörde zur Seite gestellt wurde die aus acht Mitgliedern bestehende Wettbewerbskommission (4 Sozialpartner, 4 sonstige Experten – vom BM für Wirtschaft und Arbeit benannt) mit ihrem Vorsitzendem, UnivProf Dr Josef Aicher. Diese neu geschaffene Wettbewerbskommission soll die Bundeswettbewerbsbehörde beraten (Gutachten, Empfehlungen für Arbeitsschwerpunkte, ...) und hat darüber hinaus ein Mitwirkungsrecht bei der Zusammenschlusskontrolle. Die Wettbewerbskommission kann der Bundeswettbewerbsbehörde eine Empfehlung abgeben, die Prüfung eines bestimmten Zusammenschlusses zu beantragen. Entschließt sich die Bundeswettbewerbsbehörde dennoch, keinen Prüfantrag an das Kartellgericht zu stellen, so hat sie die Begründung für die abweichende Position auf ihrer Homepage zu veröffentlichen. Mit dieser Maßnahme wurde auf starkes Drängen der AK die Sicherstellung einer transparenten Zusammenschlusskontrolle beabsichtigt.

Die bisherigen Aktivitäten

Die Kommission hat im ersten halben Jahr ihres Bestehens insgesamt 6 Sitzungen abgehalten. Dabei wurden im Bereich der Mitwirkung bei der Zusammenschlusskontrolle 9 Fälle beraten und in der Folge in vier Fällen der Wettbewerbsbehörde empfohlen, einen Prüfantrag zu stellen (für Details der Tätigkeit der Wettbewerbskommission siehe auch Abschnitt 5.6. in diesem Band). Ohne dass dies im Gesetz explizit vorgesehen wäre, hat die Wettbewerbskommission in weiteren Fällen auch Verbesserungsempfehlungen abgegeben, da die Antragsunterlagen keine Beurteilung des Sachverhalts zuließen. Im Fall „Deloitte & Touche Wirtschaftstreuhand GmbH – Auditor Treuhand GmbH“ folgte die Wettbewerbsbehörde nicht der Empfehlung der Kommission und war gezwungen, ihre Entscheidung auf der Website der Wettbewerbsbehörde öffentlich zu begründen.

Wie bereits erwähnt, nahm die Kommission auch ihre Aufgabe wahr, der Wettbewerbsbehörde Empfehlungen für zukünftige Arbeitsschwerpunkte zu geben – welche von der Behörde durchwegs positiv aufgenommen wurden. Obwohl dies im Gesetz explizit als eine ihrer Aufgaben angeführt wurde, wurde die Wettbewerbskommission weder vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit noch von der Wettbewerbsbehörde beauftragt, ein Gutachten zu einer wettbewerbspolitischen Frage zu erstellen.

Erschwerend ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Wettbewerbskommission bei allen ihren Aktivitäten ohne eigenes Büro agieren und für die notwendigsten administrativen Arbeiten (Protokolle, Einladungen, ...) auf das Büro der Wettbewerbsbehörde zurückgreifen muss. Angesichts der immer wieder von der Wettbewerbsbehörde vorgebrachten Personalknappheit ist diese Situation für die Wettbewerbskommission sehr unbefriedigend. Besonders problematisch wirkt sich diese fehlende eigene Infrastruktur bei der Mitwirkung bei Zusammenschlüssen aus. Bei dieser Mitwirkung wäre die Vorbereitung einer kurzen Information für die Kommissionsmitglieder über eine mögliche inhaltliche Problematik von in der Wiener Zeitung gemeldeten Zusammenschlüssen sehr hilfreich. Eine kontinuierliche intensive Beobachtung der eingelangten Zusammenschlussanmeldungen durch die ausschließlich nebenberuflich agierenden Mitglieder der Wettbewerbskommission ist angesichts von jährlich Hunderten Zusammenschlussanmeldungen schon aus diesen Gründen sehr schwierig. Entsprechende organisatorische Maßnahmen, um die unbefriedigende Situation zu verbessern, wären daher zu diskutieren.

Die Wettbewerbskommission sieht ihre Aufgabe in der Praxis bislang darin, im Hintergrund unterstützend und anregend für die Wettbewerbsbehörde – und bei Bedarf auch für andere wettbewerbspolitische Institutionen – zu agieren und weniger in einer ausgeprägten eigenen Öffentlichkeitsarbeit. Prinzipiell ist diese Herangehensweise durchaus begrüßenswert, sollte aber überdacht werden, sofern die Kommission zum Schluss kommt, dass in der österreichischen Wettbewerbspolitik falsche Weichenstellungen vorgenommen werden oder grundsätzliche Kritik angebracht ist.

Hinsichtlich der Mitglieder der Wettbewerbskommission erscheint überdenkenswert, bei möglichen zukünftigen Novellen des Kartellgesetzes die Ernennungsvoraussetzungen strenger zu fassen, um mögliche Unbefangenheits- bzw Unvereinbarkeitsprobleme grundsätzlich auszuschließen.

Resumee

Insgesamt kann der Erfolg der Reform des Kartellrechtes aus wettbewerbspolitischer Sicht noch nicht endgültig beurteilt werden.

Die Zusammenschlusskontrolle wäre insgesamt positiv zu beurteilen, wobei noch einige Verbesserungen im Ablauf, bei der organisatorischen Unterstützung der Wettbewerbskommission und des Gerichts sowie bei den Informationsflüssen vorgenommen werden sollten.

Auch die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörde mit allen anderen Akteuren in der Wettbewerbspolitik hat gut begonnen und sollte weiter fortgesetzt bzw – soweit sinnvoll – auch noch verstärkt werden. Die Wettbewerbsbehörde stellt sich als kooperativer Partner dar, der Anregungen ernsthaft prüft und weiterverfolgt.

Besonders positiv ist die aktive Pressearbeit der Wettbewerbsbehörde herauszustreichen. Sie trägt längerfristig sicherlich zu einer erheblichen Sensibilisierung der Öffentlichkeit zu Fragen der Wettbewerbspolitik bei. Verbesserungswürdig ist bei der Öffentlichkeitsarbeit lediglich die Form und Zugänglichkeit der Homepage der Bundeswettbewerbsbehörde, um die Transparenz ihrer Tätigkeiten im Einzelnen für die breite Öffentlichkeit aber auch für die „wettbewerbspolitischen Fachkreise“ noch weiter zu erhöhen.

Verstärkte Aktivitäten erwartet sich die AK in Zukunft von der Wettbewerbsbehörde allerdings in Richtung aktiven Aufgreifens von wettbewerbspolitisch relevanten Tatbeständen. Allerdings hat die Politik die Voraussetzungen dafür zu schaffen, indem die für die Wettbewerbsbehörde zugesagten personellen und budgetären Ressourcen ehest möglich zur Verfügung gestellt werden.

2.2. Die Gehilfenhaftung im Wettbewerbsrecht

Dr Anne Marie Kosesnik-Wehrle

Im Wettbewerbsprozess ist grundsätzlich der unmittelbare Störer passivlegitimiert. In Konstellationen, in denen er allerdings nicht identifizierbar oder erschwert greifbar ist – etwa, weil er seinen Sitz im Ausland hat und absehbar ist, dass ein Exekutionsverfahren in Österreich nicht erfolgreich geführt werden können wird, stellt sich die Frage, ob nicht andere, an der unlauteren Wettbewerbshandlung ebenfalls beteiligte Personen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können.

Eine im UWG *expressis verbis* vorgesehene Haftungserweiterung über den unmittelbaren Störer hinaus ist die Haftung des Unternehmensinhabers gemäß § 18 UWG. Sie fußt auf dem Grundsatz, dass jener, der zur Erweiterung seines Aktionsradius dritte Personen einsetzt, auch für die durch diese herbeigeführten Gefahren haften sollen.¹

Auch wenn die Haftung des Unternehmensinhabers gemäß § 18 UWG materiell das Gebot beinhaltet, wettbewerbswidrige Handlungen im eigenen Betrieb zu unterbinden bzw ihnen vorzubeugen, so haftet der Unternehmensinhaber dennoch (wie der unmittelbare Störer auch) für die Unterlassung der wettbewerbswidrigen Handlung an sich. Einzige Voraussetzung für die Haftung des Unternehmensinhabers ist, dass die wettbewerbswidrige Handlung „im Betrieb seines Unternehmens“ begangen wurde. Diese Voraussetzung ist nach herrschender Rechtsprechung immer dann erfüllt, wenn zwischen dem Unternehmensinhaber und dem unmittelbaren Störer eine Rechtsbeziehung besteht, die dem Unternehmensinhaber die rechtliche Möglichkeit einräumt, wettbewerbswidriges Verhalten – etwa durch Weisungen – zu verhindern.² Unmittelbarer Störer kann jede „andere Person“ sein, die mit dem Unternehmensinhaber in einer derartigen Rechtsbeziehung steht, also neben Dienstnehmern des Unternehmers auch Personen, die, wenn auch nur in lockerer Form, in den Betrieb eingegliedert und, in welcher Form immer, dauernd oder vorübergehend für ihn tätig sind. Die Haftung des § 18 UWG trifft den Unternehmensinhaber daher auch für wettbewerbswidriges Verhalten von Personen, die in seinem Auftrag aufgrund eines Werkvertrages, eines Bevollmächtigungsvertrages, eines freien Arbeitsvertrages und dergleichen bestimmte Arbeiten für sein Unternehmen verrichten.³

Die Haftung des Unternehmensinhabers ist eine reine Erfolgshaftung, weswegen es unerheblich ist, ob der Unternehmensinhaber tatsächlich alles getan hat, um den Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Kommt es zu Wettbewerbsverstößen, weil die Weisungen des Unternehmensinhabers nicht befolgt wurden, hat er dennoch dafür einzustehen, auch wenn er faktisch nicht in der Lage war, das wettbewerbswidrige Handeln zu verhindern.⁴ Aufgrund der Konzeption der Erfolgshaftung darf meines Erachtens auch bei den für eine wettbewerbswidrige Handlung geforderten subjektiven Elementen nur auf den unmittelbaren Störer abgestellt werden, das heißt, dieser muss in Wettbewerbsabsicht (zumeist gerichtet auf die Förderung fremden Wettbewerbs) handeln und ihm muss etwa gesetzwidriges Verhalten, soll darin auch ein UWG-Verstoß liegen, subjektiv vorwerfbar sein.⁵

1) Vgl etwa Oberhammer, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsexekution, MR 1992, 99, der § 18 UWG als „Ausdruck einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflicht“ verstanden wissen will.

2) Vgl etwa OGH 31.5.1994, 4 Ob 64/94 mwN.

3) SZ 49/147; OGH in ÖBI 1983, 86; OGH in ÖBI 1991, 267.

4) OGH 28.5.2002, 4 Ob 110/02 h mwN.

5) So auch Gamerith, wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen „Gehilfen“, WBI 1991, 305 und aktuell OGH 28.5.2002, 4 Ob 102/02 h; aM Gerhard und Stefan Frotz, Werbeagenturen 348.

Konsequenterweise ist eine Haftung nach § 18 UWG dann zu verneinen, wenn ein Unternehmer, dessen Wettbewerb durch die unlautere Handlung eines anderen durchaus auch gefördert wird, nicht über die rechtliche (sondern nur über eine faktische) Möglichkeit verfügt, für die Abstellung des Wettbewerbsverstoßes zu sorgen:

So hat der OGH die Haftung eines Zwischenhändlers für wettbewerbswidrige Annoncen eines seiner Großhändler verneint, wo noch die Vorinstanzen davon ausgegangen waren, der Zwischenhändler habe gemäß § 18 UWG zu haften, weil er das Schalten derartiger Annoncen durch Androhung und Durchführung eines Lieferboykotts bei seinem Abnehmer faktisch hätte verhindern können.⁶

Über § 18 UWG kann etwa die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft begründet werden,⁷ ebenso die Haftung eines Unternehmers, der sich – etwa in der Werbung – Drittunternehmen bedient, die ihrerseits das wettbewerbswidrige Verhalten setzen.⁸

Während in den Fällen des § 18 UWG der Unterlassungsanspruch also – verschuldensunabhängig – direkt (auch) gegen den Unternehmensinhaber besteht, das Klagebegehren also nicht auf die Unterlassung der Nichtverhinderung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zu formulieren ist, sondern schlicht auf die Unterlassung des Wettbewerbsverstoßes an sich, setzt die Exekutionsführung gegen den Unternehmensinhaber einen zumindest fahrlässig verschuldeten Verstoß gegen den Titel voraus. Während dem Unternehmensinhaber im Titelverfahren das Vorbringen, faktisch alles nur Mögliche zur Verhinderung des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Dritten getan zu haben, nichts nützt, würde derartiges Vorbringen in einer Impugnationsklage gegen eine Exekutionsbewilligung sehr wohl zum Erfolg führen.⁹

Neben der gesetzlich angeordneten Haftung des Unternehmensinhabers wurde von der Rechtsprechung und Lehre die Haftung der Gehilfen des unmittelbaren Störers entwickelt: Im Sinn des § 12 StGB und § 7 VStG besteht ein Unterlassungsanspruch nicht nur gegen den unmittelbaren Störer, sondern auch gegen den Anstifter und gegen jeden, der zur Ausführung der wettbewerbswidrigen Handlung beiträgt bzw diese erleichtert.

Gehilfe im Sinne dieser Rechtsprechung ist jeder, der den Wettbewerbsverstoß bewusst durch eigenes Verhalten fördert oder überhaupt erst ermöglicht. Eine bloß adäquate Verursachung reicht für die Haftung noch nicht aus.¹⁰ Die bewusste Förderung des Wettbewerbsverstoßes des Dritten kann nicht vorgeworfen werden, wenn dem potenziellen Gehilfen die wettbewerbswidrige Handlung nicht einmal in tatsächlicher Hinsicht bekannt ist. In der Praxis bedeutet dies, dass es in der Regel notwendig sein wird, den Gehilfen auf die wettbewerbswidrige Handlung des unmittelbaren Störers sowie darauf hinzuweisen, inwieweit der Gehilfe durch eigenes Verhalten zum Wettbewerbsverstoß des anderen beiträgt.

6) OGH 28.5.2002, 4 Ob 103/02 d mwN.

7) Die Haftungsbegründung über §§ 128, 161 HGB wurde in der OGHE vom 27.4.1999, 4 Ob 71/99 s — Melatonin unter Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung aufgegeben, wobei noch einmal klar gestellt wurde, dass die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft für Unterlassungsansprüche nur dann besteht, wenn er überhaupt Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann.

8) Vgl etwa jüngst OGH 28.5.2002, 4 Ob 110/02 h.

9) Der Grund dafür liegt darin, dass die nach § 355 EO zu verhängende Beugestrafe selbst dann, wenn man ihr jeglichen pönalen Charakter abspricht, nicht zu rechtfertigen ist, wenn der Verpflichtete ohnedies alles unternommen hat, um Verstöße gegen den Titel zu verhindern, schlicht, weil der Wille des Unternehmers diesfalls nicht weiter zu beugen ist. Vgl dazu Oberhammer, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsexekution, MR 1992, 99 und OGH 11.3.1998, 3 Ob 2393/96 b, mwN.

10) OGH 11.2.1997, 4 Ob 20/92 mwN

Die Gehilfenhaftung ist also, anders als jene nach § 18 UWG, eine Haftung für eigenes Verhalten, weswegen zum einen das Unterlassungsbegehren auf die Beihilfehandlung zum Wettbewerbsverstoß zu beschränken ist, zum anderen der Gehilfe selbst alle subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen für einen Wettbewerbsverstoß erfüllen muss. Er selbst muss in der Absicht handeln, fremden Wettbewerb zu fördern,¹¹ und auch die subjektiven Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, soll ein gesetzwidriges Verhalten auch gegen § 1 UWG verstoßen, müssen beim Gehilfen selbst vorliegen.

Die Fallgruppen der Gehilfenhaftung sind weit gestreut: Als Gehilfe wurde etwa ein Reisebüroinhaber zur Verantwortung gezogen, der die Reisen eines Unternehmens organisierte, die dieses Unternehmen unter Verstoß gegen § 9a UWG veranstaltete,¹² ebenso wie ein Unternehmer, der ein Programm zur Beseitigung eines Kopierschutzes an der von einem Anderen entwickelten Software anbot.¹³ Zeitungsunternehmen, die Annoncen mit wettbewerbswidrigem Inhalt schalten, setzen sich der Gehilfenhaftung aus, ebenso wie Domain-Vergabestellen bei der Verletzung von Namens- und Kennzeichenrechten oder Linksetzer im Internet, wenn die verlinkte Seite wettbewerbswidrige Inhalte aufweist.

Die Gehilfenhaftung kann gerade im konsumentenschutzpolitischen Umfeld nutzbar gemacht werden: Häufig steht man vor der Situation, dass man aus konkreten Beschwerden oder eigener Wahrnehmung Kenntnis von evident wettbewerbswidrigem Verhalten erlangt, aber aufgrund des Zusammenspiels zahlreicher Unternehmen, unter denen Werbung und Warenvertrieb aufgeteilt ist, den unmittelbaren Störer schlicht nicht ermitteln kann. So ist es etwa im Versandhandel mit Verzehrprodukten üblich geworden, Werbeinserate zu schalten, die keinen Hinweis auf das versendende Unternehmen, sondern lediglich eine Telefonnummer für die Bestellungen angeben. Über die Telefonnummer wird man meist zu einem Call-Center geroutet, das Anrufe für zahlreiche Unternehmen entgegen nimmt und bei dem man in aller Regel telefonisch nicht erfahren kann, von welchem konkreten Anbieter ein bestimmtes Produkt stammt. Der Versand wird über ein Postfach abgewickelt, dessen Inhaber wieder ein anderes Unternehmen ist und das Postfach vielen Nutzern zur Verfügung stellt, sodass auch dort die Feststellung des unmittelbaren Störers nicht möglich ist. Statt dessen kann man sich allerdings an das Zeitungsunternehmen, den Betreiber der Mehrwertnummer und den Postfachinhaber wenden und sie unter Androhung, sie selbst als Gehilfen wettbewerbsrechtlich in Anspruch zu nehmen, auffordern, den unmittelbaren Störer zu nennen und überdies jegliche Mitwirkung am wettbewerbswidrigen Verhalten zu unterlassen.

Die Aufforderung an den potenziellen Gehilfen sollte fundiert sein: Wie schon oben dargestellt setzt die Gehilfenhaftung die Erfüllung sämtlicher subjektiver Tatbestandsmerkmale beim Gehilfen selbst voraus. Insbesondere das vom Kläger zu beweisende Tatbestandsmerkmal der bewussten Förderung der Wettbewerbsverletzung durch den Dritten könnte problematisch werden, wenn der Kläger nicht beweisen kann, dass dem Gehilfen die wettbewerbswidrige Handlung tatsächlich bekannt war. Die Gehilfenhaftung setzt auch die Kenntnis sämtlicher Umstände, die nicht nur die Wettbewerbs- sondern auch die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens begründen, voraus, sodass auch all diese Umstände dem Gehilfen zur Kenntnis gebracht werden sollten.¹⁴

11) Diese Absicht ist in der Regel nicht zu vermuten, sondern vom Kläger zu beweisen, sofern nicht eine typisch auf die Förderung fremden Wettbewerbs gerichtete Verhandlung vorliegt.

12) OGH in ÖBI 1975, 81.

13) OGH in ÖBI 1989, 139; hier mit der Begründung, die missbräuchliche kommerzielle Ausnützung des Programmes sei gerade zu typischer Verwendungszweck, das wettbewerbswidrige Verhalten, nämlich die sittenwidrige unmittelbare Leistungsübernahme würde durch den Vertrieb der Software überhaupt erst ermöglicht.

14) Vgl etwa OGH 11.2.1997, 4 Ob 20/97 p: „Der Gehilfe fördert den Täter nur dann bewusst, wenn er den Sachverhalt kennt, der den Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens begründet. Seine Kenntnis, dass das Verhalten gesetzwidrig ist, ist keine Voraussetzung des wettbewerbswidrigen Handelns. Der Gehilfe kann sich daher zwar auf die Vertretbarkeit seiner Rechtsansicht berufen, nicht aber darauf, dass er die Rechtslage nicht gekannt hat und sich auch durch zumutbare Anstrengungen die notwendige Kenntnis nicht hätte verschaffen können.“

Setzt der über alle notwendigen Umstände in Kenntnis gesetzte Gehilfe sein unterstützendes Verhalten fort, so kann gegen ihn mit Unterlassungsklage vorgegangen werden; fraglich ist seine Passivlegitimation, wenn er das inkriminierte Verhalten einstellt, den unmittelbaren Störer aber nicht nennt. Solange dieser seine Wettbewerbsverstöße fortsetzt, wird man dem Gehilfen eine Beihilfehandlung eventuell auch aufgrund der Nichtnennung unterstellen können. Eine Rechtssprechung zu dieser Frage liegt aber – soweit überblickbar – nicht vor.

Die Aufklärung des Gehilfen über das – von ihm unterstützte – wettbewerbswidrige Verhalten des unmittelbaren Störers ist mE auch in einem allfälligen Exekutionsverfahren unverzichtbar: Stellt man nach Erwirkung eines Titels gegen den Gehilfen, mit dem ihm die weitere Beihilfe an der wettbewerbswidrigen Handlung untersagt wird, fest, dass diese Handlung fortbesteht bzw wiederholt wird, und liegt die titelwidrige Mitwirkung des Gehilfen nicht klar auf der Hand, liefe man ansonsten Gefahr, eine – vermutlich erfolgreiche – Impugnationsklage des Gehilfen zu provozieren, in der er nur dartun muss, vom Verstoß des unmittelbaren Täters keine Kenntnis gehabt zu haben. Rechtlich hätte dies nämlich zur Folge, dass damit die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, und mit ihr ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des Wettbewerbsverstoßes entfiel, sohin gar kein titelwidriges Verhalten vorläge.¹⁵

Die Gehilfenhaftung stellt also ein wirksames Instrumentarium zur Verfügung, wettbewerbswidriges Verhalten von Personen, die ihre Identität planmäßig verschleiern, um sich vor Unterlassungsansprüchen zu schützen, zu unterbinden. Gerade auf die Vorbereitung der Geltendmachung eines solchen Anspruches muss allerdings besonderes Augenmerk gelegt werden, um im Unterlassungsprozess gegen den Gehilfen zu obsiegen.

15) Zur Überlegung, dass die Unterlassungsexekution einen zumindest fahrlässig verschuldeten Verstoß gegen den Titel voraussetzt, muss man daher gar nicht mehr greifen.

3. DIE ÄNDERUNGEN DER WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN

3.1. Europäische Union

3.1.1. Die Reform des Europäischen Wettbewerbsrechts (Verordnung Nr 17) und ihre Auswirkungen auf Österreich

Helmut Gahleitner

Verordnung Nr 17 („Wettbewerbsverordnung“) verabschiedet – Neue Durchführungsverordnung Nr 17 tritt mit 1. Mai 2004 in Kraft

Seit Beginn der europäischen Integration nimmt die Wettbewerbspolitik der Europäischen Union eine zentrale Bedeutung ein. Das Regelwerk zur Sicherung fairer Wettbewerbschancen für alle Marktteilnehmer und Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs im Binnenmarkt umfasst eine Kartell-, Fusions- und Beihilfenkontrolle. Die nunmehr verabschiedete Reform betrifft das klassische Wettbewerbsrecht zum Kartell- und Missbrauchsverbot. Bis zuletzt war die Reform heftig umstritten, wird doch damit ein Systemwechsel vollzogen, dessen Folgen weder für die europäische Wettbewerbspolitik im Allgemeinen noch für nationale Kartellbehörden und Gerichte im Besonderen abschätzbar sind. Der nachfolgende Beitrag soll die Kernpunkte der im Dezember 2002 verabschiedeten neuen Durchführungsverordnung Nr 17 zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag (EG-V) darstellen und versucht eine erste Einschätzung der Auswirkungen auf die Arbeitsweise der nationalen Behörden und Gerichte.¹⁶ Die Verordnung tritt mit Wirkung 1. Mai 2004 in Kraft.

1. Einleitung

Kartelle, insbesondere Preis- und Gebietsabsprachen, sind die volkswirtschaftlich schädlichste Form von Wettbewerbsbeschränkungen und gehen fast immer zulasten der Endverbraucher. Kartelle behindern zudem die Investitionsbereitschaft und damit die Innovation und das Wachstum einer Volkswirtschaft. Wettbewerbsbeschränkende Verträge und Verhaltensweisen (Kartelle) sind deshalb grundsätzlich verboten und nichtig (Art 81 Abs 1 EG-V). Dasselbe Verbotprinzip gilt für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EG-V).

16) Die AK hat sich im Rahmen ihrer Wettbewerbsberichte bereits mehrmals mit diesem Thema beschäftigt: RA Dr Georg Legat: „Bedeutung und Auswirkungen des Entwurfes einer neuen Durchführungsverordnung zu den europäischen Wettbewerbsregeln für das österreichische Kartellrecht und die österreichische Kartellrechts-Vollzugsstruktur“, in: „Wettbewerbsbericht der AK Wien 2001, Teil 1“, S 6 ff; Gerhard Pleschiutschnig: „Mögliche wettbewerbspolitische Strategien der Europäischen Union“, in: „Wettbewerbsbericht der AK Wien 2000, Teil 1“, S 12 ff.

Unter bestimmten Voraussetzungen, die in Art 81 Abs 3 EG-V¹⁷ festgelegt sind, kann nach geltender Rechtslage die Kommission auf Antrag eine Freistellung vom Verbotsprinzip erlassen. Das Freistellungsmonopol der Kommission sicherte eine kohärente Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln und war Grundlage für die Entwicklung einer europäischen Wettbewerbskultur. Verankert wurde das Freistellungsmonopol der Kommission in Art 9 der ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-V aus dem Jahr 1962 (VO 17/62).

Im April 1999 legte die Kommission ein Weißbuch über die Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts vor. Im Weißbuch der Kommission wurde einerseits auf die Schwächen der geltenden Verordnung Nr 17/62, die auf ein zentralisiertes Anmelde- und Genehmigungsverfahren in Bezug auf Art 81 Abs 3 abstellt, verwiesen, andererseits auf die neuen Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion (zB Bekämpfung besonders schädlicher Kartelle, EU-Osterweiterung) aufmerksam gemacht. Die Kommission betonte, dass es in den letzten 37 Jahren im Zusammenhang mit der Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag nur in neun Fällen zu Untersagungen gekommen ist. Der Großteil der jährlich etwa 220 Anmeldungen wird über so genannte Verwaltungsschreiben (comfort-letter) erledigt, die rechtlich zwar unverbindlich sind, den Unternehmen aber dennoch eine gewisse Rechtssicherheit geben. Nur 5 bis 10 Freistellungsentscheidungen werden jährlich von der Kommission erlassen.

Das gegenwärtige System sei daher viel zu aufwendig und kostenintensiv und könne keinen wirksamen Schutz des Wettbewerbs mehr gewährleisten, weil wirklich schädliche Vereinbarungen ohnehin nicht angezeigt würden. Es gilt daher, die vorhandenen Ressourcen auf so genannte „Hardcore-Kartelle“ zu konzentrieren und die Zusammenarbeit zwischen Kommission und Mitgliedstaaten zu intensivieren. Außerdem sei es im Hinblick auf die bevorstehende Osterweiterung ohnehin unmöglich, weiterhin ein bei der Kommission zentriertes Anmelde- und Genehmigungssystem im Zusammenhang mit Art 81 Abs 3 EG-V aufrecht zu erhalten.

Die Kommission kommt im Weißbuch – nicht unerwartet – zum Ergebnis, dass das gegenständliche Verbotsprinzip mit Genehmigungsvorbehalt den neuen Herausforderungen nicht mehr Rechnung trägt und schlägt einen Systemwechsel vor, wonach das bisherige Anmelde- und Freistellungssystem von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Verhaltensweisen (Kartellen) zugunsten einer Missbrauchsaufsicht abgeschafft und gleichzeitig eine dezentrale Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag durch die Mitgliedstaaten ermöglicht werden soll. Auf der Grundlage des Weißbuchs hat die EU-Kommission einen Neuentwurf der Verordnung zur Durchführung der in den Art 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln vorgelegt (VO Nr 17/62).

Obwohl der neu eingeschlagene Weg von Beginn an vielfach kritisiert wurde, und insbesondere Deutschland starken Widerstand leistete, konnte die Kommission ihr Reformvorhaben im Wesentlichen umsetzen. Mit Zielstrebigkeit und Ausdauer hat die Kommission ihre Kritiker überzeugt, sodass der Rat der Europäischen Union die neue Verordnung 17 im Dezember 2002 nach knapp 4-jährigen Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten und nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses erlassen hat.

17) Nach Art 81 Abs 3 EG-V kann das grundsätzliche Kartellverbot dann für nicht anwendbar erklärt werden, wenn die Vereinbarung in der Folge a) zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung führt, oder b) zum technischen bzw wirtschaftlichen Fortschritt beiträgt, oder c) die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt werden.

2. Eckpunkte der EU-Wettbewerbsrechtsreform

Die neue EG-Verordnung Nr 17, die umfassende verfahrensrechtliche Änderungen beinhaltet, zeichnet sich durch folgende Eckpunkte aus:

- A) Legalausnahme statt Anmelde- und Genehmigungssystem
- B) Dezentralisierung der Kontrolle statt Freistellungsmonopol der Kommission
- C) Sicherstellung der Kohärenz der Entscheidungen
- D) Stärkere ex-post-Kontrolle durch umfangreiche Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen

Zu A: Legalausnahme statt Anmelde- und Genehmigungssystem

Bereits im Vorfeld der Einführung der Verordnung 17 im Jahr 1962 wurde insbesondere zwischen Deutschland und Frankreich heftig darüber diskutiert, ob das von Deutschland bevorzugte Verbotprinzip mit Genehmigungsvorbehalt oder das von Frankreich bevorzugte System der Legalausnahme zur Anwendung kommen soll. Deutschland hat sich damals mit den Argumenten der Schaffung von Rechtssicherheit und der mangelnden praktischen Erfahrung in Bezug auf die Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V durchgesetzt.

Mit der neuen Verordnung 17 verabschiedet sich die Gemeinschaft nicht direkt vom Verbotprinzip; Art 81 und Art 82 EG-V, die das Kartellverbot bzw Missbrauchsverbot per se festschreiben, bleiben weiterhin aufrecht. Das revolutionär Neue ist, dass nunmehr auch Art 81 Abs 3 EG-V, der die Ausnahme vom Kartellverbot regelt, unmittelbar zur Anwendung kommt. Das bedeutet, dass die Unternehmen nach In-Kraft-Treten der Verordnung auf Grundlage von Präzedenzfällen, Judikatur oder Bekanntmachungen der EU-Kommission selbst entscheiden müssen, ob ihre Vereinbarung unter die Ausnahmebestimmung des Art 81 Abs 3 EG-V fällt, bzw ob ihre Vereinbarung durch eine Gruppenfreistellung freigestellt ist oder nicht.

Es soll nur noch nachträglich kontrolliert werden, ob die Wettbewerbsvorschriften eingehalten worden sind. Aus der heutigen ex-ante-Kontrolle mit Freistellungsmonopol der Kommission, wird eine ex-post-Kontrolle, in die auch die Mitgliedstaaten eingebunden sind (siehe Punkt B). Das bisherige System des Kartellverbots mit Genehmigungsvorbehalt wird ersetzt durch ein Kartellverbot mit Legalausnahme, sodass es in Zukunft keine Anmeldungen und auch keine Einzelfreistellungen oder so genannte „comfort-letter“ mehr geben wird.

Die Zulässigkeit der unmittelbaren Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V wird ua mit Art 83 EG-V begründet, wonach bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen ist. Das geltende System – insbesondere nach Verwirklichung der Osterweiterung – kann diesen Zielsetzungen nicht mehr entsprechen und bedarf schon deshalb einer Reformierung. Die EU-Kommission erwartet sich vom neuen System eine deutliche Arbeitsverminderung und damit mehr Zeit zur Verfolgung von wirklich schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen.

Dieser Systemwechsel ist wettbewerbspolitisch nicht unumstritten. Einerseits kritisieren die Unternehmensverbände vor allem die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit, weil letztlich jeder Fall anders ist und deshalb eine unternehmensinterne Beurteilung über die Rechtmäßigkeit einer Vereinbarung oftmals nur eingeschränkt möglich ist, andererseits erfahren die Kartellbehörden de facto nichts mehr. Es fehlt die Transparenz für betroffene Dritte, Konkurrenten, Zulieferer, Abnehmer und Konsumenten. Selbst das von Deutschland – und in abgeschwächter Form auch von Österreich – geforderte Register, in das Unternehmen bestimmte Formen von Vereinbarungen hätten eintragen

sollen, fehlt in der nun verabschiedeten Fassung. Gerade bei sich neu entwickelnden Branchen bzw Unternehmensbereichen, wo weder die Kommission noch die nationalen Wettbewerbsbehörden über Erfahrungen verfügen, wäre die Einrichtung eines Registers jedenfalls begrüßenswert gewesen. Es sind daher Transparenzverluste zu befürchten. Für die Unternehmen werden sich die Kosteneinsparungen durch den Wegfall der Anmeldepflicht in Grenzen halten, weil die von Unternehmen gewünschte Rechtsicherheit künftig noch mehr von der Qualität der Rechtsberatung abhängig sein wird. Anspruch auf einen Negativattest, das heißt auf eine Feststellung, ob gegen eine Vereinbarung wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen, werden Unternehmen künftig nicht mehr haben.

Die Kommission ist bemüht, durch den verstärkten Einsatz von Gruppenfreistellungen, Bekanntmachungen, Guidelines (zB de-minimis-Regelung) und von so genannten „written opinions“ die gewünschte Klarheit für die Bewertung von Kartellabsprachen zu schaffen. „Written opinions“ oder Mitteilungen der Kommission haben allerdings rechtlich keine Bindungswirkung, und es liegt zudem im freien Ermessen der Kommission, ob sie das Instrument einsetzen will. Letztlich werden alle vorgeschlagenen Maßnahmen den Unternehmen aber nur eine begrenzte Rechtsicherheit geben können. Dies könnte gerade für die neuen Beitrittsländer zu größeren Problemen führen. Die neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind daher besonders aufgefordert, durch umfassende, unternehmensbezogene Aufklärungsarbeit für die notwendige Sensibilität betreffend die Einhaltung der EU-Wettbewerbsregeln zu sorgen.

Die Arbeiterkammer hat in ihren Stellungnahmen an die EU-Kommission auf diese Probleme hingewiesen und als Alternative die Einschaltung der nationalen Kartellbehörden in das Anmelde- und Freistellungsverfahren nach Art 81 Abs 3 EG-V vorgeschlagen. Die zur Sicherstellung einer kohärenten Anwendung des Gemeinschaftsrechts notwendige Kontrolle durch die EU-Kommission ist auch im neuen System – wie in Punkt C ausgeführt – unerlässlich, sodass der Alternativvorschlag diesbezüglich keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursacht hätte. Zumindest hätte ein Genehmigungssystem für langfristige und investitionsintensive Kooperationsvereinbarungen (zB Produktionsgemeinschaftsunternehmen) aufrechterhalten werden sollen, weil hier zumeist großer Kapitaleinsatz notwendig ist und daher Rechtsicherheit für die Unternehmen von großer Bedeutung ist. Der Europäische Rat hat die konsequente Linie der Kommission in Richtung eines umfassenden Legalausnahmesystems letztlich aber gut geheißt.

Zu B) Dezentralisierung der Kontrolle statt Freistellungsmonopol

Als zweite wesentliche Neuerung gegenüber dem geltenden System ist die Dezentralisierung der Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V zu erwähnen. Während im geltenden System das Freistellungsmonopol nach Art 81 Abs 3 EG-Vertrag ausschließlich bei der Kommission konzentriert ist, sind die nationalen Gerichte und Behörden im Rahmen der neuen ex-post-Kontrolle eingebunden. Mit der neuen Verordnung 17 hat die Kommission somit ihr Freistellungsmonopol aufgegeben und die nationalen Gerichte und Behörden zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag berechtigt.¹⁸ Durch die damit verbundene volle Einbeziehung der nationalen Gerichte und Behörden der einzelnen Mitgliedstaaten in den Vollzug der EU-Wettbewerbsregeln soll nach Ansicht der Kommission der Wettbewerbsschutz effizienter und kostengünstiger sichergestellt werden.

Die Organisation der nationalen Wettbewerbsbehörde überlässt die Kommission den Mitgliedstaaten. Zwei Modelle sind denkbar: 1. Einheitliche Behörde mit Aufgriffs- und Entscheidungskompetenz;

18) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind die Mitgliedstaaten bereits jetzt befugt, Artikel 81 Abs 1 und Artikel 82 des Vertrages direkt anzuwenden.

2. Trennung von Aufgriffs- und Entscheidungsbehörde, wobei als Entscheidungsbehörde Gerichte oder ein Tribunal eingerichtet werden können. In Österreich amtieren das Kartellgericht, das Kartellobergericht und die seit 1. Juli 2002 eingerichtete Wettbewerbsbehörde als nationale Behörden. Als nationale Gerichte gelten die Zivilgerichte (zB Bezirksgerichte, Handelsgerichte), die im Rahmen von zwischenstaatlichen Wettbewerbsverstößen vorwiegend Schadenersatzfragen abzuklären haben.

Die Verfolgung von horizontalen Kartellverstößen (Art 81 Abs 1 EG-V) bzw Marktmachtmissbrauch (Art 82) wird trotz der neu eingeführten Beweislastumkehr in Art 2 der VO¹⁹ weiterhin primär den Kartellbehörden vorbehalten sein, weil der Nachweis der Marktbeherrschung oder der Nachweis einer horizontalen Absprache in Zivilverfahren nur schwer darstellbar ist. Außerdem wird es für geschädigte Dritte außerordentlich schwierig bleiben, angebotene Beweise der Gegenseite im Rahmen eines Zivilprozesses zu erschüttern. Das Kostenrisiko bleibt für Dritte demnach außerordentlich hoch.

Kritiker des neuen Systems haben besonders auf die Befürchtung hingewiesen, dass bei einer dezentralen Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln die einheitliche Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln nicht gewährleistet werden kann, bzw dass insbesondere nationale Gerichte (zB Bezirksgerichte) bei einer direkten Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V überfordert seien. Ob die nachstehenden Maßnahmen zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung und Vollziehung ausreichend sind, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Die Kommission hat diesem Problem-bereich jedenfalls große Bedeutung beigemessen.

Zu C) Sicherstellung der Kohärenz der Entscheidungen

Es ist offensichtlich, dass eine Dezentralisierung des Europäischen Wettbewerbsrechts nur funktionieren kann, wenn sichergestellt wird, dass auch künftig eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet ist. Um die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft und das Funktionieren der beabsichtigten Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten sicherzustellen, wurden in die Verordnung folgende Regelungen aufgenommen:

Verhältnis zwischen EU-Recht und nationalem Recht

Grundsätzlich lässt Art 3 der VO weiterhin eine parallele Anwendung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht zu. Ist allerdings Zwischenstaatlichkeit gegeben, so sind die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte verpflichtet, auch die Art 81 und Art 82 EG-V anzuwenden. Es wird im Sinne der vom EuGH getroffenen Walt-Wilhelm-Entscheidung weiters klar gestellt, dass EU-Recht den Vorrang vor nationalen Regelungen hat. Dies bedeutet, dass die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen führen darf, die nach EU-Wettbewerbsrecht zu genehmigen sind. Betroffen davon sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind (Zwischenstaatlichkeit). Der Terminus „Beeinträchtigung des Binnenhandels“ erlaubt einen weiten Auslegungshorizont, sodass regelmäßig die meisten Vereinbarungen, auch wenn sie ausschließlich Unternehmen in einem Mitgliedstaat betreffen, diesem Kriterium unterliegen werden. De facto wird es durch die Verordnung mittelfristig zur weitgehenden Verdrängung des nationalen Kartellrechts kommen, wodurch die Gestaltungsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers massiv eingeschränkt wird.

19) Art 2 der VO: Die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art 81 Abs 1 oder Art 82 obliegt der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen. Es gilt somit der Grundsatz, dass jede Partei das zu beweisen hat, was sie zu ihren Gunsten geltend macht.

Die Forderung der Arbeiterkammer, den Begriff „Beeinträchtigung des Binnenhandels“ konkreter zu definieren, wurde nicht erfüllt. Die im Verordnungstext gewählte Formulierung nimmt somit weder Rücksicht darauf, ob eine Vereinbarung „spürbar“ ist, noch ob die Marktgegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten bzw in einzelnen Regionen eigenständige Regelungen notwendig machen. Die Erzielung einer einheitlichen Rechtsanwendung, sobald durch eine Vereinbarung der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein könnte, ließ keinen Raum für sinnvolle Abgrenzungen.

Kommission als einheitswahrende Kontrollinstanz

Art 16 der VO bestimmt, dass sich die Wettbewerbsbehörden bei den von ihnen erlassenen Entscheidungen an der Verwaltungspraxis der Kommission orientieren müssen. Es dürfen demnach keine Entscheidungen von Seiten der Behörden gefällt werden, die den bereits erlassenen Kommissionsentscheidungen zuwiderlaufen. Zur Sicherung der einheitlichen Anwendung des Rechts müssen die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gem Art 11 Abs 3 der VO die Kommission von der Einleitung eines Verfahrens nach Art 81 und 82 EG-V unterrichten. Diese Unterrichtung kann auch den Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zugänglich gemacht werden (Intranet). Spätestens 30 Tage vor Erlass einer Entscheidung muss die Wettbewerbsbehörde der Kommission eine Sachverhaltsdarstellung einschließlich aller entscheidungsrelevanten Akten übermitteln. Durch die vorzeitige Übermittlung der Entscheidungsgrundlagen kann die Kommission erforderlichenfalls ein eigenes Verfahren einleiten (Art 11 Abs 6 der VO) und es entfällt damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten.²⁰ Mit der jederzeitigen Möglichkeit einer eigenständigen Verfahrenseinleitung durch die Kommission soll die gewünschte kohärente Rechtsanwendung der europäischen Wettbewerbsregeln sichergestellt werden.

Die Kommission ist daher mehr als ein Kooperationspartner, sie ist den nationalen Wettbewerbsbehörden hierarchisch übergeordnet, und es können keine Entscheidungen der nationalen Behörden ohne Absegnung durch die Kommission getroffen werden. Ob dieses Verfahren die gewünschte Entlastung der Kommission bringt, was das eigentliche Ziel der Reform wäre, bleibt jedenfalls fragwürdig. Viele nationale Behörden sprechen deshalb nicht von einer Dezentralisierung, sondern von einer hierarchischen Zentralisierung, bei der die nationalen Wettbewerbsbehörden als vorbereitende Arbeitsebene oder als „Unterbehörden“ agieren. Weil eine solche Rolle verständlicherweise wenig geliebt wird, könnten Wettbewerbsbehörden schwierigere Fälle nicht mehr aufgreifen und die Beschwerdeführer entweder direkt nach Brüssel verweisen oder auf den wenig Erfolg versprechenden Zivilrechtsweg. Will die Kommission verhindern, dass zwischen ihr und den Mitgliedstaaten ein unerwünschtes Konkurrenzverhältnis entsteht, so muss sie in der Zeit bis zum In-Kraft-Treten der Reform jedenfalls vertrauensbildende Maßnahmen setzen.

Aufbau eines Behördennetzwerkes

Die Kommission und die Wettbewerbsbehörden sollen nach den Vorstellungen der Kommission gemeinsam ein Netz von Behörden bilden, das die EU-Wettbewerbsregeln in enger Zusammenarbeit anwendet. Informations- und Konsultationsverfahren sollen diesem Vorhaben dienen, wobei auch der Austausch vertraulicher Informationen zugelassen wird. Wie bereits oben ausgeführt, beruht der Informationsaustausch nicht immer auf Freiwilligkeit. Die nationalen Wettbewerbsbehörden werden vielmehr zur frühzeitigen Information und zur Konsultation der EU-Kommission verpflichtet. Die ausge-

20) Die Wirkung von Art 11 Abs 6 der VO erstreckt sich nicht auf Gerichte, die als Rechtsmittelinstanzen tätig werden. Demnach können Verfahren vor dem Kartellobergericht (2. Instanz) von der Kommission durch selbständige Verfahrenseinleitung nicht entzogen werden.

tauschten Informationen dürfen von der empfangenden Behörde auch als Beweismittel im Rahmen der Anwendung von Art 81 und 82 EG-V eingesetzt werden. Selbst bei paralleler Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts können die erlangten Informationen verwendet werden, sofern die Anwendung den gleichen Fall betrifft und nicht zu einem anderen Ergebnis führt. Richten sich die Beweismittel gegen natürliche Personen, so dürfen diese nur dann von der empfangenden Behörde verwendet werden, sofern sie hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen das gleiche Schutzniveau wie die übermittelnde Behörde gewährleistet. Jedenfalls untersagt ist es, auf Grundlage erhaltener Informationen Haftstrafen zu verhängen.

Der Informationsaustausch zwischen den Behörden ist für das Funktionieren einer dezentralen Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln natürlich wichtig. Es ist aber auch wichtig, dass vertrauliche Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden, bzw eine Akteneinsicht für Dritte ausgeschlossen wird. Diesbezüglich hat die Verordnung bedauerlicherweise keine Aussagen getroffen. Eine Klarstellung wäre durchaus angebracht gewesen. Die Erwartungen der Kommission in Bezug auf die Zusammenarbeit im Netzwerk sind sehr hoch. Wieweit die einzelnen Behörden mit der Kommission an einem Strang ziehen, lässt sich erst in einigen Jahren nach Einführung der Verordnung beurteilen. Die Einführung des Systems der Legalausnahme ist wettbewerbspolitisch daher jedenfalls ein riskantes Unterfangen.

Möglichkeit der Aussetzung und Einstellung des Verfahrens

Um Doppelgleisigkeiten zu vermeiden, können die Kommission und die Behörden ihr Verfahren aussetzen oder eine Beschwerde mit der Begründung zurückweisen, dass sich bereits eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates mit dieser Beschwerde befasst. Ziel ist es, dass jeder Fall nur von einer Behörde bearbeitet wird, um auf diese Weise eine optimale Verteilung der Fälle innerhalb des Netzwerkes zu gewährleisten. Darüber hinaus will man mit dieser Maßnahme Mehrfachbeschwerden in mehreren Mitgliedstaaten unterbinden.

Beratender Ausschuss

Der bereits in der geltenden Verordnung 17 eingerichtete Beratende Ausschuss, bestehend aus Vertretern der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, soll auch im neuen Verfahren eine wichtige Stellung einnehmen. Vor jeder Entscheidung hat die Kommission den Beratenden Ausschuss zu hören und die Stellungnahme des Ausschusses – so weit wie möglich – zu berücksichtigen. Angemessene Fristen (mindestens 14 Tage zwischen Einberufung und Sitzung) sichern eine sorgfältige Vorbereitung der Ausschussmitglieder. Der Beratende Ausschuss kann auch die Veröffentlichung der schriftlichen Stellungnahme unter Einhaltung der Geschäftsgeheimnisse empfehlen und somit zusätzlich für mehr Transparenz bei der Entscheidungsfindung sorgen.

Nach den Vorstellungen der Verordnung soll der Beratende Ausschuss neben der Erörterung von allgemeinen Fragen des Gemeinschaftsrechts überdies als Diskussionsforum für die von den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gerade bearbeiteten Fälle dienen, ohne dass er hierzu eine offizielle Stellungnahme abgibt.

Der Beratende Ausschuss könnte wesentlich dazu beitragen, dass ein funktionierendes Behördennetzwerk aufgebaut wird. Durch die regelmäßige Zusammenkunft der Behördenvertreter der Mitgliedstaaten können organisatorische Probleme diskutiert und die Netzwerkstruktur laufend optimiert werden. Voraussetzung ist freilich, dass die einzelstaatlichen Behördenvertreter guten Willens sind und auch die in den Ausschuss entsandten Personen über das notwendige organisatorische Know-how verfügen.

Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten

Urteile der nationalen Gerichte im Zusammenhang mit der Anwendung von Art 81 und Art 82 EG-V wirken nur „inter partes“ (auf den Einzelfall) und sind in Kopie der Kommission zu übermitteln.

Auch für Gerichte gilt gem Art 16 der VO, dass sie keine Entscheidungen erlassen dürfen, die zu den Entscheidungen der Kommission im Widerspruch stehen. Dies gilt auch für Entscheidungen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt. Erforderlichenfalls ist deshalb das vor dem nationalen Gericht anhängige Verfahren auszusetzen. Damit wird auf die EuGH-Entscheidung „Masterfoods“ aus dem Jahr 2000 Bezug genommen, wonach das nationale Gericht keine Entscheidung treffen darf, die im Widerspruch zu einer Kommissionsentscheidung steht. Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH nach Art 234 EG-V sind weiterhin möglich, wobei sich nach der neuen Verordnung die Frage stellt, in welchen Fällen eine Vorlage an den EuGH in Betracht kommen soll und was der EuGH dann zu prüfen hat.

Materiell kann die Kommission ein bei nationalen Gerichten anhängiges Verfahren nicht an sich ziehen, weil dies ein Verstoß gegen die Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte wäre. Die Kommission bietet den Gerichten aber einerseits Hilfestellung in Form von Stellungnahmen oder Übermittlung von Informationen an, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen, andererseits kann die Kommission – wenn es die kohärente Anwendung der Art 81 und 82 erfordert – aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen übermitteln. Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden können von sich aus den Gerichten ihres Mitgliedstaates schriftliche Stellungnahmen zur Anwendung der Art 81 und 82 EG-V übermitteln und mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts vor den Gerichten auch mündlich Stellung nehmen. Damit können den nationalen Gerichten komplexe ökonomische Analysen durch die Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden zur Verfügung gestellt werden.

Die beabsichtigte Zusammenarbeit zwischen Kommission, Behörden und Gerichten wird als „Amicus-curiae“ bezeichnet, welche dem österreichischen Recht grundsätzlich fremd ist und auch einen gewissen Eingriff in die Unabhängigkeit der Gerichte darstellt. Um die von vielen befürchtete Überforderung der Gerichte hinsichtlich der direkten Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V hintanzuhalten, erscheint die in der Verordnung verfolgte Kooperation allerdings zweckmäßig. Die Kommission fördert und finanziert zudem Projekte (Konferenzen, Tagungen, Lehrgänge) zur Ausbildung nationaler Richter im Europäischen Wettbewerbsrecht.

Positiventscheidungen

Von den diversen Entscheidungsarten der Kommission (Verbotsentscheidungen, Einstweilige Verfügungen, Entscheidungen mit Auflagen, Positiventscheidungen, Abweisen einer Beschwerde, Entzug einer GVO und Written Opinions, vgl Art 7 bis 10 der VO) ist im Zusammenhang mit der einheitlichen Vollziehung des Wettbewerbsrechts vor allem die Positiventscheidung oder Feststellung der Nichtanwendbarkeit relevant. In Ausnahmefällen, insbesondere in Bezug auf neue Formen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, deren Rechtslage noch ungeklärt ist, kann die Kommission von Amts wegen feststellen, dass Art 81 Abs 1 EG-V keine Anwendung findet. Voraussetzung hierfür ist ein berechtigtes öffentliches Interesse, individueller Anspruch auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit von Art 81 Abs 3 EG-V besteht nicht. Mit dieser Entscheidungsart, die deklaratorischen Charakter hat, kann die Kommission relativ rasch auf Neuerungen reagieren und frühzeitig Entscheidungsgrundlagen für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zur Verfügung stellen.

Zu D) Verbesserte ex-post-Kontrolle durch verstärkte Untersuchungsbefugnisse und Sanktionen

Im Rahmen der Neuorganisation des Wettbewerbsrechtsvollzugs wurden auch die Ermittlungsbefugnisse der Kommission wesentlich ausgeweitet. Begründet wird dies einerseits mit zunehmenden Schwierigkeiten, Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln aufzudecken, andererseits mit praktischen Erfahrungen aus der laufenden Tätigkeit, wie etwa das Aufbewahren von belastenden Dokumenten außerhalb von Unternehmensräumlichkeiten. Die Neuregelungen betreffen die Ausweitung der Zeugeneinvernahme, die Versiegelung von Unternehmen, die Nachprüfung in Privaträumen sowie die Amtshilfe.

Amtshilfe ist sowohl zwischen Kommission und einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörde als auch zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden vorgesehen. So ist gemäß Art 22 der VO die nationale Wettbewerbsbehörde nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts befugt, im Namen und für Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates alle Nachprüfungen zur Klärung eines Sachverhalts durchzuführen (zB Vorliegen eines Verstoßes gegen Art 81 Abs 1 EG-V). Durch die neu eingeführte zwischenstaatliche Amtshilfe sollten die nationalen Wettbewerbsbehörden mehr Möglichkeiten zur Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln erhalten. Für die Verwendung der ausgetauschten Informationen gilt ebenso Art 12 der VO, sodass diese als Beweismittel eingesetzt werden können. Auf Ersuchen der Kommission nehmen die nationalen Wettbewerbsbehörden überdies Nachprüfungen vor, bzw unterstützen die Kommissionsmitglieder bei ihren Untersuchungen. In Österreich erfolgt diese Aufgabe bereits jetzt durch die Bundeswettbewerbsbehörde, und diese wird auch künftig der Ansprechpartner für die Kommission und die anderen nationalen Wettbewerbsbehörden sein, wenngleich die Bundeswettbewerbsbehörde als Ermittlungs- und Antragsbehörde eingerichtet ist und die Entscheidungskompetenz dem Kartellgericht bzw Kartellobergericht obliegt.

Gemäß Art 20 der VO ist die Kommission nunmehr befugt, alle Vertreter oder Mitglieder der Belegschaft des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, die eventuell über sachdienliche Informationen verfügen, zu befragen und deren Aussagen zu Protokoll zu nehmen. Ferner dürfen die von der Kommission beauftragten Bediensteten im Zuge einer Nachprüfung für die hierfür erforderliche Zeit eine Versiegelung der Räumlichkeiten vornehmen. Nach den Erwägungsgründen zur Verordnung sollte die Dauer der Versiegelung in der Regel 72 Stunden nicht überschreiten.

Erstmals ist auch vorgesehen, dass Bedienstete der Kommission zum Betreten von Privatwohnungen befugt sind, sofern der Verdacht besteht, dass dort Geschäftsunterlagen aufbewahrt werden. Darunter fallen Wohnungen von Unternehmensleitern und Mitgliedern der Aufsichts- und Leitungsorgane sowie von sonstigen Mitarbeitern der betreffenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Auch wenn eine Entscheidung der Kommission auf Hausdurchsuchung nur mit der vorherigen Genehmigung des einzelstaatlichen Gerichts des betreffenden Mitgliedstaats vollzogen werden darf, so stellt dieser Reformschritt doch einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte dar. Denn das einzelstaatliche Gericht darf weder die Notwendigkeit der Nachprüfung in Frage stellen, noch die Übermittlung der in den Akten der Kommission enthaltenen Informationen verlangen. Das Gericht prüft lediglich die Echtheit der Entscheidung der Kommission und stellt fest, dass die beabsichtigten Zwangsmaßnahmen weder willkürlich noch unverhältnismäßig sind. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ist dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten und erfolgt natürlich erst im Nachhinein. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Kommission zur Erfüllung eines Nachprüfungsauftrags Unterstützung benötigt (zB Polizeikräfte), dessen Genehmigung ebenfalls gerichtlich einzuholen ist. Von einer Versiegelung der Privatwohnungen wurde letztlich Abstand genommen.

Natürlich hat sich die Arbeiterkammer gegen die Einbeziehung der Arbeitnehmer eines Unternehmens in die Ermittlungsbefugnisse der Kommission ausgesprochen und gefordert, derartige Maßnahmen auf die leitenden Organe eines Unternehmens zu beschränken. Leider ohne Erfolg. Ziel aller Neuregelungen ist es, die Effizienz der Ermittlungsbefugnisse zu erhöhen und gleichzeitig einen gewissen Abschreckungseffekt zu erzielen.

Ein Abschreckungseffekt soll letztlich auch durch die strengeren Sanktionsmaßnahmen erzielt werden. In Verbindung mit der Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse wurden auch die Geldbußen für Verstöße gegen die Nichteinhaltung der Verfahrensvorschriften erhöht. So kann die Kommission bei unrichtigen, irreführenden Angaben oder bei nicht fristgerechter Auskunftserteilung Geldbußen von bis zu 1% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes verhängen. Die Zwangsgelder zur Durchsetzung von Kommissionsentscheidungen (zB Auskunftserteilung, Durchführung von Nachprüfungen, Einhaltung von Verpflichtungszusagen und Einstweiligen Verfügungen) betragen für jeden Tag des Verzuges bis zu 5% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten durchschnittlichen Tagesumsatzes. Neu ist weiters, dass die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung für die gegen eine Unternehmensvereinigung ausgesprochene Geldbuße haften, sofern die Unternehmensvereinigung selbst nicht zahlungsfähig ist. Die finanzielle Haftung eines Unternehmens ist allerdings begrenzt mit höchstens 10% des im Vorjahr erzielten Gesamtumsatzes. Die Geldbußen für Verstöße gegen das EU-Wettbewerbsrecht betragen – wie bisher – bis zu 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes.

3. Einschätzung der Auswirkungen der Durchführungsverordnung Nr 17 auf Österreich

Die Verordnung erlaubt zwar weiterhin die Anwendung des nationalen Kartellrechts, die getroffenen Regelungen zum Verhältnis zwischen nationalem Kartellrecht und EU-Recht bei Zwischenstaatlichkeit führen aber mittelfristig de facto zur Verdrängung des österreichischen Kartellrechts. Vor allem wird der sehr weite Auslegungshorizont über die Frage der Zwischenstaatlichkeit im Regelfall eine parallele Anwendung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht zur Folge haben. Dies trifft insbesondere kleine Volkswirtschaften, wie Österreich, weshalb der Einfluss des nationalen Kartellrechts spürbar abnehmen wird. Der österreichische Gesetzgeber verliert dadurch jedenfalls Gestaltungsmöglichkeiten in der Wettbewerbspolitik.

Mit der Novellierung des österreichischen Kartellrechts im Jahr 2002, bestehend aus der Kartellgesetznovelle 2002 und der Errichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), wurden wichtige Voraussetzungen im Hinblick auf das In-Kraft-Treten der neuen Durchführungsverordnung 17 geleistet. Österreich verfügt seit dem 1. Juli 2002 über eine weisungsfreie, unabhängige Bundeswettbewerbsbehörde, die als Aufgriffs- und Ermittlungsbehörde mit umfangreichen Ermittlungsbefugnissen ausgestattet ist, und weiterhin über ein Kartellgericht bzw Kartellobergericht, die als Entscheidungsinstanzen agieren. Wengleich die österreichische Struktur einer nationalen Wettbewerbsbehörde (Behörde und Gericht) größere Anforderungen an die Organisation und den Verfahrensablauf stellt, und womöglich etwas weniger flexibel als eine einheitliche Aufgriffs- und Entscheidungsbehörde, wie etwa das deutsche Bundeskartellamt, agieren kann, so ist diese Organisationsform dennoch nach der Durchführungsverordnung zulässig (Art 36 der VO).

Wichtigster Ansprechpartner für die EU-Kommission und die anderen Behörden der Mitgliedstaaten wird die Bundeswettbewerbsbehörde sein. Gem § 3 WettbG ist die Bundeswettbewerbsbehörde die für die Durchführung der Europäischen Wettbewerbsregeln zuständige österreichische Behörde.

Es obliegt ihr insbesondere die Unterstützung der Kommission, aber auch der übrigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten. Daneben wird auch das Kartellgericht mit den übrigen Behörden verstärkt einen Informationsaustausch pflegen müssen. Wenngleich das WettbG in § 10 die Zusammenarbeit grundsätzlich eröffnet, so müssen doch bis zum In-Kraft-Treten der Verordnung im Mai 2004 die notwendigen technischen Voraussetzungen geschaffen werden (zB Intranet). Zur Sicherstellung der notwendigen Kohärenz der EU-Wettbewerbsregeln bedarf es auch einer besseren technischen Ausstattung der Kartellgerichte.

Die Bundeswettbewerbsbehörde ist selbst nicht entscheidungsbefugt, weshalb negative Auswirkungen auf die Zusammenarbeit mit den anderen Behörden befürchtet werden. Darüber hinaus neigen Gerichte aufgrund ihres Selbstverständnisses weniger zu Zusammenarbeit und Kooperation als Behörden. Es gibt deshalb immer wieder Stimmen, die die derzeitige Institutionenstruktur in einem dezentralen europäischen Wettbewerbssystem als überholt bezeichnen und eine Lösung analog dem deutschen Kartellamt vorschlagen.

Es sollte nach Ansicht der Bundesarbeitskammer die gegenwärtige Organisationsstruktur, die EU-konform ist, und durch die Trennung von Aufgriffs- und Entscheidungsbehörde klare rechtsstaatliche Vorteile hat, nicht in Frage gestellt werden. Notwendig wäre es jedoch, verfahrensrechtliche Anpassungen zu überlegen, die eine bessere Koordinierung zwischen Kartellgericht und Amtsparteien sicherstellen und dadurch auch eine funktionierende Zusammenarbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden (Kartellgericht, Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt) mit der Europäischen Kommission und den anderen Mitgliedstaaten gewährleisten. Eine grundlegende Neuordnung der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit wäre nur dann zu diskutieren, wenn künftig tatsächlich größere Probleme bei der Umsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts entstehen würden.

Die Bundeswettbewerbsbehörde, die bereits jetzt die Tätigkeit im Beratenden Ausschuss wahrnimmt, muss jedenfalls mit wachsendem Arbeitsanfall rechnen. Bereits jetzt wird von Seiten der Bundeswettbewerbsbehörde auf die knappe Personalausstattung hingewiesen. Gleichzeitig beschäftigt sich eine Reihe von Institutionen mit wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen (Regulatoren, Bundesvergabeamt, Wettbewerbskommission). Es wird daher eine sehr wichtige Aufgabe der Bundeswettbewerbsbehörde sein, die vorhandenen Ressourcen richtig zu nutzen. Mittelfristig ist jedenfalls die Machbarkeit der Zusammenlegung der verschiedenen Wettbewerbseinrichtungen unter dem Dach der Bundeswettbewerbsbehörde zu prüfen. Nur dadurch könnten die Synergiepotentiale optimal genutzt werden. Ziel sollte es sein, vor weiteren Personalaufstockungen alle vorhandenen Restrukturierungsmöglichkeiten zu nutzen.

Materiellrechtlich gilt es insbesondere zu analysieren, inwieweit sich die Einführung des Legalausnahmesystems auf europäischer Ebene auf das in Österreich geltende Genehmigungssystem von Kartellen auswirkt. Außerdem sollten Anpassungen im Bereich der Kontrolle von Marktmachtmissbrauch geprüft werden. Während etwa nach österreichischem Kartellrecht die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs voraussetzt, dass dieser zum Zeitpunkt der Entscheidung noch andauert, kann nach der Durchführungsverordnung Nr 17 Missbrauch auch festgestellt werden, wenn dieser zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr vorliegt. Eine nationale Regelung analog zur Verordnung wäre hier besonders wünschenswert.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich hinsichtlich der Reformbestrebungen des EU-Wettbewerbsrechts die EU-Kommission mit ihren Anliegen überwiegend durchgesetzt hat. Ab 1. Mai 2004 wird das gegenwärtige Anmelde- und Genehmigungssystem im Rahmen der Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-V durch ein System der Legalausnahme ersetzt werden. Die Unternehmen werden dann verpflichtet sein, Art 81 Abs 3 EG-V direkt anzuwenden. Anmelde- und Genehmigungsvoraussetzungen fallen somit weg. Weiters gibt die EU-Kommission ihr Freistellungsmonopol auf. Künftig werden auch die nationalen Behörden und Gerichte in den Vollzug des EU-Wettbewerbsrechts nach Art 81 Abs 3 EG-V eingebunden sein. Zur Sicherstellung einer einheitlichen Gesetzesanwendung und der Kohärenz der Entscheidungen wurde eine Reihe von Kohärenz-Regeln geschaffen. Neben einer engen Zusammenarbeit zwischen EU-Kommission und nationalen Behörden, ist insbesondere der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem Recht bei Zwischenstaatlichkeit hervorzuheben. Die EU-Kommission kann überdies ein eigenes Verfahren einleiten und damit die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden aufheben. Bessere Untersuchungsbefugnisse und Sanktionsmöglichkeiten der EU-Kommission sollen dazu beitragen, eine stärkere ex-post-Kontrolle zu ermöglichen und das Aufgreifen von schweren Wettbewerbsverstößen („Hard-Core-Kartellen“) zu erleichtern.

Österreich hat mit der Novellierung des österreichischen Kartellrechts im Jahr 2002, bestehend aus der Kartellgesetznovelle 2002 und der Errichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), wichtige Voraussetzungen im Hinblick auf das In-Kraft-Treten der neuen Durchführungsverordnung 17 geschaffen. Die österreichische Vollzugsorganisation des Kartellrechts ist jedenfalls EU-konform, wenngleich verfahrensrechtliche Optimierungen überlegt werden sollten. Denn nur, wenn die Zusammenarbeit zwischen den österreichischen Institutionen untereinander und im Verhältnis zur Europäischen Kommission und zu den anderen Mitgliedstaaten funktioniert, wird das komplexe System Bestand haben.

Außerdem sollte die Durchführungsverordnung Nr 17 zum Anlass genommen werden, im Bereich der nationalen Missbrauchskontrolle Regelungen analog zum europäischen Recht einzuführen.

Der sehr weite Auslegungshorizont zur Frage der Zwischenstaatlichkeit wird vor allem kleine Volkswirtschaften wie Österreich treffen. Im Regelfall wird Zwischenstaatlichkeit vorliegen und es deshalb zu einer parallelen Anwendung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht kommen. Da das Gemeinschaftsrecht Vorrang gegenüber dem nationalen Kartellrecht genießt, wird der Einfluss des nationalen Kartellrechts spürbar abnehmen. Der österreichische Gesetzgeber verliert daher mittelfristig jedenfalls Gestaltungsmöglichkeiten in der Wettbewerbspolitik.

3.1.2. Vorschläge für eine neue Fusionskontrollverordnung

EU-Kommission legt Vorschläge für eine neue Fusionskontrollverordnung vor – eine Bewertung aus Sicht der Arbeiterkammer

Helmut Gahleitner

Die EU-Fusionskontrolle gehört neben der Kartell- und Beihilfenkontrolle zu den „Herzstücken“ der europäischen Wettbewerbspolitik. Nach Abschluss der umfassenden Reform auf dem Gebiet des klassischen Wettbewerbsrechts, die in einer neuen Durchführungsverordnung Nr 17 zu Art 81 und Art 82 EG-Vertrag (EG-V) mündete,²¹ will die Kommission nunmehr die Fusionskontrollverordnung (4069/89) novellieren. Bereits im Dezember 2001 präsentierte die Kommission daher ein Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung. Aufbauend auf den Stellungnahmen zum Grünbuch legte die Kommission im Dezember 2002 Änderungsvorschläge zur Fusionskontrolle vor. Inhaltlicher Schwerpunkt der geplanten Novellierung ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Kartellbehörden und Kommission im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle. Materiell-rechtliche Fragen, wie etwa die Klärung des Begriffs der Marktbeherrschung sowie verfahrensrechtliche Fragen (zB Fristenregelung) sind des Weiteren Gegenstand der Änderungsvorschläge. In Ergänzung zu den materiell-rechtlichen Änderungsvorschlägen hat die Kommission überdies einen Mitteilungsentwurf über die Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse vorgelegt. Die Darstellung der Kommissionsvorschläge einschließlich des Mitteilungsentwurfs sowie eine Bewertung aus Sicht der Arbeiterkammer sind Inhalt dieses Beitrags.

1. Optimierung der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden

Das Grünbuch und die dazu bei der Kommission eingegangenen Stellungnahmen bescheinigen der geltenden Fusionskontrollverordnung²² grundsätzlich erfolgreich zu sein, wenngleich das jetzige System in einigen Punkten verbesserungswürdig ist. Insbesondere das Problem der so genannten Mehrfachanmeldungen, dh der Notwendigkeit ein Zusammenschlussvorhaben in mehreren Mitgliedstaaten gleichzeitig genehmigen zu lassen, ist bislang noch nicht zufrieden stellend gelöst worden. Die im Rahmen der ersten Novelle zur Fusionskontrollverordnung im Jahr 1997 eingeführte Erweiterung des Begriffs eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung hat sich wegen der äußerst komplizierten Regelung als nicht praxisgerecht herausgestellt (vgl Art 1 Abs 3 der FKVO).²³ Das Ziel, Fusionsvorgänge, die in mehreren Mitgliedstaaten angemeldet werden müssen, zu reduzieren, wurde nicht erreicht. Im Grünbuch zur Revision der Fusionskontrollverordnung hat die Kommission daher um Vorschläge zur Optimierung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden ersucht. Die Kommission selbst hat zur Lösung des Problems der Mehrfachanmeldungen vorgeschlagen, Fusionen, die in mindestens 3 Mitgliedstaaten anzumelden sind, als solche

21) Einen ausführlichen Beitrag dazu finden Sie in diesem Wettbewerbsbericht in Kapitel „Die Reform des Europäischen Wettbewerbsrechts (Verordnung Nr 17) und ihre Auswirkungen auf Österreich“, Seite 20

22) Die Fusionskontrollverordnung gilt für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung. Die Zuständigkeit für solche Fälle liegt ausschließlich bei der Kommission („one stop shop“).

23) a) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 2,5 Mrd EUR, b) ein Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von jeweils 100 Mio EUR in mindestens drei Mitgliedstaaten, c) in jedem von mindestens drei dieser Mitgliedstaaten ein Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 25 Mio EUR, d) ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils 100 Mio EUR.

von gemeinschaftsweiter Bedeutung anzuerkennen und damit ausschließlich der europäischen Fusionskontrolle zu unterwerfen („3+-System“). Zur Sicherstellung des Subsidiaritätsgrundsatzes sollten die Regeln für die Verweisung von Zusammenschlüssen von der Kommission an die Mitgliedstaaten und von den Mitgliedstaaten an die Kommission vereinfacht und die Fristen verkürzt werden.

Aufgrund der Stellungnahmen zum Grünbuch hat die Kommission das 3+-System fallen gelassen und geht in den Änderungsvorschlägen zur Fusionskontrollverordnung jetzt einen gänzlich neuen Weg. Vorgeschlagen wird einerseits das Verweisungsverfahren, geregelt in den Artikeln 9 und 22 der FKVO, zu vereinfachen und zu straffen, andererseits das Verweisungssystem bereits vor der Anmeldung eines Zusammenschlusses einzusetzen. Bisher können die geltenden Verweisungsvorschriften erst dann herangezogen werden, wenn ein Zusammenschluss bei der Kommission oder den nationalen Wettbewerbsbehörden angemeldet worden ist, was mit Zeitverlust und zusätzlichem Verfahrensaufwand verbunden ist.

Geht es nach den Vorstellungen der Kommission, sollen die Anmelder noch vor der eigentlichen Anmeldung des Zusammenschlusses einen begründeten Verweisungsantrag bei der Kommission stellen können. Dabei ist zwischen einem Verweisungsantrag an einen Mitgliedstaat und einem an die Kommission zu unterscheiden. Im ersten Fall wird darauf hingewiesen, dass der geplante Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem nationalen oder regionalen Markt beeinträchtigen wird und daher trotz des Vorliegens der Kriterien für eine gemeinschaftsweite Bedeutung besser von dem betreffenden Mitgliedstaat geprüft werden sollte. Bei einem Verweisungsantrag an die Kommission hat der geplante Zusammenschluss formal zwar keine gemeinschaftsweite Bedeutung, aus Sicht der Anmelder sind jedoch beträchtliche grenzübergreifende Auswirkungen zu erwarten, weshalb der Zusammenschluss von der Kommission geprüft werden sollte.

Die Kommission will die Verweisungsanträge unverzüglich an die Mitgliedstaaten weiterleiten und die betreffenden Mitgliedstaaten müssen innerhalb von 10 Tagen der Kommission mitteilen, ob sie der Verweisung des Zusammenschlusses zustimmen. Reagiert ein Mitgliedstaat nicht fristgerecht, so soll dies als Zustimmung im Sinne des Antragstellers gelten. Innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Antragsstellung hat die Kommission über den Antrag zu entscheiden, ansonsten ist der Fall im Sinne der Antragsteller zu verweisen.

Bei Verweisungsanträgen an die Kommission wird jedenfalls ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung angenommen, wenn mindestens drei der betroffenen Mitgliedstaaten für eine Prüfung durch die Kommission eintreten. Die Zuständigkeit der Kommission ist aber auch dann gegeben, wenn die Kommission beschließt, dass der beabsichtigte Zusammenschluss nach ihrer Meinung grenzüberschreitende Auswirkungen haben wird.

Die Kommission erwartet sich insbesondere durch eine Klärung der Zuständigkeit im Vorfeld der Anmeldung eines Zusammenschlusses eine Verbesserung zum gegenwärtigen System. Denn es sollte nach Auffassung der Kommission im Interesse der Anmelder sein, von Anfang an bei der „richtigen“ Behörde die Anmeldung einzureichen und damit Zeit und Kosten zu sparen. Nach Meinung der Kommission können die Anmelder im Regelfall auch sehr gut die Wirkungen eines geplanten Zusammenschlusses auf nationale oder grenzübergreifende Märkte einschätzen und daher die zur Beurteilung des Antrages notwendigen Informationen liefern. Mit dem Initiativrecht erhalten die Unternehmen ein wirksames Instrument, um die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden wesentlich mitzugestalten. Die Regelung, wonach eine nicht fristgerechte Erledigung des Verweisungsantrags (längstens 20 Arbeitstage) automatisch eine positive Beurteilung des Antrages bedeutet, zwingt die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden die straffe Fristenvorgabe einzuhalten.

Neben der Einbindung der Unternehmen im Vorfeld der eigentlichen Anmeldung will die Kommission darüber hinaus die Verweisungsregeln nach erfolgter Anmeldung vereinfachen und vereinheitlichen. Es soll künftig sowohl für die Kommission als auch für die nationalen Wettbewerbsbehörden leichter werden, das Verweisungssystem in Anspruch zu nehmen. Insbesondere sollen die Tatvoraussetzungen nach Art 9 Abs 2 lit a FKVO für eine Verweisung eines angemeldeten Zusammenschlusses von der Kommission an die nationalen Behörden erleichtert werden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden müssen in ihrem Verweisungsantrag nur noch glaubhaft darlegen, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf einem nationalen oder regionalen Markt beeinträchtigen wird.²⁴ Die Entscheidung, ob tatsächlich ein gesonderter Markt vorliegt, obliegt aber weiterhin der Kommission.

Art 22 der VKVO regelt die Verweisung an die Kommission. Ein diesbezüglicher Antrag eines Mitgliedstaates wird an alle anderen zuständigen nationalen Behörden weitergeleitet. Wenn mindestens drei der Mitgliedstaaten die Prüfung durch die Kommission unterstützen, liegt jedenfalls ein grenzübergreifender Zusammenschluss vor, und die Zuständigkeit der Kommission ist zwingend gegeben. In allen anderen Fällen entscheidet letztlich die Kommission über einen Antrag nach Art 22. Ein strenges Fristen-Korsett sorgt dafür, dass ein Verweisungsantrag sowohl nach Art 9 als auch nach Art 22 der FKVO in angemessener Frist von der Kommission zu entscheiden ist.²⁵

Neu ist auch die Möglichkeit der Kommission, die Mitgliedstaaten aufzufordern, einen Verweisungsantrag nach der Anmeldung zu stellen. Dies gilt sowohl nach Art 9 (Verweisung an den Mitgliedstaat) als auch nach Art 22 der FKVO (Verweisung an die Kommission). Das Initiativrecht der Kommission ist gleichbedeutend mit einem Verweisungsrecht der Kommission, weil sich die Mitgliedstaaten der Aufforderung der Kommission de facto nicht entziehen können.

Eine Bewertung dieser Änderungsvorschläge ist schwierig, weil nur die nationalen Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen sachgerecht beurteilen können. Es ist jedenfalls damit zu rechnen, dass sich der Einfluss der Kommission im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden verstärken wird. Vor allem die neu vorgeschlagene Regelung, wonach die Kommission ausdrücklich die Möglichkeit erhält, die Mitgliedstaaten aufzufordern, einen Verweisungsantrag nach der Anmeldung zu stellen, eröffnet der Kommission zusätzlichen Handlungsspielraum. Die Änderungsvorschläge sind auch geprägt von einem System der Über- bzw Unterordnung und nicht von einem solchen der Partnerschaft zwischen Behörde und Kommission, weil sich die Kommission immer die Letztentscheidung vorbehält.

Auch der Vorschlag der Kommission, den Anmeldern bereits im Vorfeld der eigentlichen Anmeldung zu ermöglichen, einen begründeten Verweisungsantrag zu stellen, begünstigt die Kommission. Denn sie entscheidet über den Antrag und kann somit die Zuteilung erheblich beeinflussen. So könnte sie einen Antrag der Anmelder auf Prüfung durch die EU-Kommission selbst dann im Sinne der Antragsteller entscheiden, wenn sich alle betroffenen Mitgliedstaaten dagegen aussprechen würden. Die Auffangregelung, wonach bei nicht fristgerechter Entscheidung im Sinne der Antragsteller vorzugehen ist, eröffnet der Kommission zudem die Möglichkeit, durch Fristüberschreitung vollendete Tatsachen zu schaffen. Es ist schwer vorstellbar, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden diese Vorgangsweise akzeptieren können.

24) Nach der geltenden Rechtslage müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob der geplante Zusammenschluss eine beherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken droht.

25) Antrag nach Art 9: Hat die Kommission noch kein Verfahren nach Art 6 Abs 1 der FKVO eingeleitet, muss sie innerhalb von 25 Arbeitstagen entscheiden, nach Einleitung eines Verfahrens spätestens innerhalb von 65 Arbeitstagen. Antrag nach Art 22: Antrag muss innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Anmeldung des Zusammenschlusses gestellt werden; die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten können sich innerhalb von 20 Arbeitstagen dem Antrag anschließen; Nichtäußerung gilt als Unterstützung des Antrages; Innerhalb von 10 Arbeitstagen nach Ablauf der zweiten Frist muss die Kommission entscheiden; keine fristgerechte Entscheidung hat zur Folge, dass die Kommission prüfen muss.

Nach den Vorstellungen der Kommission sollen die Anmelder im Rahmen eines Verweisungsantrags vor der Anmeldung fundierte Informationen zur Beurteilung des Sachverhalts beisteuern. Die Feststellung der Wirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf die verschiedenen Märkte erfordert jedoch vielfach hohes Fachwissen und wettbewerbsrechtliche Erfahrungen, die bei Unternehmen und ihren Beratern nur in wenigen Fällen vorhanden sein wird. Es ist jedenfalls damit zu rechnen, dass die Anträge eine Vielzahl von Fragen aufwerfen. Den Mitgliedstaaten verbleibt de facto aber keine Zeit, um weitere Informationen einzuholen, weil sie innerhalb von 10 Tagen über den Antrag zu entscheiden haben. Da eine Fristüberschreitung gleichgesetzt wird mit einem Entschluss, die Antragstellung zu unterstützen, wird die Qualität der Entscheidungsfindung jedenfalls abnehmen. Selbst eine Ablehnung des Antrags durch alle betreffenden Mitgliedstaaten bindet die Kommission nicht bei ihrer Entscheidung. So gesehen kommt auf die Mitgliedstaaten zwar eine zusätzliche Aufgabe zu, ihre Entscheidung hat letztlich aber nur untergeordnete Bedeutung.

Aus Sicht der Arbeiterkammer sind die im Zusammenhang mit einer Optimierung der Zuständigkeitsverteilung vorgebrachten Änderungsvorschläge der Fusionskontrollverordnung noch stark verbesserungswürdig. Das vorgeschlagene System ist sehr kompliziert, und die Vielzahl der vorgegebenen engen Fristen führt zu Unübersichtlichkeit und enormem Zeitdruck. Eine Anwendung der Verweisungsregeln nach Art 9 und 22 FKVO noch vor der eigentlichen Anmeldung setzt voraus, dass die geplante Anmeldung identisch mit der tatsächlichen Anmeldung ist. Nur dann ist gewährleistet, dass eine richtige Zuständigkeitsverteilung im Vorfeld vorgenommen werden kann. Die Kommission trifft aber keine Aussagen für den Fall, dass die tatsächliche Anmeldung von der geplanten abweicht. Dies ist aber nicht unwahrscheinlich, weil davon auszugehen ist, dass die Anmelder noch im Laufe der Verhandlungen einen etwaigen Verweisungsantrag stellen, um möglichst viel Zeit zu gewinnen. Unter welchen Bedingungen eine Entscheidung gem Art 4 Abs 4 und 5 FKVO (neu) überholt bzw die Frage der Zuständigkeit neu zu stellen ist, bedarf ebenfalls noch einer Klärung.

2. Definition des Zusammenschlusses

Angesichts der Novellierung der Art 81 und 82 EG wurde im Grünbuch die Ausdehnung der Definition des Zusammenschlusses gem Art 3 FKVO auf Minderheitsbeteiligungen, strategische Allianzen und Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Produktionssektor zur Diskussion gestellt. Bereits die hierzu getätigten Ausführungen der Kommission im Grünbuch waren eher restriktiv und ablehnend. In dem nun vorliegenden Vorschlag der Kommission zu Art 3 Abs 1 der FKVO tritt sie dafür ein, von Zusammenschlüssen im Sinne der Fusionskontrollverordnung nur dann zu sprechen, wenn damit ein auf Dauer angelegter Kontrollwechsel verbunden ist. Durch das Kriterium „dauerhafter Kontrollwechsel“ wird klargestellt, dass eine Ausweitung des Zusammenschlussbegriffes auf die oben genannten Fallkonstellationen nicht beabsichtigt ist.

Nach Auffassung der Arbeiterkammer können jedoch auch Minderheitsbeteiligungen oder strategische Allianzen die Struktur des Wettbewerbs entscheidend verändern. Gerade im Zusammenhang mit der Einführung des Legalausnahmesystems im Bereich der Kartell- und Missbrauchskontrolle hätte eine Ausweitung des Zusammenschlussbegriffes durchaus Sinn gemacht. Denn die künftige ex-post-Kontrolle im Rahmen der Kartell- und Missbrauchskontrolle ermöglicht zwar im nachhinein eine Bestrafung der Unternehmen für ihr wettbewerbswidriges Verhalten, die bereits geschädigten Konsumenten oder Mitbewerber können im Regelfall den erlittenen Schaden aber nur schwer gerichtlich geltend machen. Eine präventive ex-ante-Kontrolle bei Minderheitsbeteiligungen oder strategischen Allianzen würde dazu beitragen, dass negative Auswirkungen für Konsumenten, Mitbewerber und die Volkswirtschaft frühzeitig erkannt und abgewendet werden können. Überdies würden die Anmelder in relativ kurzen Fristen Rechtssicherheit über die Zulässigkeit des Vorhabens erhalten.

Art 3 Abs 5 FKVO definiert Fälle, in denen kein Zusammenschluss bewirkt wird. Erfreulich ist, dass eine Ausweitung des Art 3 Abs 5 FKVO auf den Bereich Venture-Capital-Finanzierung nicht durchgeführt wurde. Konsortial-Venture-Capital-Gesellschaften investieren nicht nur in so genannte Start-up-Unternehmen, die ohnehin nur im Ausnahmefall der Fusionskontrolle unterliegen, sondern sind – wie im Grünbuch ausgeführt – häufig auch spezialisiert auf die Übernahme etablierter Unternehmen. Die von der EU-Kommission untersagte Übernahme des österreichischen Faserproduzenten Lenzing durch die britische Investmentfirma CVC, welche bereits Mehrheitseigentümer des Lenzing-Mitbewerbers Acordis war, ist Beleg dafür, dass eine Ausdehnung des Art 3 Abs 5 FKVO nicht zielführend gewesen wäre.

Nach den Vorstellungen der Kommission sollen künftig mehrere Erwerbsvorgänge, die voneinander abhängen oder wirtschaftlich eng miteinander verknüpft sind, als ein Zusammenschluss gelten, wobei eine einheitliche Prüfung zum Zeitpunkt der letzten Anmeldung vorzunehmen ist (vgl Art 3 Abs 4 des Verordnungsvorschlages). Die geplante Neuregelung über verbundene Erwerbsvorgänge ist nach Auffassung der Arbeiterkammer differenziert zu beurteilen. Wirtschaftlich sinnvoll ist der Änderungsvorschlag nur dann, wenn die zusammenhängenden Erwerbsvorgänge gleichzeitig angemeldet werden bzw zumindest von den nationalen Behörden noch nicht entschieden wurden. Fallen die einzelnen Erwerbsvorgänge allerdings zeitlich so weit auseinander, dass nationale Behörden Teile des Zusammenschlussvorhabens bereits freigegeben haben, dann sollte eine einheitliche Behandlung nicht mehr möglich sein.

3. Materielle rechtliche Fragen

Während als Untersagungskriterium im Rahmen der Fusionskontrollverordnung der Marktbeherrschungstest herangezogen wird, ist materieller Beurteilungsmaßstab der Fusionskontrolle in den USA hingegen der so genannte SLC-Test („substantial lessing of competition“).²⁶ Im Grünbuch hat die Kommission die Vor- und Nachteile von Marktbeherrschungs- und SLC-Tests zur Diskussion gestellt, um gegebenenfalls den Marktbeherrschungstest durch den SLC-Test zu ersetzen.

Als Ergebnis des Diskussionsprozesses zum Grünbuch schlägt die Kommission eine Präzisierung des Begriffs der Marktbeherrschung vor. Die wirtschaftliche Macht eines oder mehrerer Unternehmen (Oligopol) äußert sich nach dem neuen Art 2 Abs 2 darin, dass Wettbewerbsparameter, wie etwa Preis, Quantität und Qualität der Produktion, der Vertrieb oder die Innovation, spürbar und nachhaltig beeinflusst werden können, sodass im Ergebnis eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs durchgesetzt werden kann.

Grundsätzlich ist hierzu festzuhalten, dass das mit einer Verdeutlichung des Begriffs der Marktbeherrschung verfolgte Ziel, nämlich höhere Rechtssicherheit zu erreichen, durch den Änderungsvorschlag nicht erreicht wird. Alleine durch die Aufzählung wesentlicher Wettbewerbsparameter lässt sich weder die Rechtssicherheit noch eine bessere Einschätzung durch die Unternehmen erzielen. So gesehen stellt der neue Art 2 Abs 2 für sich alleine keinen wirklichen Fortschritt dar. Positiv ist hingegen die Klarstellung, dass die Verordnung auch auf Oligopol-Situationen anwendbar ist, die zu Wettbewerbsproblemen führen können.

26) Der Marktbeherrschungstest prüft, ob eine Fusion zu einer Gründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Der SLC-Test prüft das Entstehen einer wesentlichen Wettbewerbsverminderung.

Der im Zusammenhang mit den Änderungsvorschlägen zur Verordnung erstellte Mitteilungsentwurf der Kommission über die Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse auf der Grundlage der FKVO ist hingegen höchst aufschlussreich. Zum ersten Mal hat die Kommission jetzt ihr Verfahren zur Entscheidungsfindung bei der Einschätzung von Fusionen konkurrierender Firmen, so genannte horizontale Fusionen, veröffentlicht. Ähnliche Leitfäden werden in den USA bereits seit den 70er Jahren regelmäßig erstellt, sodass hier bereits ein erster Schritt in Richtung einer Annäherung an US-amerikanische Gepflogenheiten sichtbar wird. Solche Leitlinien sind uneingeschränkt zu begrüßen, weil sie den Entscheidungsprozess viel transparenter machen, und auch den Unternehmen ein Rüstzeug für eine erste wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines geplanten Zusammenschlusses in die Hand geben.

Im Mitteilungsentwurf über die Leitlinien zur Prüfung von Zusammenschlüssen wird die Annäherung an die amerikanischen Wettbewerbsregeln nunmehr offensichtlich. Dies überrascht umso mehr, als im Novellierungsvorschlag für die FKVO hierzu keine Ausführungen enthalten sind. Besonders bemerkenswert ist der Umstand, dass zur Messung des Konzentrationsgrades in oligopolistischen Märkten der so genannte Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) eingesetzt werden soll, der ebenso Grundlage des SLC-Tests ist. Der HHI-Index gibt Aufschluss über den Gesamtkonzentrationsgrad einer Branche sowie über das Ausmaß der Steigerung des Konzentrationsgrades nach erfolgter Fusion.²⁷ Auch die vorgeschlagenen Richtwerte zur Messung des Konzentrationsgrades sind den amerikanischen Richtwerten angenähert (erhebliche Bedenken ab 2000 HHI bzw. Anstieg um 150 Punkte).

Als Beleg für das Vorliegen einer beherrschenden Marktstellung eines Unternehmens wird ein Marktanteil von mehr als 50% angegeben.²⁸ Die Kommission rechtfertigt diesen hohen Wert mit der ständigen Rechtsprechung und merkt dazu an, dass auch ein Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 50% nach der Fusion – abhängig je nach Stärke und Zahl der Mitbewerber – eine überragende Marktstellung einnehmen kann. Marktanteile von unter 25% sind nach Ansicht der Kommission im Regelfall wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Die Kommission dürfte dem HHI-Index vor allem bei bestimmten Oligopol-Situationen große Bedeutung einräumen, weil sie für die oligopolistische Marktbeherrschung nicht einmal quantitative Vermutungsschwellen aufstellt.²⁹

Nach der Fusionskontrollverordnung wird zwar am Kriterium der Marktbeherrschung festgehalten, die eigentliche Prüfung orientiert sich hingegen immer stärker nach dem amerikanischen Vorbild. Die parallele Anwendung des SLC-Tests neben dem Marktbeherrschungstest kann durchaus im Sinne einer verbesserten Wettbewerbskontrolle sein. Gerade für die Frage der Marktbeherrschung in Oligopol-Situationen bringt die Anwendung des HHI-Index wertvolle Informationen über den Gesamtkonzentrationsgrad im gesamten Markt und dessen Veränderung durch die Fusion. Der Berechnungsmodus des HHI-Index erscheint auch etwas dynamischer als die in Deutschland oder Österreich verwendete fixe Festschreibung der Oligopolvermutung (siehe Fußnoten 27 und 29).

27) Der Konzentrationsgrad einer Branche ergibt sich aus der Summe der mit sich selbst multiplizierten einzelnen Marktanteile sämtlicher Marktteilnehmer. Beispiel: Bei 5 Anbietern mit Marktanteilen von 40%, 20%, 15%, 15% und 10% ergibt sich ein HHI von 2.550 (= $40^2+20^2+15^2+15^2+10^2$). Liegt der HHI nach der Fusion bei über 2000 so bestehen ernsthafte Bedenken gegen die Fusion und es ist mit der Einleitung eines Verfahrens zu rechnen. Die Steigerung des Konzentrationsgrads ergibt sich durch Multiplikation des Produkts der Marktanteile der fusionierenden Unternehmen mit 2. Beispiel: Unternehmen A hält 20% und Unternehmen B 15% Marktanteil; bei Fusion steigt der HHI um 900 ($20 \times 15 \times 2$). Eine Steigerung von mehr als 150 ist ebenfalls ein Indiz für die Einleitung eines Verfahrens (Beispiele wurden dem Mitteilungsentwurf entnommen).

28) Deutschland: Marktbeherrschungsvermutung bei mindestens 33% Marktanteil. Österreich: Marktbeherrschungsvermutung bei 30%.

29) Anders Deutschland: Oligopolvermutung, wenn die größten drei Unternehmen mehr als 50% Marktanteil bzw. die größten 5 mehr als 67% Marktanteil aufweisen; Österreich: Oligopolvermutung, wenn ein Unternehmen einen Anteil von mehr als 5% hat und zu den vier größten Unternehmen auf diesem Markt gehört, die zusammen einen Anteil von mindestens 80% haben.

Es ist jedoch fraglich, ob die Prüfung von Zusammenschlüssen noch auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung durchgeführt wird. Wie bereits oben erwähnt, ist die Grundlage für den SLC-Test in den USA der HHI-Index und seine Veränderung, sodass die Kommission hier eindeutig eine Umstellung, zumindest aber eine Ergänzung des Beurteilungsmaßstabes vornimmt, ohne in der Fusionskontrollverordnung auch nur ansatzweise darauf hinzuweisen. Es bedarf daher einer Abklärung, inwieweit die verstärkte Hinwendung an amerikanische Wettbewerbsregeln mit der vorliegenden Fusionskontrollverordnung vereinbar ist.

Mit der nun erfolgten Ausweitung des Untersagungskriteriums, neben dem Marktbeherrschungstest kommt de facto auch der SLC-Test (Entstehung einer wesentlichen Wettbewerbsverminderung) zur Anwendung, sind innergemeinschaftliche Unterschiede bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen nicht mehr auszuschließen. Die Abweichung von den geltenden Prüfungskriterien könnte natürlich auch Einfluss auf die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte haben, wodurch sich der Nutzen der vorliegenden Entscheidungen deutlich vermindern könnte.

Nicht unproblematisch erscheint auch der Umstand, dass in der FKVO nur allgemeine Kriterien für die Marktbeherrschung beschrieben werden, die Kommission bei ihrer Überprüfungstätigkeit von Zusammenschlüssen aber klare Schwellenwerte sowohl im Hinblick auf die Marktbeherrschung als auch in Bezug auf das Entstehen einer wesentlichen Wettbewerbsverminderung festlegt (HHI-Werte). Werden quantitative Vermutungsschwellen aufgestellt, so sollten sie in die Fusionskontrollverordnung aufgenommen werden. Es ist auch notwendig, dass mögliche Schwellenwerte, wie etwa jener für die Marktbeherrschung eines Unternehmens, im Vorfeld ausführlich diskutiert werden. So ist der von der Kommission festgelegte Marktanteil von mehr als 50% für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung jedenfalls als überhöht zu bewerten und abzusenken. Auch die festgelegten HHI-Werte sind im internationalen Vergleich darzustellen und anhand praktischer Beispiele deren Bedeutung im Wettbewerbsprozess sichtbar zu machen.

Im Mitteilungsentwurf über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse nimmt die Kommission explizit zur Behandlung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle Stellung. Voraussetzung für eine Berücksichtigung von Effizienzgewinnen bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen ist die Sicherstellung, dass diese sich unmittelbar zum Nutzen der Verbraucher auswirken, ohne große Verzögerungen eintreten und nachprüfbar sind. Die Kommission verlangt diesbezüglich entsprechende Beweise von den betroffenen Unternehmen. Je stärker die zu erwartende Marktstellung der sich zusammenschließenden Unternehmen ist, um so größer müssen die fusionsbedingten Effizienzvorteile ausfallen, damit die Fusion wegen der mit ihr einhergehenden Effizienzvorteile nicht zur Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt. Im Hinblick auf die Steigerung der Wettbewerbfähigkeit der europäischen Wirtschaft muss auch gewährleistet sein, dass sich die fusionierten Unternehmen weiterhin um mehr Effizienz bemühen.

Nach Auffassung der Arbeiterkammer steht die Weitergabe von Effizienzvorteilen natürlich in kausalem Zusammenhang mit dem nach der Fusion verbleibenden „Restwettbewerb“, weil nur wirksamer Wettbewerb langfristig die Weitergabe von Effizienzgewinnen an die Verbraucher sicherstellt. Führt die neue Unternehmenseinheit zu einer überragenden Marktstellung, die es den verbliebenen Konkurrenten und potentiellen Neuanbietern unmöglich macht, einen hinreichenden Wettbewerbsdruck auszuüben, so ist auch die Weitergabe der Effizienzgewinne schwer glaubhaft zu machen. Das Kriterium von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle kann daher nur eingeschränkt eingeräumt werden.

4. Verfahrensrechtliche Fragen

Die zeitlichen Vorgaben für die Anmeldung von Zusammenschlüssen bei der Kommission werden auf Wunsch der Wirtschaft gelockert. Künftig sollen Zusammenschlüsse bereits vor Abschluss einer verbindlichen Vereinbarung angemeldet werden können, und auch die Einwochenfrist für die Anmeldung nach Abschluss einer Vereinbarung wird aufgehoben. Es ist zwar verständlich, wenn die Wirtschaft eine stärkere Flexibilisierung betreffend die Anmeldepflicht wünscht, doch sollten nur ernsthafte und ausreichend geplante Zusammenschlüsse bei der Kommission angemeldet werden. Die derzeitige Vorgehensweise der Kommission (Vorliegen einer hinreichend verbindlichen Vereinbarung) gewährleistet, dass nur tatsächlich gut vorbereitete Zusammenschlüsse der Kommission gemeldet werden. Viel schwerwiegender ist der Vorschlag der Kommission, im Wege einer Verordnung für bestimmte Gruppen von Zusammenschlüssen das Vollzugsverbot gem Art 7 Abs 1 aufzuheben. Die Arbeiterkammer hat zwar Verständnis für das Bemühen der Kommission, ihre Ressourcen möglichst effizient einzusetzen, die gemachten Vorschläge würden aber zu einer Aushöhlung der Anmeldepflicht führen, was seitens der Arbeiterkammer sehr kritisch beurteilt wird. Es ist auch schwer vorstellbar, dass Zusammenschlussvorhaben, die aufgrund ihrer Größe nicht mehr der nationalen Fusionskontrolle unterliegen, auf EU-Ebene in den Genuss der „Gruppenfreistellungsverordnung“ kommen und sohin keiner wettbewerbsrechtlichen Aufsicht unterliegen. Große Bedenken werden auch gegen eine mögliche Aufhebung der Notifikationspflicht geäußert. Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse bedürfen jedenfalls einer förmlichen Entscheidung, weil es nicht nur um Rechtssicherheit geht, sondern es auch für Dritte transparent sein soll, dass von der Kommission gegen ein Zusammenschlussvorhaben kein Einwand erhoben wurde. Die im Zusammenhang mit der Schaffung eines flexibleren Zeitrahmens durchgeführte Neuordnung der Fristenregelung wird überwiegend positiv beurteilt. Gerade bei der Prüfung komplexer Zusammenschlüsse erscheint es sinnvoll mehr zeitliche Flexibilität zuzulassen. Die Frist darf insgesamt nicht über 20 Arbeitstage hinaus verlängert werden (vgl Art 10 Abs 3). Letztlich sollen die Geldbußen und Zwangsgelder analog der Bestimmungen der Verordnung 17 zur Durchführung der Art 81 und 82 geregelt werden. Geldbußen für unzutreffende oder irreführende Angaben sollen auf 1% des Gesamtumsatzes (derzeit 50.000 Euro), Zwangsgelder in Bezug auf die Durchsetzung bestimmter Kommissionsentscheidungen auf höchstens 5% des durchschnittlichen täglichen Gesamtumsatzes (derzeit 25.000 Euro) angehoben werden.

5. Zusammenfassung

Grundsätzlich wird von Seiten der Arbeiterkammer das Bemühen der Kommission gewürdigt, die Fusionskontrollverordnung weiter zu verbessern, um auch unter den sich wandelnden wirtschaftlichen und politischen Bedingungen (Stichwort Osterweiterung oder Globalisierung) weiterhin eine effiziente, faire und transparente Fusionskontrolle zu gewährleisten. Die vorgelegten Änderungsvorschläge sind allerdings noch verbesserungswürdig. Insbesondere sind die Vorschläge zur Neuregelung der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden sehr kompliziert und unübersichtlich und tragen in dieser Form wahrscheinlich nicht zur Verbesserung der derzeitigen Situation bei. Nach der Fusionskontrollverordnung wird zwar weiterhin am Kriterium der Marktbeherrschung festgehalten, die eigentliche Prüfung orientiert sich hingegen immer stärker nach dem amerikanischen Vorbild. Dies zeigt sich darin, dass zur Messung des Konzentrationsgrades in oligopolistischen Märkten der so genannte Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) eingesetzt werden soll, der ebenso Grundlage des SLC-Tests ist. Besonders begrüßt wird das bereits im Grünbuch geäußerte Vorhaben der Kommission, VerbraucherInnen (bzw die Verbraucherverbände) und ArbeitnehmerInnen künftig stärker in Fusionskontrollverfahren einzubinden. Für die Arbeiterkammer ist das ein Auftrag, dem wir gerne nachkommen wollen. Denn es sind insbesondere die ArbeitnehmerInnen, die von den Auswirkungen von Zusammenschlüssen wesentlich betroffen sind. Und als KonsumentInnen haben sie überdies bei unzureichendem Wettbewerb letztendlich höhere Preise für geringere oder mindere Qualität zu bezahlen.

3.1.3. Die neue Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung

Silvia Angelo

Bereits vor einem Jahr wurde in den Fusionen und Übernahmen 2001, Teil 1, über den Entwurf der EU-Kommission zur neuen Gruppenfreistellungsverordnung für den Kraftfahrzeug-Bereich (kurz: „Kfz-GVO“) berichtet.³⁰ Im Juli 2002 beschloss die Kommission nach einem ausführlichen Konsultations- und Diskussionsprozess die Neuregelung der Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen für den Kfz-Sektor³¹ und damit eine Nachfolgeverordnung zu der im September 2002 auslaufenden Kfz-GVO.

Die frühere Freistellungsverordnung wies auch einige Schwachstellen insbesondere hinsichtlich der Wahlmöglichkeiten beim Kauf und der Reparatur von Pkws auf, die durch die Neuregelung vermieden werden sollen. Untersuchungen der EU-Kommission zeigten deutlich, dass immer noch hohe Preisunterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten beim Erwerb eines Pkws bestehen. Auch die zuletzt von der EU-Kommission im Februar 2003 veröffentlichte Preiserhebung für November 2002³² bestätigt, dass Österreich neben Deutschland beim Kauf eines Neuwagens nach wie vor zu den teuersten Ländern innerhalb des Euro-Währungsgebiets zählt.

Die neue Freistellungsverordnung trat mit 1. Oktober 2002 in Kraft, wobei eine einjährige Übergangsfrist für die Anpassung der Händlerverträge besteht. Eine besondere Übergangsfrist bis Oktober 2005 gilt für die neu geschaffene Möglichkeit der Händler eines bestimmten Vertriebssystems (dem so genannten Selektivvertrieb), überall im gemeinsamen Markt Niederlassungen zu errichten (Verbot der so genannten Standortklauseln).³³

Während diese Übergangsfrist eine der wesentlichsten Ergänzungen des Beschlusses gegenüber dem Entwurf darstellt, blieben die zentralen Neuerungen, die die Kommission bereits im Februar 2002 vorgeschlagen hatte, im Wesentlichen bestehen. Im Folgenden soll daher nur auf die bedeutendsten Eckpunkte der neuen GVO eingegangen³⁴ und eine Einschätzung aus Sicht der AK vorgenommen werden.

Die Änderungen zur bisherigen Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung betreffen im Wesentlichen folgende Bereiche:

1. Einführung der Wahlmöglichkeit des Vertriebssystems
2. Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels
3. Neugestaltung von Kundendienst und Vertrieb
4. Verbesserungen bei der Reparatur und Wartung

30) Herzele, Dorothea: „EU-Kommissionsentwurf über eine neue Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung“, in „Wettbewerbsbericht der AK Wien 2001, Teil 1“.

31) Verordnung (EG) Nr 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor. Abl L 203 vom 1.8.2002, S 30. Die Verordnung gilt für alle Kraftfahrzeuge, dh Personenkraftwagen, leichte Nutzfahrzeuge, Lastkraftwagen und Omnibusse

32) Siehe dazu auch die Homepage der EU-Kommission: http://europa.eu.int/comm/competition/car_sector/price_diffs/

33) Eine derartige Übergangsfrist wurde insbesondere auch deshalb als notwendig angesehen, da diese Möglichkeit eine der weitreichendsten Änderungen der GVO bedeutete (siehe dazu auch die Stellungnahme der BAK, zitiert in: Herzele, Dorothea: „EU-Kommissionsentwurf über eine neue Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung“, Fusionen und Übernahmen 2001, Teil 1, bzw die folgenden Erläuterungen).

34) Ausführlich wurden die Eckpunkte der neuen Verordnung bereits im zuvor zitierten Artikel der Fusionen und Übernahmen 2001, Teil 1 dargelegt. Die vorliegende Darstellung ist daher nur eine überblicksartige Zusammenfassung der wesentlichen Neuerungen der GVO.

Zu 1) Wahlmöglichkeit des Vertriebssystems

Im Gegensatz zur früheren Regelung, bei der nur ein Modell des Vertriebs vorgesehen war, bietet die neue Verordnung dem Hersteller nun die Möglichkeit sich zwischen dem so genannten Alleinvertriebs- und dem selektiven Vertrieb zu entscheiden – sofern bestimmte Marktanteilsschwellen³⁵ nicht überschritten werden.

Sollte sich der Hersteller für den Allein- oder Exklusivvertrieb entscheiden, so weist er dem Händler ein Verkaufsgebiet zu, in dem nur dieser tätig werden darf. Der Händler hat die Möglichkeit, an andere Wiederverkäufer zu verkaufen, die nicht zum offiziellen, vom Hersteller eingerichteten Netz gehören. Für die Auswahl der Händler durch den Hersteller legt die GVO keine Kriterien fest – sofern eine Vereinbarung den Grundbedingungen der Verordnung entspricht, ist – bis auf eine Liste so genannter Kernbeschränkungen,³⁶ die schwerwiegende wettbewerbsschädigende Beschränkungen darstellen – alles möglich.

Beim selektiven Vertrieb wählt der Hersteller seine Händler nach bestimmten qualitativen (wie zB die Ausbildung der Händler) und/oder quantitativen (Zahl der Händler in einem Gebiet usw) Kriterien aus.

Zu 2) Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels

Die neue Verordnung sieht auch Bestimmungen vor, die den grenzüberschreitenden Autoverkauf erleichtern sollen – ein zentrales Anliegen vieler KonsumentInnen. Den Händlern in Exklusivvertriebssystemen ist es nunmehr gestattet, innerhalb „ihres“ Gebiets „aktiv“ (Werbepost, E-Mail usw), außerhalb „passiv“ (nur auf Anfrage) an unabhängige Wiederverkäufer oder Endverbraucher zu verkaufen.

Händlern eines selektiven Vertriebssystems ist es mit der neuen Kfz-GVO sogar erlaubt, den Verkauf in anderen Gebieten des Landes oder einem anderen Mitgliedstaat „aktiv“ zu betreiben.³⁷ Außerdem haben sie (ab 2005) das Recht, überall anders (auch außerhalb des Landes) Zweigniederlassungen oder Lieferstellen zu errichten. Damit ist es den Herstellern in Zukunft nicht mehr möglich, die Niederlassungsfreiheit der Händler durch die zuvor zitierten Standortklauseln einzuschränken.

Zu 3) Neugestaltung von Vertrieb und Kundendienst

Auf Basis der alten Gruppenfreistellungsverordnung konnte jeder Verkäufer von Neufahrzeugen verpflichtet werden, Instandsetzungsarbeiten durchzuführen. Nunmehr kann der Händler selbst entscheiden, ob er Reparaturarbeiten entweder selbst ausführen will, oder sie anderen Mitgliedern des Vertriebsnetzes übertragen will. Zu solchen Mitgliedern zählen entweder reine (so genannte unabhängige) Werkstätten oder auch Händler mit eigener Werkstatt, die die vom Hersteller geforderten Qualitätskriterien erfüllen und daher von diesem zum Vertriebsnetz zugelassen wurden.

35) Die Freistellung gilt grundsätzlich nur, wenn der Anteil des Lieferanten an dem relevanten Markt (für Kraftfahrzeuge, Kraftfahrzeug-Ersatzteile oder Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen) 30% nicht übersteigt. Für quantitative selektive Vertriebssysteme beträgt diese Marktanteilsschwelle 40%, für qualitative selektive Vertriebssysteme gibt es keine solche Schwelle.

36) Siehe dazu Artikel 4 der Verordnung Nr 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002.

37) In einem Exklusivvertriebssystem können die Händler an unabhängige Wiederverkäufer seines exklusiven Verkaufsgebiets („aktiver“ Verkauf) und an Wiederverkäufer bzw Endverbraucher außerhalb seines Gebiets verkaufen, wenn diese sich an ihn wenden („passiver Verkauf“).

Zu 4) Verbesserung bei der Reparatur und Wartung

Eine zentrale Neuerung betrifft die Tatsache, dass die Hersteller zukünftig allen unabhängigen Markt-beteiligten, dh Werkstätten, die markenunabhängig bleiben wollen, Automobilclubs, Pannendienste usw, den Zugang zu sämtlichen technischen Informationen sowie zu erforderlichen Schulungen, die für die Reparatur und Wartung ihrer Fahrzeuge notwendig sind, ermöglichen müssen. Damit ist die Voraussetzung dafür geschaffen, dass unabhängige Werkstätten mit Vertragswerkstätten konkurrieren können, und die KonsumentInnen tatsächlich die Wahl haben, wo sie ihren Wagen in Stand setzen lassen. Neu ist auch, dass die Verbraucher in Zukunft selbst entscheiden können, ob sie ihre Fahrzeuge mit Original- oder qualitativ gleichwertigen Ersatzteilen reparieren lassen wollen. Die Hersteller dürfen diese Möglichkeiten vertraglich nicht einschränken. Nach Ansicht der Kommission soll dies dazu führen, dass Ersatzteilhersteller vermehrt Ersatzteile direkt an die Werkstätten liefern, was wiederum die Auswahl und den Wettbewerb vergrößern soll.

Beurteilung der Verordnung aus Sicht der Bundesarbeiterkammer

Die von der Kommission beschlossene GVO ist sicherlich besser als ihre Vorgängerregelung dazu geeignet, den Wettbewerb und damit die Wahlmöglichkeiten für die KonsumentInnen beim Kauf und der Reparatur ihres Fahrzeuges zu erhöhen. Das Auslaufen der alten Verordnung ohne einen Beschluss über eine Nachfolgeregelung, wäre sicherlich problematisch für den Bereich des Handels und der Reparatur von Kraftfahrzeugen gewesen. Daher stellt die neue Verordnung einen guten Kompromiss zwischen mehr Wettbewerb einerseits und der notwendigen Qualitätssicherung andererseits dar. Gerade dieser Aspekt war es auch, den die AK im vergangenen Jahr in die Diskussion zum Kommissions-Entwurf eingebracht hat.

In diesem Sinne ist auch die Kritik in Bezug auf die Regelung zur Aufhebung der Standortklausel für PKW-Händler, die auch nach dem Beschluss über die neue Verordnung aufrecht bleibt, zu verstehen:³⁸ Die AK hat sich in diesem Zusammenhang stark dafür eingesetzt, dass die Hersteller jedenfalls Einfluss auf bestimmte Qualitätskriterien für die Zweigniederlassungen haben sollen. Ein entsprechender Passus ist nunmehr sinngemäß in die Erwägungsgründe der Verordnung aufgenommen worden.³⁹ Dies ist jedenfalls ein Fortschritt gegenüber dem Entwurfstext, entspricht allerdings im Sinne der Rechtssicherheit nicht einer entsprechenden Formulierung im Verordnungstext selbst.

Positiv in diesem Zusammenhang ist jedenfalls, dass die EU-Kommission der Forderung, die Aufhebung der Standortbeschränkungen angesichts der möglichen Auswirkungen vor allem auf klein- und mittelständische Kfz-Händler und die dort Beschäftigten, erst nach einem angemessenen und überschaubaren Übergangszeitraum einzuführen, entsprochen hat: Wie bereits eingangs erwähnt, ist in vorliegendem Beschluss eine 3-jährige Übergangsfrist für die Abschaffung der Standortklausel festgelegt.

38) Siehe dazu ebenfalls: Herzele, Dorothea ebd

39) Siehe dazu Erwägungsgrund 29 der neuen Verordnung: „Der Lieferant kann verlangen, dass zusätzliche Verkaufs- oder Auslieferungsstellen für Personenkraftwagen und leichte Nutzfahrzeuge oder Werkstätten die entsprechenden qualitativen Merkmale erfüllen, die für ähnliche Stellen im selben geografischen Gebiet gelten.“ Amtsblatt L 203, 1.8.2002, S 34

3.1.4. Der Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung für den Versicherungssektor

Ulrike Ginner

Verordnungsentwurf der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Abs 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor

1. Entstehungsgeschichte

Der Rat erließ am 31. Mai 1991 die Verordnung (EWG) Nr 1534/91 über die Anwendung von Art 85 Abs 3 (neu Art 81 Abs 3) des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Bereich der Versicherungswirtschaft und ermächtigte dadurch die Kommission eine Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) in bestimmten Grenzen zu erlassen. Am 21.12.1992 trat die GVO Nr 3932/92 in Kraft. Diese läuft am 31. März 2003 aus.

Am 12. Mai 1999 erließ die Kommission einen Bericht über die Versicherungswirtschaft auf Grundlage des Art 8 der VO Nr 1534/91 des Rates. Am 15. Dezember 1999 nahm der Wirtschafts- und Sozialausschuss zu diesem Bericht Stellung. Am 19. Mai 2000 nahm das Parlament eine Entschließung zu diesem Bericht an. Am 28. Juni 2000 führte die Kommission eine Anhörung mit den Betroffenen und insbesondere Vertretern der Versicherungswirtschaft und der nationalen Wettbewerbsbehörden zu dieser VO durch. Am 9. Juli 2002 veröffentlichte die Kommission einen Entwurf dieser VO im Amtsblatt und forderte sämtliche Interessenten auf, sich bis zum 30. September 2002 zu äußern. Am 13. Jänner 2003 fand eine Sitzung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen statt.

2. Erwägungsgründe

Der Grund der Freistellung in der Zusammenarbeit von Versicherungsunternehmen bzw innerhalb von Unternehmensvereinigungen bei der Berechnung von Durchschnittskosten für die Deckung eines genau beschriebenen Risikos in der Vergangenheit oder – im Falle von Lebensversicherungen – bei der Aufstellung von Sterbetafeln und Tafeln über die Häufigkeit von Krankheiten, Unfällen und Invalidität beruht auf dem Gedanken, dass es dadurch auch kleineren Versicherern ermöglicht wird, am Wettbewerbsgeschehen teilzunehmen bzw der Marktzutritt für neue Versicherungsunternehmen erleichtert wird, und kann damit auch den Verbrauchern zugute kommen.

Die Freistellung gemeinsamer Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen oder Muster-Vertragsbestimmungen sowie Modelle zur Darstellung von Überschussbeteiligungen bei Lebensversicherungsverträgen können Vorteile, wie Effizienzgewinne von Versicherungsunternehmen, leichterem Marktzutritt für kleine oder unerfahrene Versicherer, erleichterte Einhaltung rechtlicher Pflichten durch Versicherungsunternehmen sowie Orientierungshilfen für den Vergleich unterschiedlicher Versicherungsangebote durch Verbraucherverbände, bringen.

Weiters sollen durch die GVO Mitversicherungs- oder Mit-Rückversicherungsgemeinschaften freigestellt sein, wenn ohne das Bestehen einer Versicherungsgemeinschaft kein oder nur ein Versicherungsunternehmen in der Lage wäre, eine bestimmte Risikoparte zu versichern.

Für den Fall neuartiger Risiken, das sind Risiken die zuvor noch nicht existierten, kann eine Versicherungsgemeinschaft für einen begrenzten Zeitraum – nämlich für drei Jahre ab Gründung – freigestellt werden. Dies gilt aber nicht für Risiken, die zuvor zwar existierten aber noch nicht versichert waren. Auch zB ein massiver Anstieg terroristischer Aktivitäten fällt nicht darunter. Auch Mitversicherungs- oder Mit-Rückversicherungsgemeinschaften zur Deckung nicht neuartiger Risiken können freigestellt werden, wenn diese Versicherungsgemeinschaft nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. Eine Zusammenarbeit innerhalb dieser Grenzen ermöglicht es der Gemeinschaft vorteilhafte Konditionen anzubieten.

Die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Prüfung von Sicherheitsvorkehrungen und von Installateur- und Wartungsunternehmen ist insofern vorteilhaft, als dadurch wiederholte Einzelzulassungsverfahren vermieden werden können. Die Kommission strebt hierbei als Idealfall eine Einheitlichkeit und Kohärenz auf europäischer Ebene an. Dort, wo europäische Normen oder technische Spezifizierungen bestehen, sind Vereinbarungen auf nationaler Ebene nicht notwendig, da die europäischen Harmonisierungsvorschriften ein umfassendes und angemessenes Sicherheitsniveau bezwecken.

3. Inhalt Gruppenfreistellungsverordnung

Kapitel I – Freistellung und Begriffsbestimmungen

Gemäß Artikel 1 (Freistellung) wird das Kartellverbot des Artikels 81 Abs 1 EG-Vertrag auf Vereinbarungen, in denen sich zwei oder mehr Unternehmen aus der Versicherungswirtschaft auf die Bedingungen für eine Zusammenarbeit in folgenden Bereichen einigen, für nicht anwendbar erklärt:

- a) die gemeinsame Erstellung, Anerkennung und Bekanntgabe von:
 - o Berechnungen von Durchschnittskosten für die Deckung eines genau beschriebenen Risikos in der Vergangenheit (nachstehend „Berechnungen“)
 - o im Bereich der Versicherungen, welche ein Kapitalisierungselement beinhalten, Sterbetafeln und Tafeln über die Häufigkeit von Krankheiten, Invalidität und Unfällen (nachstehend „Tabellen“)
- b) die gemeinsame Durchführung über die wahrscheinlichen Auswirkungen von außerhalb des Einflussbereichs der beteiligten Unternehmen liegenden allgemeinen Umständen, die sich auf die Häufigkeit oder das Ausmaß von künftigen Forderungen mit Bezug auf ein bestimmtes Risiko oder eine bestimmte Risikoparte oder den Ertrag verschiedener Anlageformen beziehen (nachstehend „Studien“), und die Bekanntgabe ihrer Ergebnisse;
- c) die gemeinsame Aufstellung und Bekanntgabe von Mustern allgemeiner Versicherungsbedingungen für die Direktversicherungen (nachstehend „Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen“)
- d) die gemeinsame Aufstellung und Bekanntgabe unverbindlicher Modelle zur Darstellung von Überschussbeteiligungen eines Versicherungsvertrags, der ein Kapitalisierungselement enthält (nachstehend „Modelle“);
- e) die Bildung und die Tätigkeit von Gemeinschaften von Versicherungsunternehmen oder von Versicherungsunternehmen und Rückversicherungsunternehmen mit dem Ziel der gemeinsamen Abdeckung bestimmter Risikoparten, sei es in der Form einer Mitversicherungs- oder der Mit-Rückversicherungsgemeinschaft

- f) die Erstellung, Anerkennung und Bekanntgabe von:
- technischen Spezifizierungen für Sicherheitsvorkehrungen, Regeln und Verhaltenskodizes über jene Arten von Sicherheitsvorkehrungen, für die keine auf Gemeinschaftsebene harmonisierte technische Spezifikation, Klassifizierungssysteme, Regeln, Verfahren oder Verhaltenskodizes in Übereinstimmung mit den EU-Vorschriften über den freien Warenverkehr existieren, und Verfahren zur Prüfung von Sicherheitsvorkehrungen und zur Erklärung ihrer Übereinstimmung mit diesen Spezifikationen, Regeln oder Verhaltenskodizes;
 - technischen Spezifikationen, Regeln und Verhaltenskodizes über Einbau und Wartung von Sicherheitsvorkehrungen und Verfahren zur Prüfung von Unternehmen, die Sicherheitsvorkehrungen einbauen oder warten, und zur Erklärung ihrer Übereinstimmung mit diesen Spezifikationen, Regeln oder Verhaltenskodizes;

Gemäß VO Nr 1534/91 des Rates wurde der Kommission die Ermächtigung erlassen, auch Vereinbarungen über die Abwicklung von Schadensfällen und die Erstellung von Verzeichnissen bzw den Austausch von Informationen über erhöhte Risiken freistellen zu können. Von dieser Ermächtigung hat die Kommission auch in diesem neuen GVO-Entwurf keinen Gebrauch gemacht, da es ihr nach wie vor an ausreichender Erfahrung mit Einzelfällen fehlt.

In Artikel 2 werden die in dem Verordnungsentwurf angeführten Begriffe definiert.

Kapitel II Gemeinsame Berechnung, Tabellen und Studien

1. Gemäß Artikel 3 gelten die in Artikel 1 vorgesehenen Freistellungen nur unter folgenden Voraussetzungen, dass
 - a) die Berechnungen und Tabellen auf der Zusammenstellung von Daten beruhen, die sich auf die als Beobachtungszeitraum gewählte Anzahl von Risiko-Jahren beziehen und die identische oder vergleichbare Risiken in ausreichender Zahl betreffen, damit eine statistisch auswertbare Größe entsteht und (ua) folgendes beziffert werden kann:
 - die Anzahl der Schadensfälle in dem genannten Zeitraum
 - die Anzahl der in dem Beobachtungszeitraum in jedem Risiko-Jahr versicherten einzelnen Risiken
 - die Gesamtheit der innerhalb dieses Zeitraums aufgrund der aufgetretenen Schadensfälle geleisteten oder geschuldeten Zahlungen
 - der Gesamtbetrag der Versicherungssummen pro Risiko-Jahr während des gewählten Beobachtungszeitraums
 - b) die verfügbaren Statistiken so ausführlich und differenziert sind wie versicherungsstatistisch angemessen;
 - c) die Berechnungen und Tabellen unter keinen Umständen die Sicherheitszuschläge, den Ertrag der Rückstellungen, die Verwaltungs- oder Vertriebskosten oder Steuern und sonstige Abgaben beinhalten oder Investitionserlöse oder erwartete Gewinne berücksichtigen.
2. Die in Artikel 1 a) und b) vorgesehenen Freistellungen gelten nur unter der Voraussetzung, dass die Berechnungen, Tabellen oder Studien
 - a) eine Identifizierung der beteiligten Versicherungsunternehmen nicht ermöglichen
 - b) einen ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit enthalten;

- c) sämtlichen Versicherungsunternehmen, die ein Exemplar erbitten – einschließlich den nicht auf dem Markt, auf den sie sich beziehen, tätigen Versicherungsunternehmen – zu angemessenen und nicht diskriminierenden Konditionen zur Verfügung gestellt werden.

Gemäß Artikel 4 dürfen sich Unternehmen nicht abstimmen bzw sich oder andere Unternehmen verpflichten, keine anderen Berechnungen oder Tabellen als die in Artikel 1 a) genannten zu verwenden oder nicht von den Schlussfolgerungen der Studien nach Artikel 1 b) abzuweichen.

Kapitel III – Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen und Modelle

Die in Artikel 1 c) vorgesehene Freistellung gilt nur unter der Voraussetzung, dass die Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen

- a) mit dem ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit aufgestellt und bekannt gegeben werden und ihre Verwendung fakultativ ist;
- b) ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweisen, dass die beteiligten Unternehmen ihren Kunden von der Vereinbarung abweichende Klauseln anbieten dürfen und
- c) für jede interessierte Person zugänglich sind und auf einfache Anfrage hin übermittelt werden.

Die Freistellung nach Artikel 1 d) gilt nur unter der Voraussetzung, dass die unverbindlichen Modelle lediglich in Form von Hinweisen aufgestellt und bekannt gegeben werden.

Artikel 6 enthält insgesamt 11 „schwarze Klauseln“, dh Bestimmungen, die keinesfalls in gemeinsamen Vertragsbedingungen enthalten sein dürfen. Sie dürfen insbesondere keinen Hinweis auf die Höhe von Bruttoprämien, Versicherungssummen oder Selbstbehalte enthalten. Sie dürfen keine systematischen Risikoausschlüsse enthalten, ohne dass ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese Risiken durch Vereinbarung in die Deckung einbezogen werden können, sie dürfen den Versicherungsnehmer nicht unverhältnismäßig lange binden und über den ursprünglichen Zweck des Versicherungsvertrages hinausgehen. Es ist auch nicht zulässig, in eine umfassende vertragliche Deckung Risiken einzubeziehen, denen eine große Anzahl von Versicherungsnehmern nicht gleichzeitig ausgesetzt ist. Weiters dürfen Vertragsbedingungen nicht zu einem erheblichen Ungleichgewicht von vertraglichen Rechten und Pflichten führen.

Die Freistellung gilt dann nicht, wenn sich Unternehmen abstimmen bzw sich oder andere Unternehmen verpflichten, keine anderen als die Vertragsmuster oder Berechnungsmodelle über Überschussbeteiligungen zu verwenden.

Risikokategorien dürfen nicht im Hinblick auf Besonderheiten des Versicherungsnehmers ausgeschlossen werden.

Kapitel IV – Gemeinsame Deckung bestimmter Arten von Risiken

Neu, zur Deckung neuartiger Risiken, gegründete Mitversicherungs- und Mit-Rückversicherungsgemeinschaften sind für eine Dauer von drei Jahren seit ihrer erstmaligen Gründung und unabhängig von ihrem Marktanteil freigestellt.

Mitversicherungs- und Mit-Rückversicherungsgemeinschaften, welche zur Deckung neuartiger Risiken länger als drei Jahre bestehen bzw nicht zur Deckung eines neuartigen Risikos gegründet wurden, sind nur dann freigestellt, wenn sie auf keinem der betroffenen Märkte einen Marktanteil von

- a) mehr als 20% im Fall von Mitversicherungsgemeinschaften
- b) mehr als 25% im Fall von Mit-Rückversicherungsgemeinschaften

erreichen.

Da Mitversicherungsgemeinschaften einheitliche Versicherungsbedingungen und Bruttoprämien anbieten, wird dafür ein niedrigerer Schwellenwert festgesetzt.

Die GVO 3932/92 setzte die Schwellenwerte mit 10% bzw 15% fest. Weder aus dem Bericht der Kommission aus dem Jahr 1999 noch aus den Erwägungsgründen des ggstl Verordnungsentwurfes werden schlüssige Gründe angeführt, warum der Schwellenwert angehoben werden soll.

Um in den Genuss der Freistellung zu gelangen, ist es weiters notwendig, dass die Bedingungen gemäß Artikel 8 eingehalten werden. Durch diese Bestimmungen soll gewährleistet sein, dass die Zusammenarbeit nicht über den funktionsnotwendigen Inhalt der Mit- und Mit-Rückversicherung hinausgeht; so dürfen insbesondere keine Markt- oder Kundenaufteilungen vorgenommen werden. Weiters soll die Möglichkeit von Rest-Wettbewerb gewahrt bleiben; daher sind insbesondere Regeln über Kündigung und Exklusivität vorgesehen.

Kapitel V – Sicherheitsvorkehrungen

Gemäß Artikel 9 gilt die nach Artikel 1 f) vorgesehene Freistellung nur dann, wenn Bestimmungen vorgesehen sind, die einen möglichst freien und diskriminierungslosen Marktzugang bei den Anbietern von Sicherheitsvorkehrungen ermöglichen und einen transparenten Wettbewerb auf Grundlage einheitlicher europäischer Qualitätskriterien garantieren.

Kapitel VI – Sonstige Bestimmungen

Gem Artikel 10 kann die Kommission den Vorteil der Freistellung dieser GVO entweder von Amts wegen oder auf Antrag eines Mitgliedstaats oder von Personen oder Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse geltend machen, entziehen, wenn festgestellt wird, dass im Einzelfall eine nach dieser GVO freigestellte Vereinbarung nicht mit Art 81 Abs 3 EG-Vertrag vereinbar ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn

- a) nach Artikel 1 b) freigestellte Studien auf ungerechtfertigten Annahmen beruhen
- b) nach Artikel 1 c) freigestellte Muster allgemeiner Versicherungsbedingungen Bestimmungen enthalten, die zulasten des Versicherungsnehmers ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen den sich aus dem Vertrag ergebenden Rechten und Pflichten zur Folge haben,
- c) im Verhältnis zur gemeinsamen Deckung bestimmter Arten von Risiken, welche gemäß Artikel 1 e) freigestellt sind, einer der beiden folgenden Fälle eintritt:
 - o eines oder mehrere der an einer Gemeinschaft beteiligten Unternehmen einen bestimmten Einfluss auf die Geschäftspolitik mehrerer Gemeinschaften auf demselben Markt ausüben
 - o die Errichtung oder Tätigkeit einer Gemeinschaft durch die Zulassungsvoraussetzungen, die Bestimmung der zu deckenden Risiken die Retrozessionsverträge oder in sonstiger Weise zu einer Marktaufteilung bei den betreffenden oder ähnlichen Versicherungsprodukten führt

In Artikel 11 wird eine Übergangsfrist bis 31.Mai 2004 für bereits am 31. März 2003 bestehenden und nach der GVO 3932/92 konformen Vereinbarungen festgelegt. Für alle anderen Verträge soll die GVO ab 1. April 2003 in Kraft treten und 10 Jahre gelten.

3.1.5. Die Verordnung zur Verkaufsförderung

Andreas Schieder

Unlauterer Wettbewerb: Die Diskussion zum Lauterkeitsrecht in der EU

Seit 1996 wird auf Ebene der Europäischen Union an einer Neuordnung und Harmonisierung der Verkaufsförderung im Binnenmarkt gearbeitet. Im Oktober 2001 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vorgelegt.⁴⁰ Im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens hat nun das Europäische Parlament diesen Verordnungsvorschlag bearbeitet. Das Europäische Parlament hat in seinen Abänderungen vor allem eine stärkere Betonung des Verbraucherschutzes vorgesehen. Aber auch in einer, wie vom EP gewünschten, abgeänderten Version bleiben die kritischen Anmerkungen seitens der Arbeiterkammer im Wesentlichen aufrecht.

Nach wie vor skeptisch gesehen wird der Liberalisierungsansatz des Verordnungsvorschlags. Bestehende nationale Vorschriften sollen durch einheitliche Transparenz- und Informationsvorschriften ersetzt werden. Verbleibende Beschränkungen sollen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung unterworfen werden. Ziel der Arbeiterkammer ist es, ein hohes Maß an Verbraucherschutz zu gewährleisten. Jedoch gerade der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung lässt durch eine Entwicklung hin zum kleinsten gemeinsamen Nenner (forum shopping) eine Verschlechterung befürchten. Aufgrund sehr unterschiedlicher innerstaatlicher Vorschriften würde das erhebliche Schwierigkeiten für Konsumenten, Unternehmen, Gerichte, Verbraucher- und Interessensverbände bedeuten. Im vorliegenden Vorschlag der Verordnung ist ein erheblicher Teil an einzelstaatlichen Regelungen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung überlassen, woraus erhebliche Rechtsunsicherheit resultieren würde. Unklar wäre auch die Zukunft die Einklagbarkeit irreführender Gewinnzusagen des § 5j KSchG. Nahezu der gesamte Bereich der Zugabenregelung (ausgenommen der Medien) des § 9a UWG (Zugaben) würde bei Realisierung der Verordnung obsolet. An Stelle des § 9a UWG würden lediglich Informationsvorschriften treten.

Im Gegensatz zum Verordnungsvorschlag besteht ein Bedarf an europaweit einheitlichen Regelungen im boomenden Bereich der Gewinnspiele, durch Einklagbarkeit von Gewinnzusagen und das Verbot von Mehrwertnummern, Bearbeitungsgebühren und Kostenvorschreibungen für die Inanspruchnahme von Gewinnen. Daher gibt die Arbeiterkammer einer breiten Harmonisierung der Verkaufsförderung im Rahmen einer EU-Richtlinie den Vorzug.

Aus den Erfahrungen der Arbeiterkammer ist das grundlegende Ansinnen einer europaweiten Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelungen verkaufsfördernder Maßnahmen, vor allem der Zugaben, Preisausschreiben und Gewinnspiele, zu begrüßen. Unseriöse Unternehmer und Gewinnspiele agieren immer öfter aus dem europäischen Ausland. Eine Harmonisierung auf breiter Basis mit einem hohen Verbraucherschutzniveau ist sinnvoll. Der Verordnungsentwurf könnte jedoch zu einem „Maß an Deregulierung führen, das sowohl den Verbrauchern als auch dem Unternehmen abträglich sein würde“.⁴¹

40) Helmut Gahleitner: Unlauterer Wettbewerb: Der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung, in „Wettbewerbsbericht der AK Wien 2001 – Teil 1“

41) Stellungnahme des Ausschusses für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherpolitik

Eine EU-Richtlinie stellt den breiteren und besser geeigneten Ansatz dar. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat im Rahmen des Arbeitskreises UWG eine Studie zum europäischen Lauterkeitsrecht erstellen lassen.⁴² Diese Studie diskutiert sehr konkret ein europäisches Lauterkeitsrecht. Inhaltlich erscheint der Weg über eine EU-Richtlinie der wesentlich sinnvollere und letztendlich auch zielführendere. Dieser Standpunkt Österreichs deckt sich auch mit dem des Ausschusses für Verbraucherpolitik des Europäischen Parlaments und mit der deutschen Position.⁴³

Jene Punkte, die einer Harmonisierung bedürfen, sollen mit einer einheitlichen Richtlinie geregelt werden und so Schutz gegen unlautere Geschäftspraxis bieten. Sinnvoll ist auch, dass das selbe Lauterkeitsrecht im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C), wie zwischen zwei Unternehmen (B2B) gilt. Das ist sowohl im Sinne des Konsumentenschutzes als auch im Sinne der KMU, die oft durch unlautere Wettbewerbspraxis in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht sind.

Die möglichen Inhalte einer EU-Richtlinie

Jedenfalls sollte solch eine Richtlinie eine Generalklausel beinhalten. Gerade im Hinblick auf Anpassungsfähigkeit und zukünftige Auslegungsnotwendigkeiten durch den EuGH stellt eine Generalklausel ein zentrales Element dar. Gamerith sieht in seiner Studie als zentrales Tatbestandsmerkmal den Begriff „Unlauterkeit“. In einer Generalklausel sollte der Schutz der Mitbewerber und der Allgemeinheit, ebenso wie der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, festgelegt sein.

Sinnvoll ist auch der Vorschlag, regelungsbedürftige Einzeltatbestände nicht in die Generalklausel aufzunehmen, sondern diese – ähnlich unserem UWG – im Anschluss an die Generalklausel anzuführen. Gamerith schlägt in der Studie vierzehn solcher regelungsbedürftiger Einzeltatbestände vor:

- Hervorrufen von Verwechslungen
- Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz
- Anschwärzung (Herabsetzung eines fremden Unternehmens)
- Geheimnisschutz
- Tarnung von Werbung
- Belästigende Werbung
- Gewinnspiele
- Progressive Kundenwerbung
- Verletzung von Grundwerten
- Werteklamme
- Unlauterer Rechtsbruch (Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen)
- Behinderung
- Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit
- Verletzung der Informationspflichten

42) HonProf Dr Helmut Gamerith, Vizepräsident des OGH i.R. „Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht“

43) Helmut Köhler, Joachim Bornkamm, Frauke Henning-Bodewig: „Thoughts on an EU Directive concerning the law of unfair competition“

Aus Sicht der Arbeiterkammer sind einige der Einzeltatbestände besonders zu erwähnen. Der Punkt „Tarnung von Werbung“, sieht eine wettbewerbsrechtliche Verankerung des Offenkundigkeitsgrundsatzes vor. Demnach soll ein generelles Verbot der Tarnung von Werbung und aller anderen Aktivitäten der Absatzförderung festgeschrieben werden, wenn der kommerzielle Charakter nicht klar und unmissverständlich erkennbar ist. Betroffen davon wären unter anderem „Schleichwerbung“ und Werbefahrten.

Der Punkt „Belästigende Werbung“ soll die vielfältigen Formen der aggressiven Werbe- und Verkaufsmethoden verbieten. Darunter fallen unerbetene Werbesendungen, Faxe, SMS, E-Mails, Haus-türgeschäfte und Ähnliches. Die zunehmenden Beschwerden über Belästigungen durch SMS und E-Mail, unterstreichen die Notwendigkeit der europäischen Regelung.

Der Punkt „Gewinnspiele“ spricht jenen Bereich an, der in der alltäglichen Erfüllung des wirtschafts- und konsumentenpolitischen Auftrags der Arbeiterkammer einen großen Teil einnimmt. Im Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission würde dieser Bereich zu sehr liberalisiert werden. Gerade in Bezug auf Gewinnspiele genügen die dort vorgesehenen Transparenz- und Informationsregelungen nicht. Die Anlockwirkung von (vermeintlich) wertvollen Preisen beeinflusst auch durchschnittlich verständige Verbraucher. Oft wird der Eindruck erweckt, man habe bereits etwas gewonnen. Da eine solcherart irreführende unlautere Werbung immer stärker durch Werbezusendungen aus dem Ausland zur Anwendung kommt, ist es zweckmäßig, hier den Anspruch auf Auszahlung eines versprochenen Gewinns zu verankern. Gewinnspiele, die zum Zweck der Absatzförderung veranstaltet werden und bei denen, in welcher Form auch immer – auch durch Warenbestellung – ein Einsatz verlangt wird, sollen ebenso verboten werden wie solche, wo der Eindruck erweckt wird, ein Warenkauf würde die Gewinnchancen erhöhen. Gewinnspiele verzerren auch die Wettbewerbssituation zu Ungunsten der KMU. Große Unternehmen können in ihrer internen Kostenkalkulation angesichts der hohen Stückzahl leichter die Ausgaben für einen wertvollen Preis unterbringen.

Der Punkt „Progressive Kundenwerbung“ soll Schneeballsysteme und dergleichen als unlauteren Wettbewerb verbieten, ähnlich der Regelung des § 27 des österreichischen UWG. Hierunter fielen eventuell auch unlautere Praktiken so genannter Strukturbetriebe.

Mit dem Punkt „Verletzung von Informationspflichten“ soll eine über das Irreführungsverbot hinausreichende Informationspflicht verankert werden. Es sei unlauter, Informationen vorzuenthalten, die der durchschnittliche Verbraucher für seine Entscheidung benötigt.

Aus Sicht der Arbeiterkammer ist abschließend festzuhalten, dass der durch den „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt“ gewählte Ansatz zur Vereinheitlichung abgelehnt wird. Die dort vorgesehene Liberalisierung und Harmonisierung im Zuge der gegenseitigen Anerkennung brächte vor allem Rechtsunsicherheit und verstärkte Schwierigkeiten für den Verbraucherschutz. Präferiert wird der Weg, das europäische Lauterkeitsrecht mittels einer EU-Richtlinie zu harmonisieren. Das Gutachten von Dr Helmut Gamerith „Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht“ ist eine gute Grundlage dafür. Durch den breiteren Ansatz einer Richtlinie würde Rechtsicherheit für alle Marktteilnehmer gegeben sein.

3.1.6. Die Stellungnahme der AK zum neuen Entwurf für eine EU-Übernahmerichtlinie

Helmut Gahleitner

Nachdem das Europäische Parlament im Juli 2001 den von der Kommission zur Entscheidung vorgelegten Richtlinienvorschlag mit 273 zu 273 (bei 22 Enthaltungen) abgelehnt hatte, wurde seitens der Kommission auf Grundlage eines Expertenberichts („Winter-Bericht“) sehr rasch ein neuer Entwurf für eine Übernahmerichtlinie erarbeitet. Seit Oktober 2002 liegt dieser nun vor und soll – wenn es nach den Vorstellungen der Kommission geht – möglichst rasch verabschiedet werden. Die Arbeiterkammer hat zum neuen Entwurf für eine Übernahmerichtlinie eine ausführliche Stellungnahme an die Kommission und das Justizministerium übermittelt, die im Wesentlichen Gegenstand des folgenden Beitrages ist.

1. Ziele der Übernahmerichtlinie

Ziel der Übernahmerichtlinie ist es, innerhalb der Europäischen Union gewisse einheitliche Mindeststandards für die Durchführung von Übernahmeangeboten börsennotierter Aktiengesellschaften sicherzustellen. Neben dem Pflichtangebot an die Minderheitsaktionäre im Falle eines Kontrollwechsels soll vor allem ein geordnetes Verfahren sicherstellen, dass Unternehmensübernahmen dem Transparenzgebot und dem Informationsbedürfnis der Aktionäre und Arbeitnehmer Rechnung tragen. Nach Ansicht der Kommission ist eine europäische Rahmenregelung für grenzübergreifende Übernahmeangebote ein notwendiger integrativer Bestandteil für einen europäischen Finanzbinnenmarkt und überdies ein wichtiger Beitrag zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, weil sie zur Weiterentwicklung und Neuordnung der Wirtschaft beiträgt. Grundsätzlich ist aus Arbeitnehmersicht eine europäische Harmonisierung der Übernahmebedingungen von börsennotierten Unternehmen sinnvoll, insbesondere deshalb, weil eine Vereinheitlichung der europäischen Verfahrensregeln für Unternehmensübernahmen jedenfalls einen Mehrwert gegenüber einer Vielzahl von unterschiedlichen einzelstaatlichen Regelungen darstellt. Das Bemühen der Europäischen Kommission, möglichst rasch einen neuen Richtlinienvorschlag zu präsentieren, wird daher grundsätzlich positiv bewertet. Es ist allerdings enttäuschend, dass die Kommission im neuen Richtlinienentwurf die wichtige Frage der Abwehrmaßnahmen bei feindlichen Unternehmensübernahmen und die damit im Zusammenhang stehende Notwendigkeit der Herstellung gleicher Rahmenbedingungen in allen Mitgliedstaaten wiederum unbefriedigend gelöst hat.

2. Bewertung des neuen Richtlinienvorschlages

Wie im neuen Entwurf für eine EU-Übernahmerichtlinie ausgeführt, war die Ablehnung des Kommissionsvorschlags vom Juli 2001 durch das Europäische Parlament im Wesentlichen durch folgende Gründe motiviert:

1. Fehlendes „level playing field“ bei öffentlichen Übernahmeangeboten
2. Unzureichender Schutz der im Wege von Übernahmeangeboten betroffenen Arbeitnehmer
3. Unterschiedliche Ausgangsbedingungen in Europa und den USA

Der von der Kommission neu vorgelegte Richtlinienvorschlag ist daher insbesondere dahingehend zu prüfen, inwieweit die im Letztentwurf geäußerten Bedenken des Europäischen Parlaments beseitigt wurden.

Zu 1) Fehlendes „level playing field“

Der Hauptgrund für die Ablehnung des Kommissionsvorschlags betreffend Übernahmeangebote durch das Europäische Parlament war der berechtigte Einwand, dass die nationalen Unterschiede in der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung von Aktien dem geforderten „level playing field“ (gleiche Rahmenbedingungen für alle Mitgliedstaaten) entgegenstehen und es dadurch zu einer Ungleichbehandlung der EU-Mitglieder durch die EU-Richtlinie kommt. Während etwa Frankreich und die skandinavischen Länder nationale aktienrechtliche Sonderbestimmungen (Doppel- und Mehrfachstimmrechte) Schutzmaßnahmen vor feindlichen Übernahmen eröffnen, fehlen solche in anderen nationalen Rechtsvorschriften (zB Deutschland, Österreich). Faire Wettbewerbsbedingungen im Zusammenhang mit der Übernahme von Unternehmen sind somit nicht gegeben. Deutschland forderte daher als Ausgleich die Möglichkeit von so genannten „Vorratsbeschlüssen“ durch die Hauptversammlung, die den Vorstand zu Abwehrmaßnahmen bei feindlichen Übernahmen ermächtigen.

Der neue Richtlinienvorschlag schafft nach Ansicht der Arbeiterkammer nicht die geforderten gleichen Ausgangsbedingungen für alle EU-Mitgliedstaaten. Während Vorratsbeschlüsse der Hauptversammlung zur Abwehr feindlicher Übernahmen durch den Richtlinienvorschlag definitiv untersagt sind bzw Beschränkungen bei der Übertragung von Wertpapieren oder Stimmrechten aufgrund von Satzungsbestimmungen für die Dauer eines Übernahmeverfahrens ruhen müssen, sind Wertpapiere mit Doppel- oder Mehrstimmrechten weiterhin zulässig. Von der im „Winter-Bericht“ zur Sicherstellung eines „level playing field“ geforderte „Durchgriffslösung“, wonach aktienrechtliche Sonderbestimmungen im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots außer Kraft gesetzt werden sollen, hat die EU-Kommission aufgrund der damit verbundenen rechtlichen Probleme Abstand genommen. Die Forderung des Europäischen Parlaments nach Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten ist somit nicht gegeben.

Aus Sicht der Arbeiterkammer sollte das Thema Abwehrmaßnahmen bei unerwünschten Übernahmen in einem breiteren Zusammenhang diskutiert werden. Die Erleichterung von Unternehmensübernahmen führt nicht per se – so wie von der Kommission behauptet – zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft. Empirische Untersuchungen zeigen, dass ein Großteil (bis zu 60%) der in den letzten Jahren durchgeführten Unternehmensübernahmen wirtschaftlich nicht sinnvoll war und letztlich die Vernichtung riesiger Vermögenswerte und tausender Arbeitsplätze zur Folge hatte. Die betroffenen Unternehmen und deren MitarbeiterInnen leiden heute noch massiv unter den getroffenen Fehlentscheidungen.

Es besteht auch angesichts der aktuellen Skandale über das Agieren von Vorständen, Wirtschaftsprüfern, Finanzanalysten und Investmentbanken durchaus ein berechtigtes Interesse, dass sich börsennotierte Gesellschaften vor diesem Hintergrund schützen wollen. Denn eines ist offensichtlich: Sobald dem Streubesitz der Zielgesellschaft ein deutlich über dem aktuellen Börsenkurs liegendes Übernahmeangebot gemacht wird, wird es für die Unternehmensverantwortlichen der Zielgesellschaft besonders schwer, ihre Aktionäre von der kurzfristigen Realisierung eines Übernahmebonus abzuhalten. Die gesellschaftliche Verantwortung der Aktionäre gegenüber dem Unternehmen und ihren Beschäftigten tritt angesichts der Möglichkeit kurzfristiger Gewinne völlig in den Hintergrund. Dies gilt vor allem für breit gestreute Publikumsgesellschaften, die primär Gegenstand einer feindlichen Übernahme sind.

Börsennotierte Unternehmen stellen oftmals aufgrund ihrer Größe ein wichtiges volkswirtschaftliches Asset dar, und es ist weder ökonomisch noch gesellschafts-politisch sinnvoll, dass die wichtigsten Wertschöpfungsträger eines Landes auf dem Finanzmarkt als Spekulationsobjekt gehandelt werden. Vor diesem Hintergrund wird zu Recht die Forderung nach Abwehrmaßnahmen bei feindlichen Übernahmen erhoben, damit wirtschaftlich gut funktionierende Unternehmen negative Folgen für Standorte und Beschäftigte abwenden können.

Weiters wird in diesem Zusammenhang auf die Übernahmeregelungen in der Schweiz, in Japan und in den USA verwiesen, die in Bezug auf Übernahmeangebote weit weniger liberal sind als es der Kommissionsvorschlag vorsieht.

Die Arbeiterkammer befürwortet ein „level playing field“ in der Form, dass Mitgliedstaaten, die keine aktienrechtlichen Sonderbestimmungen kennen, auf anderem Wege die Möglichkeit zur Abwehr von feindlichen Übernahmen eröffnet wird. Demnach sollen in Art 9 die Absätze 2, 3 und 4 gestrichen und damit Verteidigungsmaßnahmen in Form von so genannten Vorratsbeschlüssen der Zielgesellschaft zugelassen werden. In diesem Zusammenhang sind auch die Absätze 2 und 3 des Artikels 11 zu streichen. Diese Bestimmungen sehen vor, dass satzungsmäßige oder vertragliche Beschränkungen, die Übernahmeangebote behindern können, für die Dauer des Übernahmeangebots aufgehoben werden. Darunter fallen neben vinkulierten Aktien vor allem auch Syndikatsvereinbarungen der Aktionäre. Insbesondere die Aufhebung der Wirkung von Syndikatsvereinbarungen für die Dauer eines öffentlichen Übernahmeangebots könnte für Österreich schwerwiegende Folgen haben. Syndikatsverträge regeln zumeist die gemeinsame Ausübung der Stimmrechte und sehen Vorkaufsrechte der Syndikatsmitglieder vor, sodass trotz Fehlens eines beherrschenden Aktionärs eine relativ stabile Eigentümerstruktur gegeben ist. Syndikatsverträge spielen in Österreich unter börsennotierten Unternehmen eine nicht unwesentliche Rolle. Gerade im Zusammenhang mit weiteren Privatisierungen staatlicher Industrieunternehmen wird von den Befürwortern vorgebracht, dass ein österreichischer Kernaktionär auch durch die Bildung eines Syndikats, bestehend aus österreichischen privaten Investoren, verwirklicht werden kann. Wird der Vorschlag gem Art 11 tatsächlich realisiert, dann muss jedenfalls damit gerechnet werden, dass der Versuch von feindlichen Unternehmensübernahmen zunehmen wird, was nach Ansicht der Arbeiterkammer nicht im österreichischen Interesse sein kann.

Zu 2) Unzureichender Schutz der betroffenen Arbeitnehmerinnen

Für die Arbeiterkammer ist die umfassende Information und Anhörung der ArbeitnehmerInnenvertretung (Betriebsrat) vor und während des Übernahmeprozesses von grundsätzlicher Bedeutung. Die von der Kommission eingesetzte „hochrangige Expertengruppe“, hat diesem Thema jedoch wenig Raum gewidmet, was ua darin begründet ist, dass keine ExpertInnen der Gewerkschaft in die Arbeitsgruppe aufgenommen wurden. Diese Vorgangsweise ist bedauerlich, weil es außer Streit steht, dass ArbeitnehmerInnen wesentlich von Unternehmensübernahmen betroffen sind, und auch das Europäische Parlament auf die unzureichende Einbindung der betroffenen ArbeitnehmerInnen hingewiesen hat.

Der überarbeitete Entwurf betont im neuen Art 13 die Notwendigkeit der Information und Konsultation der ArbeitnehmervertreterInnen im Rahmen eines Übernahmeverfahrens und verweist auf die Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 94/45/EG (Europäische Betriebsratsrichtlinie) und 2002/14/EG (Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der ArbeitnehmervertreterInnen). Im Rahmen von Übernahmeangeboten sind daher die Vorschriften der genannten Richtlinien einzuhalten und ergänzen damit die Bestimmungen gemäß Art 3 Abs 1b, Art 6 Abs 3h und Art 9 Abs 5 der Richtlinie.

Gegenüber dem „alten“ Richtlinienvorschlag sind im neuen Entwurf die in der Angebotsunterlage zu erfolgenden Angaben über die strategischen Absichten des Bieters, in Bezug auf die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft und die damit verbundenen Folgen für die Beschäftigten und Standorte, nunmehr klarer formuliert (Art 6 Abs 3h).⁴⁴

44) Die Angebotsunterlage der Bietergesellschaft muss die Absichten des Bieters in Bezug auf die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft und, soweit von dem Angebot betroffen, der Bietergesellschaft in Bezug auf die Weiterbeschäftigung ihrer Beschäftigten und ihrer Geschäftsleitung, einschließlich etwaiger wesentlicher Änderungen der Beschäftigungsbedingungen enthalten. Dies betrifft insbesondere die strategische Planung des Bieters für diese Gesellschaften und deren voraussichtliche Auswirkungen auf Arbeitsplätze und Standorte.

In der wirtschaftlichen Praxis ist allerdings feststellbar, dass die Bietergesellschaft oftmals ihren guten Willen betreffend die Weiterentwicklung der Zielgesellschaft zum Ausdruck bringt, konkrete Festlegungen auf die Zukunft werden aber vermieden. Konsequenzen bei einer etwaigen Falschinformation hat die Bietergesellschaft überdies nicht zu befürchten.

Um der wichtigen Bestimmung in Art 6 Abs 3h zusätzliches Gewicht zu geben, wird von Seiten der Arbeiterkammer vorgeschlagen, dass die Bietergesellschaft dem zur Beaufsichtigung des Übernahmeverfahrens eingerichteten Aufsichtsorgan nach Ablauf einer bestimmten Frist (zB 1 Jahr) einen Bericht über die Umsetzung der strategischen Planung vorzulegen hat. Bei starken, nicht begründeten Abweichungen zur Angebotsvorlage sollten Bußgelder verhängt werden können. Eine solche Bestimmung würde auch die Bedeutung von Art 3 Abs 1b deutlich erhöhen, worin vorgeschrieben wird, dass das Leitungsorgan der Zielgesellschaft bei der Beratung der Aktionäre in Bezug auf Auswirkungen der Durchführung des Angebots auch auf die Beschäftigung, die Beschäftigungsbedingungen und die Standorte der Gesellschaft einzugehen hat.

Besonders begrüßenswert ist die im Art 9 Abs 5 nunmehr vorgesehene verstärkte Einbeziehung der ArbeitnehmerInnenvertretung der Zielgesellschaft in die vom Leitungsorgan abzugebende begründete Stellungnahme zur Angebotsunterlage. Die Regelung, wonach eine rechtzeitig von der ArbeitnehmerInnenvertretung verfasste Stellungnahme zu den Auswirkungen auf die Beschäftigten der Stellungnahme des Leitungsorgans beizufügen ist, sollte jedenfalls im weiteren Diskussionsprozess aufrecht erhalten werden. Weiters muss sichergestellt werden, dass der ArbeitnehmerInnenvertretung genügend Zeit für die Verabschiedung einer eigenen Stellungnahme eingeräumt wird.

Nach Ansicht der Arbeiterkammer stellt der neue Richtlinienvorschlag bezüglich der Einbindung der betroffenen ArbeitnehmerInnen jedenfalls eine Verbesserung im Vergleich zu dem vom EU-Parlament abgelehnten Richtlinienvorschlag dar.

Zu 3) Unterschiedliche Ausgangsbedingungen in Europa und in den USA

Wie bereits oben erwähnt, sind die Übernahmeregelungen in der Schweiz, in Japan und in den USA weit weniger liberal als der Kommissionsvorschlag. Ob ein liberaleres europäisches Übernahmerecht die Wettbewerbsposition europäischer Unternehmen im Vergleich zu den außereuropäischen Unternehmen tatsächlich stärkt, muss angesichts der zu Punkt 1 ausgeführten Überlegungen kritisch hinterfragt werden. Es können nämlich nur solche Transaktionen zur Entwicklung der europäischen Wirtschaft beitragen, die von realwirtschaftlichen Überlegungen getragen und nicht auf Grundlage von Finanzspekulationen durchgeführt werden.

Ein „level playing field“ darf sich nicht nur auf den europäischen Raum beschränken, sondern muss auch gegenüber den USA hergestellt werden. Das amerikanische Recht gewährt dem Leitungsorgan der Zielgesellschaft im Rahmen der Verpflichtung zur Wahrung des Unternehmensinteresses einen hohen Ermessensspielraum in Bezug auf Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmeversuche. Zudem sind die Abwehrmöglichkeiten von Bundesstaat zu Bundesstaat verschieden. Demnach sind bei Verwirklichung des Richtlinienvorschlags europäische Unternehmen gegenüber amerikanischen in hohem Maße benachteiligt, weil es für US-amerikanische Unternehmen ungleich leichter wird, ein europäisches Unternehmen zu übernehmen als umgekehrt. Die vorgeschlagene verpflichtende Neutralitätspflicht des Vorstands ist auch vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt. Will man verhindern, dass europäische Unternehmen zu schnell Opfer von spekulativen Übernahmen werden, so muss es zulässig sein, diesbezüglich nationale Vorkehrungen zu treffen.

Weitere bedeutende Änderungen

Gegenüber dem alten Richtlinienentwurf enthält der neue Vorschlag Bestimmungen über den angemessenen Preis bei Pflichtangeboten und Regelungen über ein Ausschlussverfahren von Minderheitsaktionären („squeeze-out“).

Pflichtangebot, angemessener Preis

Nach Art 5 Abs 3 wird die Definition des Kontrollerwerbs den Mitgliedstaaten vorbehalten. Nach Ansicht der Arbeiterkammer ist es unverständlich, dass eine so zentrale Frage wie der Kontrollerwerb völlig den nationalen Mitgliedstaaten überlassen wird. Gerade bei grenzüberschreitenden Übernahmen könnten unterschiedliche Kontrollerwerbsschwellen zu beträchtlichen Problemen führen. Es sollte deshalb in den weiteren Verhandlungen eine gemeinsame Vorgangsweise in dieser wichtigen Frage gefunden werden.

Dass im neuen Vorschlag der zu zahlende Preis an die Wertpapierinhaber nunmehr definiert wird, ist grundsätzlich begrüßenswert (Art 5 Abs 4). Als angemessener Preis gilt der höchste Preis, der vom Bieter oder einer mit ihm gemeinsam handelnden Person sechs bis zwölf Monate vor dem Angebot für die gleichen Wertpapiere gezahlt worden ist. Es wird somit klargestellt, dass ein Paketabschlag – wie er im österreichischen Übernahmerecht noch möglich ist – nicht zulässig ist. Im Falle einer Übernahme zu Sanierungszwecken wird den Aufsichtsorganen lediglich eine gewisse Flexibilität hinsichtlich der Höhe des zu zahlenden Preises eingeräumt. Die Arbeiterkammer vertritt die Ansicht, dass Sanierungsübernahmen gänzlich von der Angebotspflicht befreit werden sollten. Dabei sollte die Entscheidung über das Vorliegen einer Sanierungsübernahme dem Aufsichtsorgan obliegen.

Nach Art 5 Abs 5 kann die vom Bieter angebotene Gegenleistung ausschließlich aus liquiden Wertpapieren bestehen. Hier bedarf es einer Klarstellung dahingehend, dass die Entscheidung über die notwendige Liquidität der angebotenen Wertpapiere dem Aufsichtsorgan überlassen wird. Jedenfalls gilt es zu vermeiden, dass Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft mit Wertpapieren einer geringeren Liquidität abgefunden werden. Es sollten hierbei auch die bei einem späteren Verkauf anfallenden Transaktionskosten für Minderheitsaktionäre mitberücksichtigt werden.

Ausschluss von Minderheitsaktionären und Andienungsrecht

Nach dem Richtlinienvorschlag soll der Bieter im Anschluss an ein Übernahmeangebot die Möglichkeit erhalten, die verbleibenden Minderheitsaktionäre gegen Bezahlung einer angemessenen Abfindung auszuschließen (vgl. Art 14). Voraussetzung für die Einleitung eines Ausschlussverfahrens ist ein Anteil am Grundkapital von mindestens 90%, der von den Mitgliedstaaten auf bis zu 95% angehoben werden könnte. Bei der Bestimmung des angemessenen Preises wird primär auf die im Rahmen eines freiwilligen Angebots oder Pflichtangebots geleistete Gegenleistung Bezug genommen. Kleinaktionäre werden im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien im Regelfall auf die Langfristigkeit der Veranlagung hingewiesen.

Durch die Aktien-Baisse der letzten zwei Jahre haben nicht nur Werte der New Economy, sondern auch konservative Aktienveranlagungen (zB Hypovereinsbank) Kurseinbrüche von mehr als 80% hinnehmen müssen. Die Kurswerte spiegeln daher größtenteils nicht mehr den realen Wert der Unternehmen wider. Im Rahmen eines Ausschlussrechts, welches letztlich de facto einer Enteignung gleichkommt, birgt das alleinige Abstellen auf den aktuellen Börsenkurs die Gefahr in sich, dass die Minderheitsaktionäre billigst aus dem Unternehmen gedrängt werden und nicht einmal den „vollen“ Unternehmenswert abgegolten bekommen. Neben dem Aktienkurs sollte daher im Rahmen eines „squeeze-out“ verbindlich eine anerkannte Unternehmensbewertung durchgeführt werden (zB Discounted cash-flow-Methode). Den Minderheitsaktionären ist sodann der höhere Wert anzubieten.

Das Andienungsrecht bildet das Gegengewicht zum Ausschlussrecht und ermöglicht dem Minderheitsaktionär den Verkauf seiner Aktien an den Mehrheitsaktionär, wobei ähnliche Voraussetzungen wie im Ausschlussverfahren gelten. In der Praxis wird das Andienungsrecht nur selten relevant werden, weil Großaktionäre ohnehin versuchen, einen Reststreubesitz möglichst rasch abzufinden.

3. Umsetzung der Richtlinie – Fristenvorschläge

Die für die Umsetzung der Richtlinie erforderlichen nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sind spätestens mit Wirkung am 1. Jänner 2005 zu erlassen. Die Mitgliedstaaten werden ermächtigt, einen Übergangszeitraum von höchstens 3 Jahren für die Umsetzung von Art 9, der das strenge Neutralitätsgebot für den Vorstand vorsieht, festzulegen. Demnach muss das Neutralitätsgebot spätestens im Jahr 2008 fixiert werden. Nach Vorschlag der Kommission sollten die vorgeschlagenen Regelungen betreffend das anwendbare Recht (Art 4 Abs 2), die Bestimmungen über die Transparenzvorschriften des Art 10 sowie Art 11 (Aufhebung satzungsmäßiger oder vertraglicher Beschränkungen bei Übernahmeangeboten) im Jahr 2010 einer Revision unterzogen werden.

4. Abschließende Bemerkungen zum Richtlinienentwurf

Eine einheitliche europäische Regelung für Unternehmensübernahmen von börsennotierten Gesellschaften wird von der überwiegenden Mehrzahl der Mitgliedstaaten grundsätzlich begrüßt. Seit 1999 hat Österreich ein nationales Übernahmerecht, und die bisherigen Erfahrungen bestätigen die Notwendigkeit eines ordentlichen Verfahrens im Rahmen der Übernahme von börsennotierten Aktiengesellschaften. Der österreichische Gesetzgeber hat sich für eine strenge Neutralitätspflicht des Vorstands entschieden. Die Eigentümerstruktur der an der Wiener Börse notierten Gesellschaften weist eine hohe Konzentrationsrate auf, Syndikatsverträge sichern oftmals stabile Machtverhältnisse, sodass die Problematik feindlicher Unternehmensübernahmen bislang eine untergeordnete Bedeutung hatte. Weitere Privatisierungen der öffentlichen Hand und die geplante Aufhebung von Syndikatsverträgen für die Dauer eines Übernahmeverfahrens können zu einer raschen Veränderung dieser Situation führen. Bedauerlicherweise wird die Diskussion über gleiche Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten („level playing field“) unter dem Gesichtspunkt des Abbaus sämtlicher Verteidigungsmaßnahmen geführt. Aus Sicht der Arbeiterkammer ist dieser Ansatz kurzfristig. Wie in den Ausführungen versucht wurde aufzuzeigen, gibt eine ganze Reihe von guten Gründen, die es rechtfertigen, Verteidigungsmaßnahmen zu ergreifen. Es wäre wünschenswert, wenn die Stellungnahme der Arbeiterkammer dazu beitragen könnte, zu diesem strittigen Thema einen breiteren Diskussionsprozess in Gang zu setzen.

3.2. Österreich

3.2.1. Die Kartellrechtsnovelle 2002

Helmut Gahleitner

Die Kartellgesetznovelle (Wettbewerbsgesetz und Kartellgesetz), die mit den Stimmen der SPÖ, FPÖ und ÖVP (2/3-Mehrheit) beschlossen wurde, ist am 1. Juli 2002 in Kraft getreten. Im Zentrum der Kartellrechtsreform stand die Neuorganisation des Kartellrechtsvollzugs. Die materiell-rechtlichen Änderungen betreffen den Ersatz der strafrechtlichen Sanktionen durch ein Geldbußensystem, die Neudefinition des Begriffs „Medienvielfalt“, die Möglichkeit von Entflechtungsmaßnahmen bereits bei erstmaligem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie die Einführung nachträglicher Sanktionen im Bereich der Zusammenschlusskontrolle. Nachfolgend sollen die Eckpunkte der Kartellrechtsreform nochmals kurz dargestellt werden. Ein ausführlicher Artikel zur Kartellrechtsreform 2002 findet sich in „Fusionen und Übernahmen – Wettbewerbsbericht der AK Wien 2001, Teil 1“, S. 21 bis 29).

Die Eckpunkte der Kartellrechtsreform 2002

1. Zentrierung der Amtsparteistellung auf eine beim BMWA eingerichtete unabhängige, weisungsfreie Bundeswettbewerbsbehörde (Leiter: UnivProf DDr Walter Barfuß), sowie auf einen im Geltungsbereich des Justizministeriums angesiedelten, weisungsgebundenen Bundeskartellanwalt (Dr Alfred Mair). Die Bundeswettbewerbsbehörde verfügt über effiziente Ermittlungsbefugnisse zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen und ist für die Sicherstellung funktionierender Wettbewerbs verantwortlich.
2. Einrichtung einer Wettbewerbskommission (Vorsitz: UnivProf Dr Josef Aicher), die als beratendes Gremium der Bundeswettbewerbsbehörde beigelegt ist; 8 Mitglieder, davon 4 Sozialpartner (Wirtschaftskammer Österreich, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern, Bundesarbeitskammer und Österreichischer Gewerkschaftsbund – jeweils 1 Mitglied); die Wettbewerbskommission kann Empfehlungen betreffend die Prüfung von Zusammenschlüssen abgeben; die Wettbewerbsbehörde oder der Bundesminister für Wirtschaft kann die Wettbewerbskommission mit der Erstellung von Gutachten beauftragen.
3. Verstärkte Einbindung der Regulierungsbehörden (Telekom-Control, Elektrizitäts-Control, Schienen-Control), um das Fachwissen zu nutzen (Antragsbefugnisse und Möglichkeit der Einholung von Stellungnahmen durch Gericht und Bundeswettbewerbsbehörde).
4. Änderung der Gerichtsorganisation:
Beim Kartellgericht (2 statt 1 Berufsrichter im entscheidenden Senat und Dirimierungsrecht⁴⁵ des Vorsitzenden); beim Kartellobergericht (Reduzierung von vier auf zwei fachkundige Laienrichter); Ziel: keine theoretische Mehrheit für Laienrichter zu ermöglichen

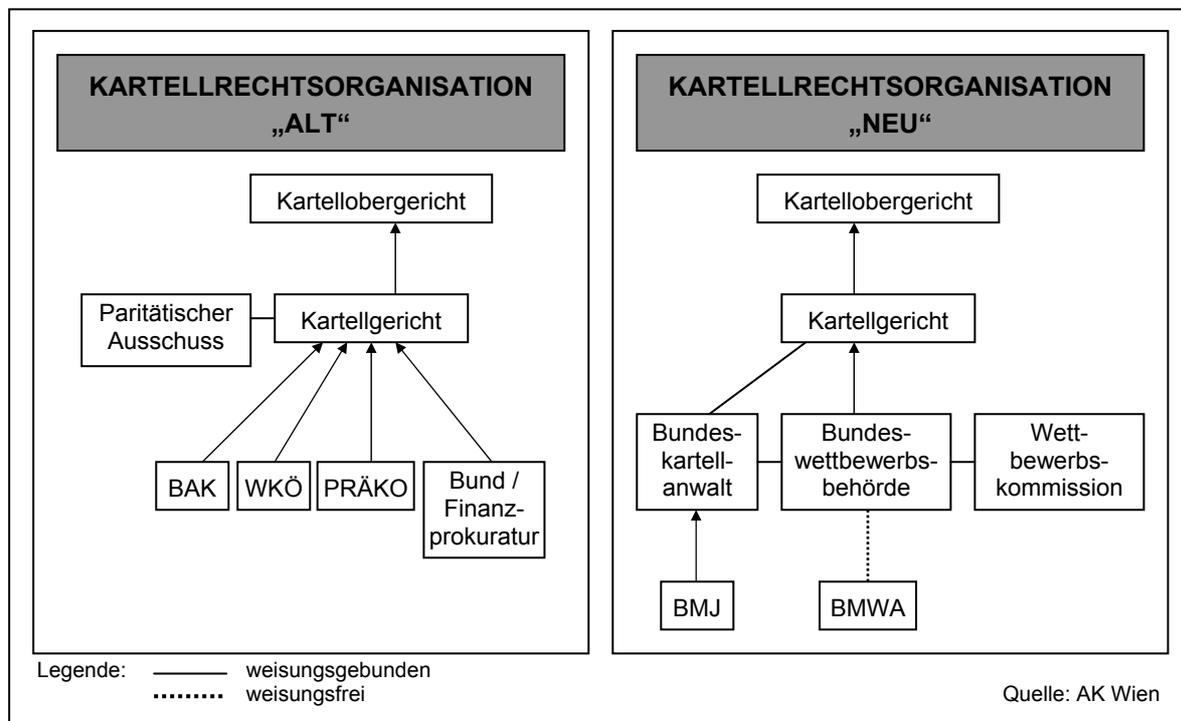
45) Darunter versteht man, dass bei Stimmengleichheit der Vorsitzende des Kartellsenats mit seiner Stimme den Ausschlag gibt.

5. Sozialpartner verlieren Amtsparteistellung; Auflösung des Paritätischen Ausschusses; kein Antragsrecht für Sozialpartner im Rahmen der Fusionskontrolle:

Verbleibende Rechte der Sozialpartner:

- Entsendung von LaienrichterInnen
- Entsendungsrecht von Mitgliedern in die Wettbewerbskommission
- Umfassendes Stellungnahmerecht in allen kartellrechtlichen Verfahren
- Individualantragsrechte (mit Ausnahme des Antragsrechts im Rahmen der Fusionskontrolle bleiben sämtliche individuellen Antragsrechte erhalten)
- Unverbindliche Verbandsempfehlungen sind weiterhin den Sozialpartnern zu übermitteln

Zusammenfassende Gegenüberstellung



3.2.2. Das Bundesvergabegesetz 2002

Rudolf N. Reitzner

In „Fusionen und Übernahmen 2001 – Wettbewerbsbericht der AK-Wien – Teil 1“ wurde über den zu Jahresanfang 2002 vorliegenden Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2002 und die seitens der Bundesarbeitskammer in diesem Zusammenhang geäußerte Kritik und die verlangten Verbesserungen berichtet. Das überarbeitete und mit 01.09.2002 in Kraft getretene Gesetz beinhaltet einige wesentliche Anliegen der Arbeiterkammer:

- Die von der AK geforderte Berücksichtigung von frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitischen Belangen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe wurde durch die Aufnahme einer entsprechenden Formulierung im § 21 – Grundsätze der Leistungsvergabe – umgesetzt; Absatz 7 lautet: „Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von behinderten und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.“
- Im Sinne eines fairen, unverzerrten Wettbewerbs fordert die AK seit langem, dass Unternehmer, deren berufliche Zuverlässigkeit insbesondere wegen der Missachtung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen nicht gegeben ist, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind. Die Bestimmungen hinsichtlich des Ausschlusses vom Vergabeverfahren (§ 51) wurden nunmehr im obigen Sinn ergänzt: „Der Auftraggeber hat Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ... 4. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde; ...“.
Die seitens der AK verlangte, lückenlose Überprüfung der beruflichen Zuverlässigkeit von zum Vergabeverfahren zuzulassenden Unternehmern wurde allerdings nicht im Gesetz verankert. Weiterhin bleibt es im Ermessen (Kann-Bestimmung) des Auftraggebers, Nachweise darüber zu verlangen, dass die berufliche Zuverlässigkeit gegeben ist (§ 52 Nachweis der Eignung).
- Das zur Überprüfung der beruflichen Zuverlässigkeit von Unternehmern aus Sicht der AK geeignete Instrument – ein bundesweiter Auftragnehmerkataster zum Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit – wurde insofern teilweise berücksichtigt, als § 52 Abs 4 ergänzt wurde: „Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind ...“. Gemeint ist damit – nach den erläuternden Bemerkungen – ein Verzeichnis eines Dritten, wie es derzeit der „Österreichische Auftragnehmerkataster“ bildet.
- Um einen adäquaten Schutz der „ArbeitnehmerInnen“ sowie einen internationalen Wettbewerb unter fairen Rahmenbedingungen zu ermöglichen, hat die AK gefordert, die Einhaltung der sogenannten Kernarbeitsnormen – vier zentrale arbeitsrechtliche Prinzipien hinsichtlich der Vereinigungsfreiheit, der Abschaffung der Zwangsarbeit und der Kinderarbeit sowie der Diskriminierung am Arbeitsplatz – als Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren vorzuschreiben. Mittels einer Ergänzung der Formulierung des § 71 – Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher

Bestimmungen – durch Verweis auf eine Reihe von Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation wurde die AK-Forderung im Gesetz verwirklicht.

- Der von der AK immer wieder verlangten verstärkten Berücksichtigung von Umweltbelangen im Vergabeverfahren wurde durch eine Reihe von Bestimmungen Rechnung getragen. § 21 Abs 6 hält fest: „Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ...“. In Verbindung damit § 66 (Grundsätze der Ausschreibung) Abs 2: „Die Ausschreibungsunterlagen haben bei der Projektierung und Ausschreibung umweltgerechter Leistungen für die Planung und Ausschreibung umweltgerechter Produkte sowie umweltgerechter Verfahren auf geeignete technische Spezifikationen Bezug zu nehmen bzw diese zu berücksichtigen.“ Auch in § 74 (Beschreibung der Leistung „Allgemeine Grundsätze“) Abs 4 werden die genannten Aspekte angesprochen: „In der Beschreibung der Leistung sind gegebenenfalls auch die Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren, soweit dies nach dem jeweiligen Stand der Technik und dem jeweils aktuellen Marktangebot möglich ist, anzugeben.“ Schließlich enthalten auch noch die §§ 75 (Technische Spezifikationen) und 80 (Sonstige Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag „Grundsätzliches“) Ausführungen zu dieser Thematik.
- Den seitens der AK geäußerten Bedenken hinsichtlich der im Gesetzesentwurf enthaltenen Bestimmung zur so genannten In-House-Vergabe wurde insofern Rechnung getragen, als nunmehr gemäß § 6 Absatz 1 Ziffer 7 „... Aufträge, die ein oder mehrere Auftraggeber ... an ein Unternehmen vergeben, das von ihm bzw ihnen beherrscht wird und das seine Leistungen im wesentlichen für den oder die Auftraggeber erbringt, in dessen bzw deren Eigentum es steht, ...“ vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. (Im Entwurf war lediglich eine Ausnahme für „vollständig kontrollierte“ Unternehmen, welche ihre Leistung „ausschließlich“ für öffentliche Auftraggeber erbringen, vorgesehen.)

Besonders bedauerlich ist es, dass die von der AK seit langem – und auch in einer Entschließung des Nationalrates vom November 2000 – geforderte, strenge Regelung der Möglichkeit der Beauftragung von Subunternehmen nicht verwirklicht wurde. Die in den sonstigen Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag (§ 80) vorgesehene Möglichkeit, wonach „erforderlichenfalls“ eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag hinsichtlich der Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen festzulegen sind, reicht nicht zur Verwirklichung einer generell strengen diesbezüglichen Regelung aus. Gerade die im Bereich der Sub-Auftragnehmer (bzw Sub-Sub-Auftragnehmer usw) zu beobachtenden, gravierenden Unzukömmlichkeiten hinsichtlich der Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen, steuerlicher Verpflichtungen usw verdeutlichen die Notwendigkeit strenger, einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen. Dadurch sollte der schwerwiegenden Wettbewerbsverzerrung zulasten gesetzeskonform handelnder Unternehmer und deren Beschäftigten entgegengewirkt werden.

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass durch die „eingeschränkte Zulassung des sogenannten Billigstbieterprinzips“ (gemäß Erläuterung zu § 99 „wenn in der Ausschreibung ausreichende Festlegungen getroffen wurden, die gleichwertige Angebote sicherstellen“) eine Aushöhlung des Bestbieterprinzips – und damit der im Gesetz vorgesehenen „qualitativen Aspekte“ des Vergabeverfahrens – droht.

Mit dem neuen Gesetz erfolgt eine Vereinheitlichung des Vergaberechts in materieller Hinsicht; der Rechtsschutz wird auch weiterhin von Bund und Ländern in ihrem jeweiligen Wirkungsbereich vollzogen.

3.2.3. Wettbewerbspolitische Aspekte der Gewerbeordnungs-Novelle 2002

Sonja Auer-Parzer

Regelungsschwerpunkte der Gewerbeordnungs-Novelle 2002

Mit 1. August 2002 trat die neue Gewerbeordnung in Kraft. Zusammenfassend beinhaltet die Novelle folgende Regelungsschwerpunkte:

- Entfall der bewilligungspflichtigen gebundenen Gewerbe
- Begründung aller Gewerbe nur mehr durch Anmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde (Ausnahme: Waffengewerbe betreffend militärische Waffen)
- Zuverlässigkeitsprüfung nur mehr bei 13 Gewerben (ursprünglich 21), Wegfall des besonderen Zuverlässigkeitsprüfungsverfahrens unter Mitwirkung der Arbeiterkammer, Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und des Bundessozialamtes bei Arbeitskräfteüberlassern und Arbeitsvermittlern
- Einführung des „One-Stop-Shop-Prinzips“ (erste Instanz: Bezirksverwaltungsbehörde)
- Änderung des Befähigungsnachweissystems: der zuständige Bundesminister legt die erforderlichen Belege durch Verordnung fest (genereller Nachweis), daneben individueller Nachweis der Befähigung; Entfall des Nachsichtsverfahrens
- für den Antritt zur Meisterprüfung wird nur mehr die Volljährigkeit des Zulassungswerbers vorausgesetzt
- Festlegung des Prüfungsstoffes der Meisterprüfung durch die zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer Österreich, anstatt Regelung im Verordnungsweg
- einheitliche Liste reglementierter Gewerbe (enthält sowohl Handwerke als auch gebundene Gewerbe)
- Entfall der Verwandtschaften zwischen den Gewerben und Ausweitung der gebundenen Gewerbe
- Aufwertung der Teilgewerbe (keine Einschränkung der Beschäftigungszahl, Entfall des generellen Verbotes Lehrlinge auszubilden)
- das Handelsgewerbe wird zum freien Gewerbe (Ausnahmen bei „sensiblen“ Handelstätigkeiten)
- Vereinheitlichung der Nebenrechte der Gewerbetreibenden (zB Schaffung eines umfassenden Handelsrechts für alle Gewerbetreibende)
- Neuregelung des Konkurses als Gewerbeausschluss bzw -entziehungsgrund (nur Konkursabweisung mangels Vermögens – drei Jahre befristet sowie Verurteilung zu Kridadelikten – auch unter drei Monaten bilden Ausschluss- und Entziehungsgründe)
- Entfall des gewerberechtlichen Pächters
- Entfall des Nachweises der Gegenseitigkeit (bzw Gleichstellung mit Inländern) bei Drittstaatangehörigen, wenn legaler Aufenthalt in Österreich gegeben ist
- Abdeckung weiterer Vertriebsstätten durch Stammgewerbeberechtigung
- Entfall der Bedarfsprüfung bei Sperrstundenverlängerung im Gastgewerbe sowie Ausweitung der Betriebszeiten für bestimmte Gastgärten

- neue Bestimmungen über Organisation und Verfahren bei Prüfungen (Meisterprüfungsstelle bei Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft)
- Entfall der Bedarfsprüfung beim Bestattergewerbe und Schlepliftunternehmen
- Neugestaltung der bisherigen EWR-Anpassungsbestimmungen
- die noch nicht vorhandene Betriebsanlagengenehmigung steht der Begründung einer Gewerbeberechtigung nicht entgegen
- Dienstleistungen des Postwesens bedürfen keiner besonderen Gewerbeberechtigung
- Umsetzung der Geldwäscherichtlinie

Im Zusammenhang mit der Novelle zur Gewerbeordnung 1994 wurden auch das Berufsausbildungsgesetz (Beseitigung des generellen Lehrlingsausbildungsverbots bei Teilgewerben), das Konsumentenschutzgesetz (das Rücktrittsrecht vom Vertrag des § 60 GewO 1994 wurde in das KSchG verlagert) und das Neugründungs-Förderungsgesetz (Nachweis unternehmerischer Kenntnisse als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Begünstigungen) geändert sowie das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz angepasst.

Stellungnahme der Bundesarbeitskammer zur Gewerberechtsnovelle 2002⁴⁶

Mit der Novelle strebte die Bundesregierung eine umfassende Liberalisierung des Berufszugangs und der Nebenrechte an.

Aus Sicht der Bundesarbeitskammer ist grundsätzlich ein erleichterter Zugang zum Gewerbe zu begrüßen, denn damit wird die Gründung von Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft angeregt und die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsplätzen gefördert. Die Förderung des Wettbewerbs unter fairen Rahmenbedingungen kann den KonsumentInnen ein reichhaltigeres Angebot und bessere Qualität zu niedrigeren Preisen bringen. Regulierungen des Zugangs im Gewerbebereich sind deshalb nach Ansicht der Bundesarbeitskammer auf das notwendige Maß zu beschränken.⁴⁷

Wesentlich bei jeder Liberalisierungspolitik ist allerdings für die Bundesarbeitskammer, dass faire Wettbewerbsbedingungen für alle Marktbeteiligten geschaffen werden und es zu keiner Aushöhlung der Konsumenten- und Arbeitnehmerrechte kommen kann.

Die Novelle lässt jedoch gerade die gebotene Ausgewogenheit zwischen den Interessen der einzelnen Marktteilnehmer vermissen: Viele Regelungen der Gewerbeordnung sind im engen Konnex mit dem Lehrlingsausbildungssystem, dem Kollektivvertragswesen und Konsumentenschutzbestimmungen zu betrachten. Bei einer Novellierung der Gewerbeordnung sind somit auch Auswirkungen in diesen Bereichen in Betracht zu ziehen. Da die notwendigen begleitenden Regelungen in diesen Bereichen jedoch nicht getroffen wurden, ist zu befürchten, dass sich sehr viele Änderungen auf Kosten der KonsumentInnen und der in den Gewerbebetrieben beschäftigten ArbeitnehmerInnen auswirken werden. Die Bundesarbeitskammer fordert deshalb im Rahmen der Reform der Gewerbeordnung flankierende Maßnahmen, wobei die Sozialpartner eine aktive Rolle einnehmen sollen.

46) Die vollständige Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf ist auf der Homepage der AK-Wien veröffentlicht (http://www.akwien.at/dat/Stellungnahme_GewO-BAKStn-Endfassung.pdf).

47) So ist für konsumentenpolitisch sensible Gewerbe, die mit der Sicherheit von Leben und Gesundheit einhergehen, zu gewährleisten, dass weiterhin strenge Zugangsbestimmungen existieren.

Wettbewerbspolitische Aspekte der Gewerbebotsnovelle 2002

Im folgenden werden einzelne Bestimmungen der Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht und ihre mögliche Wirkung – insbesondere auch im Hinblick auf ihre mögliche Wettbewerbsverzerrung – näher betrachtet.

Gute Berufsausbildung als Standortvorteil Österreichs

Ohne flankierende Maßnahmen sieht die Bundesarbeitskammer vor allem durch die Freigabe des Handels, die Herausnahme der Befähigungsnachweise aus dem Gesetz und die Möglichkeit der Lehrlingsausbildung in Teilgewerben die Gefahr, dass sowohl Bedeutung als auch Qualität der Lehrlingsausbildung in Österreich generell sinken werden. Die gute Berufsausbildung wurde jedoch bisher immer als Wettbewerbsvorteil für den Standort Österreich anerkannt. Österreich könnte damit ein bedeutender Wettbewerbsvorteil verloren gehen.

Der Befähigungsnachweis ist nicht nur notwendige Voraussetzung zur Ausübung eines Handwerks und reglementierten Gewerbes, sondern steht im engen Zusammenhang mit der Lehrlingsausbildung. Mit dem Befähigungsnachweis darf der Gewerbetreibende automatisch Lehrlinge ausbilden.⁴⁸ Inwieweit ein Lehrherr allerdings über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt und diese auch dem Lehrling weitergeben kann, hängt von den jeweiligen Befähigungsnachweisen ab. Für Handwerke sah das Gesetz primär die Meisterprüfung bzw im Gesetz festgelegte Ausbildungen⁴⁹ – diese allerdings verbunden mit dem Nachweis einer praktischen Tätigkeit in dem entsprechenden Bereich – vor. Mit der Novelle werden die Befähigungsnachweise nicht mehr durch Gesetz, sondern im Verordnungsweg geregelt. Der Zugang wurde insofern erleichtert, als der zuständige Bundesminister dabei aus elf möglichen, listenhaft aufgezählten Belegen,⁵⁰ wählen kann.

Diese aufgezählten Qualifikationen mögen zwar grundsätzlich zur Ausübung eines konkreten Gewerbes befähigen, im Hinblick auf die Lehrlingsausbildung kann diese neue Regelung allerdings dazu führen, dass ein Gewerbetreibender, der selbst keine Lehre absolviert hat oder auf andere Weise keine einschlägigen praktischen Erfahrungen besitzt, grundsätzlich berechtigt ist, Lehrlinge auszubilden. Es stellt sich dabei die Frage, inwieweit der Lehrherr seinem Lehrling die entsprechenden Fertigkeiten tatsächlich vermitteln kann. Als konkretes Beispiel möge die (derzeit einzige im Begutachtungsverfahren vorgelegte) Befähigungsnachweisverordnung zum Gastgewerbe dienen: Sie sieht als Nachweis für die Befähigung, einen Gastgewerbebetrieb zu führen, auch die Absolvierung eines beliebigen Studiums oder eines zur Verleihung eines international gebräuchlichen Mastergrades führenden Universitätslehrganges als Befähigungsnachweis vor, ohne dass dabei abgestellt wird, ob im Rahmen dieser Ausbildung auch facheinschlägige Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt wurden.

48) Nach Ablegung einer Ausbilderprüfung; der Ausbilderkurs zielt hauptsächlich auf die Vermittlung der erforderlichen pädagogisch-psychologischen, ausbildungsplanerischen und ausbildungsmethodischen sowie rechtlichen Kenntnisse ab vgl § 29 g Berufsausbildungsgesetz.

49) Vgl § 18 Abs 1 GewO 1994.

50) Vgl § 18 Abs 2 GewO: Zeugnis über eine erfolgreich abgelegte Meisterprüfung oder Befähigungsprüfung; Zeugnis über eine erfolgreich abgelegte Unternehmerprüfung, Zeugnis über den Abschluss einer Studienrichtung an einer Universität, Zeugnis über den erfolgreichen Besuch eines Fachhochschul-Studienganges, Zeugnis über den erfolgreichen Besuch einer Schule, Zeugnis über den erfolgreichen Besuch eines Lehrganges, Zeugnis über eine erfolgreich abgelegte Lehrabschlussprüfung, Zeugnis über eine fachliche Tätigkeit, Zeugnis über eine Tätigkeit in leitender Stellung, Zeugnis über die Tätigkeit als Betriebsleiter, Nachweis über eine Tätigkeit als Selbständiger.

Entkoppelung von Gewerbeordnung und Berufsausbildungsgesetz

Zur Sicherstellung, dass Lehrlinge auch künftig die Möglichkeit einer umfassenden Ausbildung erhalten, schlägt die Bundesarbeitskammer folgende Begleitmaßnahmen vor:

Es soll vorgesehen werden, dass die Lehrlingsausbildung nur jenen Betrieben vorbehalten werden, deren Inhaber selbst eine entsprechende fachliche Ausbildung nachweisen kann.

Als gesetzliche Voraussetzung dafür soll in einer entsprechenden Bestimmung in der GewO verankert werden, dass eine Berechtigung zur Gewerbeausübung nicht automatisch zur Ausbildung von Lehrlingen berechtigt. Zusätzlich müssen die fachlichen Anforderungen an den Lehrberechtigten im Berufsausbildungsgesetz (BAG) geregelt werden. Für eine Berechtigung zur Lehrlingsausbildung sollte der Nachweis einer Ausbildung, die zumindest dem Niveau einer facheinschlägigen Lehrabschlussprüfung entspricht, sowie eine zweijährige Praxis erforderlich sein. Dies unabhängig davon, ob eine Lehrberechtigung im Rahmen eines reglementierten oder freien Gewerbes ausgeübt wird. Diese Entkoppelung der Gewerbeordnung und des BAG wird insbesondere im Hinblick auf die Freigabe des Handelsgewerbes, mit mehr als 19.000 Lehrlingen einer der größten Lehrlingsausbilder erforderlich.

Beirat für Befähigungsnachweise

Zur Gewährleistung fairer Zugangsbedingungen und Wahrung der Interessen der KonsumentInnen – und damit auch mittelbar der Lehrlinge – spricht sich die Bundesarbeitskammer für ein Mitwirkungsrecht der Interessensvertretungen in Form eines Beirates⁵¹ aus. Diesem Beirat, der sich aus Vertretern von Konsumenten, Arbeitnehmern und Arbeitgebern zusammensetzt, soll die Aufgabe zukommen, die zu erlassenden „Befähigungsnachweise“ im Hinblick auf ihre Entsprechung zu dem betroffenen reglementierten Gewerbe zu überprüfen und Empfehlungen in Form eines Gutachtens zu erstellen.

Einschränkung der beruflichen Mobilität der Lehrlinge

Fairer Wettbewerb sichert die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer, nämlich die Freiheit zur unternehmerischen Initiative, die Freiheit von Konsumenten, zwischen alternativen Angeboten wählen zu können, aber auch die Freiheit von Arbeitnehmern zum Arbeitsplatzwechsel.⁵²

Teilgewerbe sind Gewerbe mit stark vereinfachter Tätigkeit (zB Überprüfung und Wartung von Feuerlöschern). Eine Lehrlingsausbildung in Teilgewerben war bis dato durch eine entsprechende Ermächtigung im Verordnungsweg theoretisch zwar möglich, von dieser Ermächtigung wurde jedoch nie Gebrauch gemacht.

Die neuen Regelungen lassen eine Ausbildung von Lehrlingen in Teilgewerben grundsätzlich zu.⁵³ Im Hinblick auf die Lehrlingsausbildung besteht durch diese neue Regelung die Gefahr, dass Lehrlinge in Teilgewerben nicht das gesamte Spektrum des Berufs, sondern nur eine fachlich sehr vereinfachte Ausbildung erhalten würden und somit ihre Mobilität am Arbeitsplatz bedeutend eingeschränkt wäre.

51) Ähnlich dem Berufsausbildungsbeirat gemäß Berufsausbildungsgesetz.

52) Artur Woll (Hrsg), Wirtschaftslexikon 8 733.

53) § 2 Absatz 7 Berufsausbildungsgesetz.

Freigabe des Handelsgewerbes

Die augenscheinlichste Liberalisierung erfolgte im Bereich des Handelsgewerbes: Der Handel stellt nunmehr ein freies Gewerbe dar.⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich beim Handelsgewerbe jedoch um keinen homogenen Wirtschaftszweig handelt, sondern verschiedenste Branchen (zB Baustoffhandel, Lebensmittelhandel, Autohandel) umfasst werden. Diese Liberalisierung kann sich somit auf die einzelnen Marktteilnehmer in unterschiedlicher Weise auswirken und die Folgen sind derzeit auch noch nicht absehbar.

Monitoringkommission

Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer erfordert deshalb eine derartige Liberalisierung begleitende Maßnahmen in Form einer Monitoringkommission. Dieser Kommission, die sich aus Vertretern der Konsumenten und Arbeitnehmer und Gewerbetreibenden zusammensetzt (vergleichbar mit der Euro-Preiskommission), soll die Aufgabe zukommen, zu evaluieren, wie sich die Liberalisierung in den einzelnen Branchen auswirkt, und im Falle von wesentlichen negativen Folgen Empfehlungen für entsprechende gesetzliche Regelungen abgeben.

Zugangskontrolle im Prüfungswesen

Entscheidende Änderungen erfahren auch die Bestimmungen über das Prüfungswesen. Organisation, Bildung und Zusammensetzung der Prüfungskommissionen, die Bestimmungen zur Auswahl der Mitglieder der Prüfungskommission und Festlegung des Prüfungsstoffes werden neu geregelt. Das Prüfungswesen unterliegt nun vollständig der Zuständigkeit der Wirtschaftskammer.

Prüfungen für bisher bewilligungspflichtige Gewerbe und einige nicht bewilligungspflichtige Gewerbe⁵⁵ waren vor der Novelle dem Landeshauptmann übertragen, der auch über die Zusammensetzung der Prüfungskommission zu entscheiden hatte. Daneben fanden Meisterprüfungen, Befähigungsprüfungen für die meisten nicht bewilligungspflichtigen Gewerbe und Unternehmerprüfungen vor den Meisterprüfungsstellen, eingerichtet bei den Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft, statt.

Nunmehr werden alle Prüfungen bei der Meisterprüfungsstelle konzentriert, ebenso erfolgt die Bestellung der Prüfungsbeisitzer durch die Meisterprüfungsstelle. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Prüfungskommission wird festgelegt, dass als Vorsitzender ein Beamter des höheren Verwaltungsdienstes als „erhöhte Garantie der Unparteilichkeit“ vorzusehen ist. Die Voraussetzungen für den Beisitzer werden zwar an die Eigenschaft eines Fachmannes gebunden, das bedeutet jedoch, dass sich Gewerbetreibende weiterhin als Prüfer bewerben und über ihre zukünftigen Konkurrenten Prüfungen abhalten können.

Diese Konzentration des Prüfungswesens bei der Wirtschaftskammer kann möglicherweise neben der weiteren Neuregelung, dass der Prüfungsstoff für die Meisterprüfung durch die Wirtschaftskammer bzw ihre zuständige Fachorganisation festgelegt wird,⁵⁶ die Gefahr einer wettbewerbsverzerrenden Zugangskontrolle durch Konkurrenten in sich tragen.

54) Ausnahme: Handel mit Medizinprodukten und Handelstätigkeiten, die ausdrücklich Bestandteil eines reglementierten Gewerbes sind.

55) Gewerbe der Bestatter, Fremdenführer, Gastgewerbe und Reisebüros.

56) § 21 Absatz 4; Die Bundesarbeitskammer und andere in Berufsbildungsangelegenheiten involvierte Stellen haben dabei nur ein Anhörungsrecht. Nach den Bestimmungen vor der Novelle wurde der Prüfungsstoff durch Verordnungen des zuständigen Bundesministers geregelt.

Unfaire Wettbewerbsbedingungen und Ausgestaltung der Nebenrechte

Die Gewerbeordnungsnovelle 2002 fasst in § 32 die bisher differenziert geregelten Selbstbedienungs- und Nebenrechte⁵⁷ zusammen. Die Nebenrechte gelten nun einheitlich für alle Gewerbetreibende ohne Unterscheidung, ob es sich dabei um ein reglementiertes oder freies Gewerbe oder um ein Dienstleistungs-, Erzeuger oder Handelsgewerbe handelt. Eine der wichtigsten Neuregelungen betrifft die Einführung eines umfassenden Handelsrechts für alle Gewerbetreibenden.

Gewerbeberechtigung und tatsächlich ausgeübte Tätigkeit müssen jedoch übereinstimmen. Führen Nebenrechte dazu, dass sich das Tätigkeitsfeld der Gewerbeberechtigung verlagert und im Endergebnis die Ausübung dieser Rechte einen wesentlichen Teil oder die Haupttätigkeit ausmachen, besteht nach Ansicht der Bundesarbeitskammer die Gefahr, dass durch den Erwerb einer für den Gewerbebetrieb „günstigeren“ Gewerbeberechtigung und der damit verbundenen Kollektivvertragszugehörigkeit nicht nur arbeitsrechtliche Standards unterlaufen werden, sondern damit auch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile lukriert werden können.

Eine gewisse Sicherstellung, gesetzliche wettbewerbsverzerrende Wirkungen hintanzuhalten, bietet die Regelung des § 32 Absatz 2.⁵⁸ Sie bestimmt, dass „bei der Ausübung der Nebenrechte der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben muss“.

Eine weitere wettbewerbspolitisch relevante Problematik im Zusammenhang mit der Einführung des uneingeschränkten Handelsrechtes kann im Zusammenhang mit Öffnungszeitenregelung und der Sonn- und Feiertagsruhe gesehen werden.

Aus der Formulierung des § 32 GewO (Nebenrechte) könnte man schließen, dass auch jene Gewerbetreibenden, die ihr Gewerbe rechtmäßig außerhalb der Öffnungszeitenregelung bzw. während der Sonn- und Feiertage ausüben dürfen (zB Tankstellen, Gastwirte, Kinos, Videotheken), Waren aller Art in beliebiger Menge anbieten dürfen. Weder der Gesetzestext noch die dazugehörigen Erläuternden Bemerkungen des § 32 GewO gehen auf die Wahrung der Öffnungszeitenregelung und der Sonn- und Feiertagsruhe ein. Auch hinsichtlich der Bestimmungen über den Gewerbeumfang der Tankstellen⁵⁹ lässt der Wortlaut des Gesetzes die diesbezügliche Interpretation offen. Hinsichtlich der Gastwirte⁶⁰ findet sich nur ein Hinweis in den erläuternden Bemerkungen, dass diese in Ausübung ihrer Nebenrechte nach § 32 an die Öffnungszeiten gebunden sein sollen. Verkauften Tankstellen, Kinos usw. zusätzlich alle Lebensmittel,⁶¹ CDs oder Bücher, und sind sie dabei jedoch nicht an die Öffnungszeitenregelung gebunden, stellt dies aus wettbewerbspolitischer Sicht für sie einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem Einzelhandel dar.⁶²

57) Vgl §§ 30-35 GewO 1994.

58) Diese Regelung ist im Gesetzestext des Begutachtungsentwurfs noch nicht enthalten und wurde erst nachträglich aufgenommen.

59) § 157 GewO.

60) § 111 Absatz 4 GewO.

61) Ohne Berücksichtigung des umfassenden Handelsrechts des § 32 als Nebenrecht wären Tankstellen und Gastwirte an ein beschränktes Warensortiment gebunden.

62) Hält der Einzelhandel diesem unfairen Konkurrenzdruck nicht stand und fordert gleiche Wettbewerbsbedingungen, so bedeutet dies gleichzeitig einen weiteren Vorstoß zur Forcierung der unerwünschten Sonn- und Feiertagsarbeit.

3.2.4. Das neue Abfallwirtschaftsgesetz und seine wettbewerbspolitischen Aspekte

Werner Hochreiter⁶³

Abfallpolitik und Wettbewerb – Mit den produktbezogenen Regelungen des AWG 2002 vom Regen in die Traufe?

Der parlamentarische Umweltausschuss hat im Juni 1998 den Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie im Wege zweier Entschlüsse aufgefördert, Vorschläge für sowohl eine Gesamtreform des Bundesabfallwirtschaftsgesetzes⁶⁴ als auch der Verpackungsverordnung⁶⁵ vorzulegen. Im Herbst 2001 ist der Entwurf für diese Gesamtreform in die Begutachtung gegangen. Im Frühjahr 2002 hat der Nationalrat die überarbeitete Regierungsvorlage mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit verabschiedet. Anfang November 2002 – also mit etwas Verspätung – ist das Bundesgesetz über eine nachhaltige Abfallwirtschaft (Abfallwirtschaftsgesetz 2002 – AWG 2002) in Kraft getreten. Mit dem AWG 2002 werden auch die Bestimmungen über die flächendeckenden Sammel- und Verwertungssysteme verändert. Thema des vorliegenden Beitrags ist, inwieweit – am Beispiel Verpackungen – die neuen Bestimmungen den bislang ungelösten wettbewerblichen Fragestellungen ausreichend Rechnung tragen.

Die Abfallwirtschaft ist nicht nur ein Thema der Umweltpolitik, sondern rückt zunehmend auch ins Blickfeld der Wettbewerbshüter. Dafür verantwortlich sind mehrere Faktoren: Zum einen hat die umsatzmäßige Bedeutung des Sektors stark zugenommen, was wohl unmittelbar auf die gestiegenen umwelttechnischen Anforderungen aufgrund von umweltrechtlichen Vorschriften zurückzuführen ist. Den öffentlichen und privaten Entsorgern fallen damit neue Aufgaben zu, die von der Erfassung, Sortierung, Verwertung und Vermarktung von Sekundärrohstoffen bis zur Organisation umfassender Entsorgungskonzepte reichen. Durch diesen Wandel entstanden auch neue Märkte, die ein vergleichsweise hohes Wachstumspotenzial aufweisen, und auf denen vor allem private Unternehmen tätig sind. Dass es vor allem private Unternehmen sind, dazu trägt auch der aus anderen Bereichen der Daseinsvorsorge bekannte Trend bei, dass sich die öffentliche Hand zunehmend aus bisherigen Tätigkeitsfeldern zurückzieht. Seit Anfang der neunziger Jahre ist die Abfallbeseitigung, die bis dahin traditionell von den Kommunen getragen wurde, immer mehr zum Tätigkeitsfeld privater Unternehmen geworden.

Ein ähnlicher Befund ließe sich wohl auch zu anderen Teilbereichen der Umweltpolitik erstatten. Eine Besonderheit stellen aber dennoch im Abfallbereich die auf Produkte bezogenen Regelungen und die damit entstandenen kollektiven Abfallsammel- und -verwertungssysteme dar. Auffallend ist die große Reichweite der eingeschlagenen Privatisierungsstrategie, die sich letztendlich als „Aufgabenprivatisierung“ darstellt.

63) Der Autor, Mitarbeiter der Abteilung Umwelt und Verkehr in der AK Wien, war in die parlamentarischen Verhandlungen um die Reform der Verpackungsregelungen 1996 einbezogen und Mitglied des Tarifbeirats gemäß § 7e AWG; seit November 2002 ist er Mitglied des Beirats gemäß § 34 AWG 2002.

64) Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie wird aufgefordert, anhand der Ergebnisse einer Evaluierung eine Neufassung des Abfallwirtschaftsgesetzes, basierend auf dem Prinzip der Abfallvermeidung unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen des EU-Rechts, vorzubereiten. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie wird ersucht, innerhalb von zwei Jahren dem Umweltausschuss über den Stand der Arbeiten sowie den Stand der Verhandlungen über einen Gesetzesentwurf zu berichten (Entschließung des parlamentarischen Umweltausschusses vom 30.6.1998).

65) Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie wird ersucht, die Auswirkungen der Verpackungsverordnung hinsichtlich der Kosten und umweltpolitischen Effizienz zu untersuchen und innerhalb von zwei Jahren in einem Bericht an das Parlament allfällig erforderliche Vorschläge für eine Gesamtreform des Systems mit dem Ziel der Kostenersparnis für Unternehmen und Haushalte unter Aufrechterhaltung eines hohen Umweltschutzniveaus zu unterbreiten (Entschließung des parlamentarischen Umweltausschusses vom 30.6.1998).

Sammel- und Verwertungssysteme als Instrument der Umweltpolitik

Sammel- und Verwertungssysteme sind schon seit geraumer Zeit⁶⁶ ein Thema der umweltpolitischen, vor allem der umweltökonomischen Debatte. „Staatsversagen im Umweltschutz“ war der Ausgangspunkt dieser Debatte. Gemeint ist die Beobachtung, dass die komplexen Ziele des vorsorgenden Umweltschutzes, wie „Abfallvermeidung“, „Ressourcenschonung“ uam, sich einer einfachen Umsetzung per sanktionsbewehrter Verbotsnormen nach traditionellem Schema entziehen. Das Problem besteht darin, dass sich schon die Einzelheiten dieser Ziele nur schwer bestimmen lassen, und umso mehr in der Folge, wem welche Pflichten im Einzelnen auferlegt werden müssen, damit diese Ziele vorhersehbar erreicht werden.

Deutlicher wird dieses Regulierungsproblem an Beispielen, deren Wichtigstes und Bekanntestes wohl die Verpackungen⁶⁷ sind. Anfang der 90er-Jahre sind sie in Österreich und in Deutschland zum Symbol für die „Wegwerfgesellschaft“ geworden. Sie sollten daher dringend zum Gegenstand von so genannten „Vermeidungsverordnungen“ gemacht werden. Schnell musste man damals aber den Gedanken verwerfen, dass eine Lösung darin bestehen könne, bestimmte Verpackungen oder Packstoffe einfach zu verbieten. Ökobilanzen zu Packstoffen zeigen, dass die Umweltrelevanz der Verpackungen weniger vom verwendeten Packstoff (Glas, Kunststoff, ...), als von der Art und Weise ihres Einsatzes (Einweg – Mehrweg, Transportentfernung, Konsum- und Entsorgungsgewohnheiten ...), jedenfalls aber immer von einer Vielzahl unterschiedlich zusammenwirkender Faktoren abhängt.

Freilich wären der Politik bei dieser Sachlage noch immer verschiedene Handlungsoptionen offen gestanden. Dass sie ua nicht zum Instrument „Lenkungsabgabe“, zB in Form einer Abgabe auf Einweggetränkegebinde und sonstige Konsumverpackungen⁶⁸ gegriffen hat, lässt sich damit noch nicht erklären. Solche Abgaben werden vor allem in den skandinavischen Ländern⁶⁹ breit eingesetzt.

Dass das Instrument „unentgeltliche Rücknahmeverpflichtung mit Entpflichtungsmöglichkeit“⁷⁰ zum Zug gekommen ist, hängt mit weiteren politischen Zielsetzungen zusammen, die vor allem die Wirtschaft schon damals mit Vehemenz verfolgt hat:

- 1) Die eine besteht in der möglichst weitgehenden „Privatisierung“ vormals staatlicher Aufgaben. Offen ausgesprochen wurde dies in Deutschland, wo gesagt wurde, dass die erlösträchtigen Wertstoffsammlungen völlig aus der kommunalen Zuständigkeit herausgelöst und in die der Wirtschaft fallen sollten.

66) Vgl zum Folgenden: Hochreiter, „Streitobjekt Verpackungsverordnung – Mehr Umweltschutz durch Deregulierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben?“, Springer-Verlag Wien 1995 sowie Hochreiter, „Verpackungsverordnung – Ein Stück Umweltpolitik an der Umwelt und den Konsumenten vorbei?“, in: Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1994-1995, Österreichische Staatsdruckerei 1996 sowie ausführlich Hochreiter, Länderbericht Österreich, in: „Abfallpolitik und Konsumenteninteressen – Nationale Erfahrungen im europäischen Vergleich – Künftige Regelungen für Altautos und Elektroaltgeräte am Prüfstand“, in Bundesarbeitskammer (Hrsg): Informationen zur Umweltpolitik, Band 132, Wien 1999.

67) Andere österreichische Beispiele sind Kühlgeräte („Kühlgeräteverordnung“), Batterien („BatterienVO“), Lampen („LampenvO“) oder Altfahrzeuge („Altfahrzeugverordnung“); in Umsetzung der schon gültigen EU-ElektroaltgeräteRL wird demnächst in Österreich eine entsprechende nationale Umsetzung („ElektroaltgeräteVO“) erlassen werden.

68) Vgl dazu den (auch schon nach dem AWG 1990 möglichen) Behandlungsbeitrag gemäß § 14 Abs 2 Zi 10 AWG 2002.

69) Insbesondere Dänemark, Finnland und Norwegen.

70) Gemeint ist: Der Erst-Inverkehrsetzer eines Produkts oder eine nachfolgende Vertriebsstufe sind individuell verpflichtet, die Abfälle daraus unentgeltlich zurückzunehmen und einer bestimmten Verwertung oder sonstigen Behandlung zuzuführen; durch Teilnahme an einem flächendeckenden Sammel- und Verwertungssystem werden sie aber von diesen Pflichten wieder entbunden („Entpflichtung“) – vgl dazu § 14 Abs 2 Ziffer 3 AWG 2002 bzw die §§ 3 ff VerpackVO 1997 oder § 5 Abs 2 AltfahrzeugVO; die Teilnahme an einem solchen System erfolgt durch Abschluss eines Lizenzvertrags, der bspw im Falle des ARA-Systems die Nutzung des „Punktes“ gestattet.

- 2) Die zweite besteht in der Vorliebe der Wirtschaft für „freiwillige Vereinbarungen der Wirtschaft“. Nach der offiziellen Lesart der Wirtschaft soll diese Spielart von „Deregulierung“ effizientere, flexiblere und kostengünstigere Lösungen ermöglichen. In der Realität dürfte sich diese Vorliebe wohl eher aus den internen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen solcher Vereinbarungen erklären, die sich dann marktmächtige Akteure innerhalb der Wirtschaftsbeteiligten zunutze machen können.

Zum Verpflichteten, bspw einer Verpackungsabgabe, hätte man sinnvollerweise den Einzelhandel machen müssen. Damit wären auch die Großformen des Lebensmittelhandels betroffen gewesen. Derartiges abzuwenden war Anfang der 90er-Jahre aber erklärtes Ziel der Wirtschaft. Ziel war der völlige Rückzug der öffentlichen Hand. Angestrebt wurde auch ein möglichst weitgehender Rückzug aus einer allfälligen „Gewährleistungsverantwortung“ der Öffentlichen Hand.

So wurde – dem mainstream „Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung“ folgend – die in Deutschland mit der deutschen Verpackungsverordnung eingeschlagene neue Form der Organisation der Verpackungsentsorgung (Auftraggeber ist ja, anders als sonst, nicht die Abfallanfallstelle, sondern der Inverkehrsetzer) zum Vorbild für die österreichische Umweltpolitik. Denn offenbar war nur dieser Weg konsensfähig mit der Wirtschaft. Im Wege des zur Umsetzung der österreichischen Verpackungsverordnung gegründeten ARA-Systems konnten die Großformen des Lebensmittelhandels die Zahlungsverpflichtung auf die Ebene der Abpacker und Abfüller vorverlagern, was ihnen zusätzliche Gestaltungsspielräume, ua im Verhältnis zu ihren Lieferanten,⁷¹ aber auch Verdienstmöglichkeiten als Entsorger⁷² eröffnet hat.

Sammel- und Verwertungssysteme im Blickpunkt der Wettbewerbspolitik

Diese weiten „Gestaltungsspielräume“ machen nun auch die Besonderheit dieser neuen Strategie in der produktbezogenen Abfallpolitik aus. Während in anderen Umweltbereichen staatlicher Rückzug lediglich die Aufgabenerfüllung – diese aber in genau definierten Grenzen – betrifft, werden hier gezielt auch weite Spieräume für die inhaltliche Festlegung der Aufgabe⁷³ eröffnet. Die Verwaltungslehre spricht von einer materiellen oder „Aufgabenprivatisierung“ – im Gegensatz zu einer bloß formellen oder „Organisationsprivatisierung“.

Und mit diesen Spielräumen sind auch die zahlreichen wettbewerblichen Fragestellungen in diesem Zusammenhang angesprochen.⁷⁴ Regelungskonzepte, wie die österreichische Verpackungsverordnung, ziehen nämlich geradezu zwangsläufig die Bildung von monopolartigen Systemen⁷⁵ nach sich. Denn die Umweltpolitik wünscht „flächendeckende“ Lösungen, und es muss daher nicht verwundern, dass Lösungen in Eigenregie – dh die Rücknahme und Verwertung der in Verkehr gesetzten Verpackungen durch den Inverkehrsetzer selbst („Selbstentpflichtung“) – rechtlich zwar möglich, überall aber mit hohem organisatorisch/bürokratischem Aufwand verbunden und jedenfalls im Bereich der

71) Angesprochen ist damit die Frage, inwieweit die Kosten für die Systemteilnahme auf die Handelsebene überwälzt werden können; sie hat aus Sicht der inländischen Hersteller deswegen Brisanz, weil ausländische Lieferanten mangels Wirksamkeit der österreichischen Verwaltungsnormen im Ausland nicht gezwungen sind, eine derartige Entpflichtung vorzunehmen und so einen Kostenvorteil haben.

72) Zur Entsorgung der in den Handels-Outlets anfallenden Verpackungsabfälle.

73) So schon Hochreiter, „Streitobjekt Verpackungsverordnung“, Seite 128 FN 272 (zum Begriff), der daran anknüpfend die Gesetzeskonformität der Verpackungsverordnung bezweifelt (aaO S 165ff, S 171 – „Überschreitung der Verordnungsermächtigung“).

74) Vgl dazu Federmair, „Unternehmensverflechtungen in der österreichischen Entsorgungswirtschaft“, in Bundesarbeitskammer (Hrsg) Informationen zur Umweltpolitik Nr 142 Wien 2001.

75) Vgl dazu insbesondere die „Gemeinsame Resolution der österreichischen Sozialpartner an die Umweltminister zu EU-Abfallrichtlinien“ vom 28. August 1998; diese Resolution enthält eine Zusammenstellung der Argumente.

Entsorgung der privaten Haushalte auch faktisch unmöglich ist. So gehen, wenn nicht aktiv – dh mit dem Ziel der Förderung von Wettbewerb – gegengesteuert wird, die umweltrechtlichen Anreize einerseits in Richtung eines Angebotsmonopols, was den Markt für die Entpflichtungsleistungen betrifft, und andererseits in Richtung eines Nachfragemonopols, was die Märkte für die Sammlung und Verwertung der Verpackungsabfälle betrifft.

Die Gefahr der Bildung eines den Bereich der Haushalts- und der Gewerbeentsorgung überspannenden Monopols vorhersehend, hat das deutsche Bundeskartellamt in einer wegweisenden Entscheidung dem Dualen System Deutschland (DSD) untersagt, im Gewerbebereich tätig zu werden,⁷⁶ sprich: die Abholung von im Gewerbe angefallenen Verpackungsabfällen anzubieten. Kurz gesagt durfte das DSD von Anfang an nicht in der Gewerbeentsorgung tätig werden. Ausschlaggebend dafür waren ua auch die diesbezüglichen Bestrebungen und Einflussnahmen durch die Großformen des Lebensmittelhandels, denen das Bundeskartellamt zuvorkommen wollte.⁷⁷ Mit einer umfangreichen Novelle zur Verpackungsverordnung⁷⁸ hat schlussendlich das deutsche Bundesumweltministerium 1998 diese „Schnittstelle“ ins Umweltrecht übernommen und damit für ein „Gleichlauf von Umwelt- und Wettbewerbsrecht“ gesorgt. Für den gewerblich-industriellen Bereich hat die Novelle sogar auf einen de facto Zwang zum Systembeitritt verzichtet und breiten Raum für konkurrierende Selbstentpflichtungslösungen zugelassen.

Dass diese Schritte zwar notwendig, aber lange noch nicht hinreichend waren, zeigen die jüngsten Vorkommnisse in Deutschland. So hat das deutsche Bundeskartellamt Ende 2002 Bußgelder in der Höhe von insgesamt 4 Mio EUR gegen das Duale System Deutschland, den Markenverband, die Bundesvereinigung der Deutschen Handelsverbände und den Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft sowie einzelne Handels- und Entsorgungsunternehmen wegen Aufrufs zum Boykott bzw wettbewerbsbeschränkender Absprachen verhängt. Der Handels- und der Markenverband haben auf Initiative des DSD zum Boykott der Belland Vision GmbH aufgerufen, die Selbstentsorgungslösungen anbietet. Der Entsorgungsverband und das DSD haben Vereinbarungen von Entsorgungsunternehmen initiiert, für das Unternehmen Landbell nicht tätig zu werden, um zu verhindern, dass Landbell – trotz Genehmigung durch die Hessische Umweltbehörde – ein Konkurrenzsystem zum DSD aufbauen kann.⁷⁹ Befriedigen kann somit diese Entwicklung in Deutschland keineswegs, zumal die vom Bundeskartellamt aufgegriffenen Sachverhalte auch Thema der beiden wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission zum Deutschen Dualen System gewesen sind. Diese zielten gerade darauf ab, dass Selbstentpflichtungslösungen sowie Konkurrenzsysteme neben dem DSD möglich sein müssen (vgl dazu noch weiter unten). Und es bleibt abzuwarten, wie die Vorkommnisse in Deutschland in der Wettbewerbsdirektion in Brüssel aufgenommen werden. Dennoch ist festzuhalten, dass zumindest ein Bemühen der deutschen Wettbewerbsbehörde und des deutschen Umweltministeriums feststellbar ist, auf Fehlentwicklungen zu reagieren.

An Österreich sind diese positiven Entwicklungen dagegen beinahe spurlos vorübergegangen. Im Herbst 1992 ist die Verpackungsverordnung in Kraft getreten. Von Beginn an war das ARA-System bewusst als Monopolsystem konzipiert. Das seit 1993 (!) vor dem österreichischen Kartellgericht laufende Verfahren zur Prüfung der Verträge und Gestaltungen durch die Gesellschaften des ARA-Systems⁸⁰ ist aber bisher ohne wesentliches inhaltliches Ergebnis geblieben.

76) Entscheidung des deutschen Bundeskartellamts B10-763400-A-82/93 vom 25.6.1993.

77) „Wettbewerb im Gewerbebereich hätte dann nicht den Funken einer Chance“, stellten Vertreter der Entsorgungswirtschaft unmissverständlich fest; in die gleiche Richtung ging die Begründung des dt Bundeskartellamts.

78) Verpackungsverordnung vom 21.8.1998.

79) Vgl dazu die Pressemeldung des deutschen Bundeskartellamtes vom 23.1.2003.

80) 2 Kt 616/93

Ebenso wenig sind (aus wettbewerblicher Sicht) die abfallrechtlichen Grundlagen für das ARA-System seit 1992 im Ergebnis entscheidend verändert worden. Obzwar nach offizieller Lesart die umfassende Reform der österreichischen Verpackungsregelungen 1996⁸¹ ua zum Ziel hatte, den Wettbewerb von Sammelsystemen in der Erfassung und Verwertung der im Gewerbe anfallenden Verpackungsabfälle zu ermöglichen, sind die tatsächlichen Erfolge bescheiden geblieben. Die Konkurrenten des ARA-Systems konnten bisher das Etikett „Nischenanbieter“ nicht abstreifen. Denn weder ist dem ARA-System untersagt worden, im Gewerbebereich weiter tätig zu sein, noch ist im Wege der seit 1996 erforderlichen abfallrechtlichen Genehmigungsverfahren eine durchgängige Trennung des ARA-Gewerbesystems vom ARA-Haushaltssystem sichergestellt worden, um Quersubventionierungen des im „künftigen“ Wettbewerb stehenden Gewerbesystems durch das Haushaltssystem zu verhindern.

Die wohl gravierendste Wettbewerbsbeschränkung durch die Gesellschaften des ARA-Systems besteht so auch darin, dass die den Lizenznehmern angebotenen Tarife⁸² gar nicht zwischen dem Haushalts- und dem Gewerbebereich unterscheiden, obwohl die Gesellschaften des ARA-Systems (dies suggerierend?) für den Haushalts- und den Gewerbebereich formal getrennte Genehmigungen nach § 7a AWG – allerdings bei aufrechter gesellschaftsrechtlicher Identität seit 1992 – angestrebt haben. Obwohl spätestens seit 1996 die Gefahr der Quersubventionierung bekannt war, hat das Umweltministerium auch weiterhin die Zuordnung der Kosten zu den Tarifgruppen im Wege einer den Bereich von Haushalts- und Gewerbesystem umfassenden, kaum nachvollziehbaren Mischkalkulation zugelassen.

Bis heute ließen sich daher auch Verdachtsmomente nicht ausräumen, dass es insbesondere im Bereich des Papier- bzw des Kunststoffverpackungssammelsystems zu erheblichen Quersubventionierungen kommt, die den Wettbewerb im Bereich der gewerblichen Sammelsysteme verzerren:

- Auffallend waren einerseits immer wieder „Parallelitäten“ zwischen der Preis- und Tarifpolitik der Gesellschaften des ARA-Systems zu denen von gewerblichen Mitbewerbern. So hat das ARA-System auf das Auftreten von Mitbewerbern bzw auf etwaige Tarifsenkungen dieser Mitbewerber sehr oft mit Einführung eigener Tarifgruppen – so zB mit dem Industrie- und Gewerbepaket-Tarif (dieser war anfangs sogar als Mengenrabatt ausgestaltet) bzw entsprechenden Tarifsenkungen reagiert, die die Frage provozieren, ob die dafür nötigen, korrespondierenden Kostensenkungen tatsächlich dem ARA-Gewerbesystem entspringen oder erst durch Quersubventionierungen zu Lasten des Haushaltssystems erreicht werden konnten.
- Andererseits dürften nach bisherigem Kenntnisstand im Buchungssystem der Gesellschaften des ARA-Systems vielfältige Möglichkeiten bestehen, Kostenblöcke nach Bedarf zu verschieben, und so im Gewerbebereich Tarife anzubieten, die unter den wahren Kosten liegen.
- Zum Dritten fand sich bis zuletzt in den maßgeblichen Vertragswerken⁸³ nirgendwo eine ausdrückliche Selbstbindung dahingehend, dass es zu keinen Quersubventionierungen zwischen dem Haushalts- und dem Gewerbesystem kommen dürfe. Derartiges wäre spätestens anlässlich der Gesamtreform 1997 zusätzlich zum schon bestehenden vertraglichen „Verbot der packstoff-spezifischen Quersubventionierung“ zu verankern gewesen.

81) Auslöser für die Reform war eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde der AK Wien, die zur gänzlichen Aufhebung der Verpackungsverordnung 1992 führte. Seit der Abfallwirtschaftsgesetz-Novelle 1996 bedürfen Sammel- und Verwertungssysteme zur Umsetzung der VerpackungsVO einer Genehmigung und unterliegen der Aufsicht des Umweltministeriums (§§ 7a bis 7d AWG); die im Bereich der Haushaltssammlung zur Anwendung kommenden Tarife unterliegen einer speziellen Tarifaufsicht (§ 7e AWG); insb § 11 VerpackVO enthält nähere Regeln zu den Sammel- und Verwertungssystemen.

82) Die den Tarifkategorien zugeordneten Verpackungstypen, beispielsweise im Kunststoffbereich „Kunststoff groß“, „Kunststoff klein“ bzw „Industrie- und Gewerbepakettarif“, fallen allerdings in allen (!) Sammel-Modulen gleichzeitig, jedoch in unterschiedlichen Mengenverhältnissen an. Dies bedeutet, dass sich jeder (!) Tarif aus Kostenanteilen aus jedem (!) Modul zusammensetzt.

83) Gemeint sind die Verträge zwischen den Gesellschaften des ARA-Systems untereinander („Entsorgungsvertrag“), die Standardverträge mit den Lizenznehmern und die Verträge mit den Sammel-, Sortier- und Verwertungsunternehmen.

In den letzten Jahren sind diese neuen Formen der Organisation der Verpackungsentsorgung und die damit etablierten Entpflichtungsmärkte auch ins offizielle Visier der Brüsseler Wettbewerbshüter⁸⁴ gelangt. Davon zeugen das mittlerweile abgeschlossene Verfahren der Europäischen Kommission ua zum französischen System Eco Emballage,⁸⁵ die beiden Entscheidungen zum Deutschen Dualen System⁸⁶ sowie die zum österreichischen ARA-System laufenden Verfahren.⁸⁷ Im ihrem „XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik – 2001“ (SEK(2002) 462 endg) widmet sie der "Wettbewerbspolitik im Bereich Verpackungsmüll" sogar einen eigenen Abschnitt⁸⁸ und führt die „wichtigsten Grundsätze für den Wettbewerb“ an, denen Sammel- und Verwertungssysteme genügen müssen, nämlich

- a) Auswahlmöglichkeiten für Unternehmen (gemeint sind die zur Rücknahme verpflichteten Unternehmen),
- b) keine ungerechtfertigten Ausschließlichkeitsvereinbarungen,
- c) unbeschränkter Zugang zur Erfassungsinfrastruktur (gemeint ist: für konkurrierende Sammelsysteme im Haushaltsbereich),
- d) freie Vermarktung von Sekundärmaterial (gemeint ist: durch die Entsorger).

Offensichtlich ist, dass die konkrete Umsetzung in Österreich – jedenfalls hinsichtlich der Punkte a) und c) – problematisch ist. Es ist kein Zufall, dass die Konkurrenzsysteme bloß auf Nischenlösungen beschränkt sind, weil das ARA-System bis dato die Mitbenützung verweigert hat (siehe Punkt c). Und es ist weiters kein Zufall, dass Selbstentpflichtung in Österreich noch immer einen Ausnahmefall darstellt: Verantwortlich dafür sind vor allem die hohen Mindestanfallmengen je Packstoff und Kalenderjahr, die erreicht sein müssen, um die bürokratischen Erleichterungen für das Großanfallstellenprinzip⁸⁹ in Anspruch nehmen zu können. Aber auch aus anderen Gründen⁹⁰ haben die meisten Unternehmen keine Alternative zum „Zwangsbeitritt“ zum ARA-System (siehe Punkt a).

Die volle Tragweite der privilegierten Sonderstellung, die im europäischen Vergleich dem ARA-System in Österreich eingeräumt ist, zeigt auch der im Dezember 2000 erschienene Endbericht⁹¹ einer im Auftrag der Generaldirektion Umwelt der Europäischen Kommission erstellten Studie „European Packaging Waste Management Systems“. Diese Studie enthält in ihrem ersten Abschnitt eine interessante Übersicht über die Art und Weise der Umsetzung der EU-Verpackungsrichtlinie in den Mitgliedsstaaten, namentlich über die jeweilige Ausgestaltung der Sammel- und Verwertungssysteme.

84) Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission

85) Sache COMP/D3/34.950, Entscheidung vom 15. Juni 2001, Abl L233 vom 31.8.2001, S 37.

86) Sache COMP/D3/34.493, Entscheidung vom 20. April 2001, Abl L166 vom 21.6.2001, S 1 und Entscheidung vom 17. September 2001, Abl L319 vom 4.12.2001, S 1

87) Sache COMP/A.35.470/D3 – ARA sowie Sache COMP/A.35.473/D3 – ARGEV, ARO; vergleiche dazu die mittlerweile ergangene Mitteilung der Europäischen Kommission gemäß Artikel 19 Abs 3 der Verordnung 17/62 (Abl C 252/16 vom 19.10.2002, S 2), zu der auch die Bundesarbeitskammer eine kritische Stellungnahme abgegeben und ua gefordert hat, dass in diesem Verfahren auch die übrigen gegen das ARA-System anhängigen Beschwerden, so ua die Sache COMP/A.36.011/D3 (Beschwerde eines Mitbewerbers), miterledigt werden; dem Vernehmen nach sollen aber noch weitere Beschwerden anhängig sein.

88) S 27ff.

89) Die rechtlichen Rahmenbedingungen für betriebliche Großanfallstellen und ihre Lieferanten sind in § 3 Abs 1, Abs 5 und Abs 6 sowie in § 4 Abs 1 und 8 der VerpackVO geregelt; aus den genannten Bestimmungen ergeben sich Erleichterungen im Hinblick auf Melde- und Nachweispflichten, vor allem für die Großanfallstellen selbst, weil sie nicht gezwungen sind, zahlenmäßig bestimmte Verwertungsquoten für die von ihnen erfassten Verpackungsabfälle nachzuweisen (siehe § 8 Abs 2 am Ende VerpackVO).

90) Wie schon für Deutschland erkennbar, drängen die Großformen des Handels ihre Lieferanten dazu, auch ihre Gewerbeverpackungen vollständig beim ARA-System zu lizenzieren; für deren Entsorgung sollen die Großformen des Handels nicht unbeträchtliche Entgelte erzielen; problematisch erscheint die In-Sich-Geschäft-Konstellation, dass der Umweltbeauftragte des BILLA-Konzerns gleichzeitig Vereinsobmann des ArgeV-Vereins ist, der Allein-Eigentümer der Kunststoffsammlungsgesellschaft ArgeV-GmbH ist.

91) Abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/environment/waste/studies/packaging/epwms.pdf>.

Bei näherer Analyse ergibt sich, dass das ARA-System das einzige Grüne-Punkt-System in Europa ist, das nicht nur im Haushaltbereich, sondern gleichzeitig auch im Gewerbebereich tätig wird – und darüber hinaus (!) im Haushaltsbereich selbst operativ tätig ist, dh auch die Erfassung und Sortierung der Verpackungsabfälle selbst beauftragt.

Die Ausnahmestellung des ARA-Systems besteht also einerseits darin, dass nur in wenigen Staaten kollektive Systeme mit monopolistischem Charakter im Gewerbebereich bestehen, und andererseits darin, dass auch nur in Schweden, Deutschland und Österreich die Nachfrage nach Sammel- und Sortierleistungen der Entsorger im Haushaltsbereich auf einen einzigen privaten Monopolanbieter übertragen worden ist.

Man darf also schon gespannt sein, wie die Generaldirektion Wettbewerb im ARA-Verfahren weiter vorgehen wird. Angesichts der jüngsten Bußgeldentscheidungen des deutschen Bundeskartellamtes kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, wie wenig offenbar die bisher durch die Europäische Kommission vorgeschriebenen Auflagen das Deutsche Duale System davon abgehalten haben, Wettbewerber und „Selbstentpflichteter“ zu behindern – ganz zu schweigen von der wichtigen Differenz in den rechtlichen Ausgangsbedingungen, die darin besteht, dass das österreichische ARA-System (bis jetzt) nicht per wettbewerbsbehördlicher Entscheidung auf den Bereich der Haushaltsentsorgung beschränkt worden ist.

Förderung des Wettbewerbs durch das österreichische Abfallrecht?

Betrachtet man die Chronologie der einschlägigen Ereignisse in Österreich, so fällt als grundlegender Mangel zunächst ins Auge, dass es seit 1993 (!) – anders als in Deutschland – zu keiner wettbewerbsrechtlichen Entscheidung in dieser Sache gekommen ist. Zwar hat das Kartellgericht 1995 das ARA-System als Wirkungskartell eingestuft, doch die Frage der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung (§ 23 Z 3 KartG) blieb bisher unbeantwortet.

Hinterfragenswert scheint weiters, wieso die oben angesprochene Reform der Verpackungsregelungen 1996 keine besseren Ergebnisse gezeitigt hat. Die Förderung von Wettbewerb war ja zumindest insofern ein Ziel, als der „Wettbewerb von Sammelsystemen im Gewerbebereich“ – so auch die offizielle politische Diktion – ermöglicht werden sollte.

Zunächst gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass schon das anlässlich der Reform 1996 im politischen Kompromiss festgelegte Ziel eher bescheidener Natur war. Denn das ARA-System macht wohl mehr als zwei Drittel seiner Umsätze im Haushaltsbereich. Am Monopol in diesem Bereich sollte somit ohnedies nicht gerüttelt werden, wovon im übrigen auch die schon oben angesprochenen prohibitiv hohen Mengenschwellen für die Anwendbarkeit des Großanfallstellenprinzips⁹² zeugen.

Weiters haben sich die Bestimmungen über die Genehmigung von und die Aufsicht über die Sammel- und Verwertungssysteme(n),⁹³ insbesondere die Bestimmungen über die Verpflichtungen der Systeme⁹⁴ doch als lückenhaft bzw viel zu offen formuliert erwiesen. Fast alle Bescheide, mit denen die Sammelsysteme der Gesellschaften des ARA-Systems genehmigt worden sind, wurden bekämpft, und zahlreiche Auflagen hielten der höchstgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

92) Derzeit sind weniger als 20 Unternehmen eingetragen (siehe unter www.lebensministerium.at/umwelt/).

93) § 7a bis 7e AWG.

94) Vgl dazu insb die in § 11 VerpackVO festgelegten Effizienzkriterien für die Mitteleinhebung (Abs 3) und die Mittelverwendung (Abs 6) im Rahmen solcher Systeme; besonders hervorzuheben sind das aus § 11 Abs 3 VerpackVO hervorgehende „Prinzip der Nämlichkeit“ (Z 2), das Gleichbehandlungsgebot gegenüber den Vertragspartnern (Z 1) sowie diejenige Bestimmung, mit der die „Rechenschaftspflicht des Systemträgers gegenüber den Vertragnehmern“ (Z 3) festgeschrieben ist; Systeme, für die gemäß § 7e AWG eine monopolartige Stellung festgestellt wurde, müssen eine möglichst hohe Teilnahmequote anstreben (§ 11 Abs 3 Zi 4 VerpackVO); für den Bereich der Mittelverwendung sind in § 11 Abs 6 VerpackVO – gleichermaßen wie für den Bereich staatlicher Leistungserbringung (Privatwirtschaftsverwaltung) – die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit festgeschrieben und werden zT noch weiter konkretisiert.

Vor allem aber gibt es auch zahlreiche Anzeichen dafür, dass auch die Ambitionen des Umweltministeriums, Maßnahmen im Interesse der Förderung von Wettbewerb zu setzen, nicht sehr ausgeprägt waren und sind. Das gewichtigste Indiz ergibt sich wohl aus der Praxis des Umweltministeriums im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die jährliche Tarifprüfung gemäß § 7e AWG:

Dieses Verfahren⁹⁵ hätte an sich die Möglichkeit geboten, im Rahmen der jährlichen ex-ante-Prüfung der Tarife der Haushaltsysteme mittelbar auch die wettbewerbsrechtlich relevanten Fragen der Quersubventionierung zwischen Gewerbe und Haushalt, der Angemessenheit der Altstofferlöse, der angemessenen Maßnahmen zur Hintanhaltung des Trittbrettfahrerproblems und dergleichen zu prüfen.

Doch schon im Vorfeld der Beantragung von Tarifprüfungsverfahren bestand die erste Hürde darin, dass sich das Umweltministerium unter überschießender Berufung auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (!) laufend geweigert hat, die entscheidenden Unterlagen den Kommissionsmitgliedern vorzulegen.⁹⁶

Vor allem aber hat das Ministerium von Beginn an durch eine zweifelhafte Auslegung die Einleitung jeglichen Prüfungsverfahrens laufend vereitelt, indem es einen „gemeinsamen Antrag“ der drei im Beirat vertretenen Sozialpartner forderte. Der Verwaltungsgerichtshof hat mittlerweile die Auslegung des Umweltministeriums als unvereinbar mit dem Gesetzeszweck („... ein schlagkräftiges Instrument gegen den Missbrauch einer Monopolstellung ...“) erkannt und alle zu den Anträgen der Bundesarbeitskammer⁹⁷ ergangenen Bescheide des Umweltministeriums aufgehoben.⁹⁸

Es wäre dem Umweltministerium im übrigen aber auch nicht verwehrt gewesen, die von der Bundesarbeitskammer gerügten Problempunkte⁹⁹ von Amts wegen aufzugreifen und einem förmlichen Prüfungsverfahren zuzuführen. Aber auch dies ist nie erfolgt. Insbesondere das enorme Trittbrettfahrerproblem im ARA-Kunststoff(haushalts)sammelsystem hätte Anlass zum Einschreiten geboten. Bis zu 50% der Unternehmen zahlen keine oder zu wenig Lizenzgebühr, was enorme Einnahmehausfälle nach sich zieht.¹⁰⁰ Dem Vernehmen nach sind auch der österreichische Städtebund und der Gemeindebund in diesem Sinne schon (erfolglos) an das Ministerium herangetreten.

95) Dieses Verfahren ist für die Entgelte von Sammel- und Verwertungssystemen vorgesehen, die eine monopolartige Stellung bei der Übernahme der Pflichten zur Sammlung und Verwertung im Haushalt und haushaltsnahen Bereich einnehmen; Betreiber von solchen Systemen sind verpflichtet, bis spätestens 1. September jedes Jahres die Entgelte des Folgejahres für ihre Leistungen sowie die entsprechenden Kalkulationsunterlagen aufgeschlüsselt nach den einzelnen Geschäftsbereichen dem Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie bekannt zu geben. Besteht der Verdacht einer volkswirtschaftlich unangemessenen Festlegung dieser Entgelte, so hat der Bundesminister auf begründeten Antrag der Wirtschaftskammer Österreich, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern und der Bundesarbeitskammer oder von Amts wegen ein Aufsichtsverfahren einzuleiten, wobei die Effizienz der Betriebsführung des Sammel- und Verwertungssystems, insbesondere die Angemessenheit des Aufwandes und der Altstofferlöse, zu prüfen ist. Im Falle der Unangemessenheit sind bescheidmäßig wirtschaftlich angemessene Entgelte festzulegen; zur Beurteilung der Angemessenheit ist § 6 Abs 1 des Preisgesetzes sinngemäß anzuwenden.

96) Seit 1996 haben sich nach Ansicht des Autors daher auch die Möglichkeiten für die im Beirat vertretenen Institutionen, in die Einzelheiten der Gebarung des ARA-Systems Einblick zu nehmen, drastisch verringert.

97) Auch die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs hat mehrere Anträge gestellt.

98) VwGH 23.5.2002 Zlen 2001/07/0127-0131.

99) Neben dem Problem der Quersubventionierung hat die Bundesarbeitskammer vor allem das enorme Trittbrettfahrerproblem im Papier- wie im Kunststoffsammlensystem aufgezeigt.

100) Vgl die Presseaussendung der AK vom 28.12.2000 „AK befürchtet Verteuerung der Müllgebühren“ (PAK 413/2000), die diesen Einnahmehausfall mit „mehr als einer Milliarde Schilling“ beziffert.

Die neue Missbrauchsaufsicht nach dem AWG 2002¹⁰¹

Die künftigen Bestimmungen über die Genehmigung und die Aufsicht über Sammel- und Verwertungssysteme sind in den §§ 29 bis 35 AWG 2002 geregelt. Abgesehen von der neuen Nummerierung des Abschnitts beziehen sich die substanziellen Änderungen gänzlich auf das bisher in § 7e AWG geregelte Tarifaufsichtsverfahren, das durch die in §§ 32 bis 35 AWG 2002 normierten Bestimmungen über die Missbrauchsaufsicht ersetzt wird.

Die erste inhaltliche Änderung besteht darin, dass die „Monopolartigkeit“ kein Anknüpfungskriterium mehr ist. Vielmehr beziehen sich die neuen Bestimmungen über die Missbrauchsaufsicht ausdrücklich auf alle haushaltsnahen Sammel- und Verwertungssysteme.

Neu ist auch die Einrichtung eines ständigen Sachverständigengremiums („Expertengremium“), das Gutachten gemäß § 35 Abs 2 AWG 2002 zu erstatten hat.

Die Prüfthemen werden nun ausdrücklich, offenbar aber auch abschließend genannt; zu prüfen ist, ob die Tarifgrundsätze und Effizienzkriterien gemäß einer Verordnung nach § 36 AWG 2002 eingehalten werden, ob eine Effizienz der Betriebsführung gegeben und eine Trennung der Geschäftsfelder (haushaltsnah und gewerblich) besteht, ob Maßnahmen zur Erhöhung der Teilnahmequote gesetzt wurden und ausreichende Übernahmekapazitäten bestehen (§ 35 Abs 2 AWG 2002).

Wiederum ist ein Beirat eingerichtet. Den dort vertretenen Institutionen kommt nunmehr aber kein Recht mehr zu, ein formelles Prüfungsverfahren einzuleiten. Die Mitglieder des Beirats können lediglich die Erstellung eines Gutachtens begehren, wenn das letzte Gutachten mehr als 18 Monate zurückliegt.

Was die gemäß § 31 AWG 2002 möglichen Aufsichtsmaßnahmen betrifft, ist zur Verringerung des Trittbrettfahrerproblems mit § 31 Abs 2 Z 4 AWG 2002 ein neues Aufsichtsmittel – die angemessene Erhöhung der Erfassungsquote – vorgesehen. Alle Aufsichtsmittel sind als ex-post-Maßnahmen konzipiert. Gestrichen wurde dagegen die bisher einzige ex-ante wirkende Maßnahme, die in § 7e AWG vorgesehene „Festsetzung volkswirtschaftlich angemessener Tarife“.

Mit dem AWG 2002 vom Regen in die Traufe

Eine umfassende Beurteilung der neuen Bestimmungen ist an dieser Stelle schon alleine wegen der Komplexität der Materie nicht möglich. Im Lichte der bisherigen Vollzugspraxis des Ministeriums, aber auch angesichts ihrer mangelhaften Vorbereitung lassen die neuen Bestimmungen nach Ansicht des Autors wenig Gutes erwarten.

101) Vgl dazu einfürend Wolfslehner-Hochholdinger, Das Abfallwirtschaftsgesetz 2002, RdU 2002, 47, 51.

Besonders peinlich mutet an, dass eine der Studien, die das Umweltministerium gemeinsam mit den Bundesländern zur Vorbereitung des AWG 2002 in Auftrag gegeben hat, sich zwar ua mit dem Thema „Abfallrücknahmesysteme“ beschäftigt hat, dieser Studienteil jedoch von einem der Geschäftsführer des ARGEV-Verpackungssammelsystems (!) persönlich verfasst werden durfte. Angesichts der einschlägigen Interessenslage dieses Unternehmens muss ihr Ergebnis nicht weiter überraschen. Die Einbeziehung der von diesen Bestimmungen naturgemäß besonders betroffenen Sozialpartner erfolgte dagegen erst nach Fertigstellung dieser Studie, sodass eine grundlegende Debatte zur wünschenswerten Ausrichtung dieser genuin „wettbewerbsrechtlichen“ Bestimmungen im AWG 2002 nicht möglich war.

In den Vorarbeiten zum AWG 2002 hätten ua die Berührungspunkte und Querbezüge zwischen den abfallrechtlichen und den wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen und die Frage, wie Reibungspunkte vermieden werden können, besondere Beachtung verdient.

So hat die Bundesarbeitskammer schon in ihrer Stellungnahme zum Entwurf für das AWG 2002¹⁰² (November 2001) festgehalten: „... stellen sich die wettbewerblichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Verpackungsverordnung durchaus vergleichbar denen in anderen ‚ehemaligen Monopolsektoren‘ (Telekom, Energie, Güterbeförderung auf der Schiene) dar. Dort wurden weisungsfreie Regulatoren und entsprechende Rechtsschutzgarantien für die betroffenen Kreise gesetzlich geschaffen. Es wäre daher denkbar, für die Umsetzung der Verpackungsverordnung einen ähnlichen Weg einzuschlagen. Dafür müssten einerseits Pflichten von marktbeherrschenden Systemen noch näher präzisiert werden, und andererseits die erforderlichen institutionellen Voraussetzungen (weisungsungebundene Behörden mit richterlichem Einschlag samt entsprechendem Hilfsapparat) und Rechtsschutzgarantien für die betroffenen Kreise geschaffen werden. ... Dennoch spricht ua die relative Kleinheit des hier in der Rede stehenden Verpackungsentpflichtungsmarktes gegen ein derartiges Vorgehen. Es dürfte sich eher empfehlen, das bisherige System der Missbrauchsaufsicht entsprechend auszubauen ...“.

Doch derartige Fragestellungen sind nie weiter vertieft worden. Vielmehr ist unschwer zu erkennen, dass

- mit der Streichung jeglicher Antragsrechte, wie sie noch § 7e AWG 1990 enthalten hat,
- mit dem Abgehen von den im § 7e AWG 1990 vorgesehenen Fristenläufen, die der Tarifprüfung den Charakter einer Quasi-Vorabgenehmigung verliehen hat, sowie
- mit dem Verzicht auf das Aufsichtsmittel „Tariffestlegung“ an sich

dem neuen Kontrollregime bewusst „die Zähne gezogen“ werden sollten.

Diese Deutung legen auch die Ausführungen des Umweltministeriums in seiner Gegenschrift (Jänner 2002) zu den VwGH-Beschwerden der Bundesarbeitskammer nahe. Dort wird das Unvermögen zugestanden, die beantragten Tarifprüfungsverfahren ordnungsgemäß durchzuführen, wenn zum Vorbringen der Bundesarbeitskammer eingewendet wird, „dass ... es noch weniger möglich erscheint, dass die belangte Behörde (i.e. Umweltministerium) binnen drei Monaten (§ 7e Abs 4 letzter Satz AWG) ab Einlagen von ... Anträgen – wegen des erforderlichen profunden Ermittlungsverfahrens und der gebotenen Wahrung der Parteirechte – volkswirtschaftliche angemessene Tarife festzusetzen in der Lage wäre.“ Dies erklärt wohl die ablehnende Haltung des Ministeriums gegenüber jeglicher Form der fristgebundenen Tarifprüfung, wie sie § 7e AWG bis zuletzt vorgesehen hat.

102) Abrufbar unter http://www.akwien.at/1385_2667.htm

Im Ergebnis stellen sich die Bestimmungen über die Missbrauchsaufsicht aus verfahrensrechtlicher Sicht als rein amtswegiges Verfahren dar, das anfällig für „Verschleppungstaktiken“ sein wird und kaum erkennen lässt, warum sich am weiter unbefriedigenden Status quo etwas ändern sollte. In dieses Bild fügt sich auch, dass den von potentiellen Missbräuchen betroffenen Unternehmen, vor allem solchen, die in Konkurrenz zum ARA-System stehen, wiederum keinerlei Mindestrechte eingeräumt werden.

Unsachlich – und bekannten Partikularinteressen der Wirtschaft Rechnung tragend – sind auch die Bestimmungen zum Anwendungsbereich der neuen „Missbrauchsaufsicht“: So geht die Beschränkung der Missbrauchsaufsicht auf „haushaltsnahe Sammelsysteme“ am inhaltlichen Ziel, marktmissbräuchliches Verhalten zu verhindern, vorbei. Denn einerseits werden Systeme in die Aufsicht einbezogen, die aufgrund ihrer Kleinheit zu derartigen Verstößen gar nicht in Lage sind, zum andern ist marktmissbräuchliches Verhalten von Systemen in der Gewerbesammlung wiederum nicht erfasst. Zudem wird vertreten, dass aus dem Begriff „haushaltsnah“ auch folgen soll, dass Systeme, wie sie in Umsetzung von § 6 der mittlerweile erlassenen Altfahrzeugverordnung¹⁰³ voraussichtlich gegründet werden, jedenfalls nicht von der Missbrauchsaufsicht erfasst sein sollen.

Auch die materiellrechtlichen Bestimmungen geben im Licht der bisherigen Vollzugspraxis wenig Anlass zu Optimismus. Schon bisher hätte das Umweltministerium unter Berufung auf das in § 11 Abs 3 VerpackVO verankerte „Prinzip der Nämlichkeit“, das in anderem Zusammenhang¹⁰⁴ sehr wohl streng ausgelegt wird, der Praxis des ARA-Systems entgegenzutreten können, das in seinen Tarifen nicht zwischen Gewerbe- und Haushaltsverpackungen unterscheidet. Das in § 32 Abs 3 AWG 2002 verankerte Verbot der Quersubventionen bringt hier materiell nichts Neues. Wenn daher das Umweltministerium bisher die Zuordnung der Kosten zu den Tarifgruppen im Wege einer den Bereich von Haushalts- und Gewerbesystem umfassenden, kaum nachvollziehbaren Mischkalkulation zugelassen¹⁰⁵ hat, so fragt sich, mit welchen Argumenten es von seiner bisherigen Haltung abgehen sollte.

Ähnliches gilt für die neue, in § 31 Abs 2 Z 3 AWG 2002 verankerte, Sanktion zur Verringerung des Trittbrettfahrerproblems. Schon bisher war die Verpflichtung, eine „möglichst hohe Teilnahmequote anzustreben“, wortgleich in § 11 Abs 3 VerpackVO – allerdings beschränkt auf monopolartige Sammelsysteme im Haushaltsbereich – verankert. Wenn das Ministerium bisher keinen Anlass zum Einschreiten gegen das ARA-System gesehen hat, so fragt sich, wieso dies in Zukunft anders sein sollte. Die wesentlichen Kenndaten dafür – das sind einerseits die Teilnahmemengen in den jeweiligen Lizenzkategorien und ist andererseits die Summe aus den im Haushaltssammelsystem der ARA anfallenden sowie den im kommunalen Restmüll verbleibenden Mengen – sind im Ministerium bekannt und vorhanden.

103) Verordnung über die Abfallvermeidung, Sammlung und Behandlung von Altfahrzeugen (Altfahrzeugverordnung) BGBl II 2002/407.

104) Vgl das vom österreichischen Umweltministerium herausgegebene „Merkblatt für die Erfassung der an unterschiedlichen Sammel- und Verwertungssystemen teilnehmenden Verpackungen bei Anfallstellen“ (BMUJF 1998), das hierfür eine aufwendige administrative Vorgangsweise vorsieht; dem Vernehmen nach soll es immer wieder vorkommen, dass betriebliche Anfallstellen diese Vorgangsweise für zu aufwendig halten und ihre Lieferanten sodann drängen, dafür zu sorgen, dass die gelieferten Verpackungen „alle beim selben“ Sammel- und Verwertungssystem lizenziert sind, wofür naturgemäß zur Zeit nur das ARA-System in Frage kommt.

105) Während abfallerfassungsseitig auf Nämlichkeit und entsprechende Nachweise gedrängt wird, wird diese Konsequenz mit-telaufbringungsseitig nicht gezogen – hier müsste eigentlich komplementär eine ex-ante nachvollziehbare Zuordnung der Lizenzmengen zum jeweiligen Haushalts- bzw Gewerbesystem verlangt werden, um später auch die Nämlichkeit in diesem Sinne (dh bezogen auf den Genehmigungsinhaber für den Haushalt- bzw den für den Gewerbebereich) überprüfen zu können.

Ausblick

Der grundlegende Mangel in den rechtlichen Rahmenbedingungen für Sammel- und Verwertungssysteme in Österreich besteht aus der wettbewerblichen Perspektive sicherlich darin, dass das hierfür primär vorgesehene kartellrechtliche Verfahren bisher zu keinem Ergebnis geführt hat. Zwar hat sich der Paritätische Ausschuss kurz vor In-Kraft-Treten des Wettbewerbsgesetzes¹⁰⁶ noch dafür ausgesprochen, dass die Variante „Mitbenutzung der ARA-Einrichtungen zur Haushaltssammlung durch Mitbewerber“ gutachterlich untersucht werden sollte, doch eine richterliche Entscheidung dazu ist nicht mehr ergangen. Die bevorstehende Entscheidung der Europäischen Kommission sollte daher Anlass für eine zügige Fortführung des österreichischen Kartellverfahrens sein, um die spezifisch österreichischen Themen, die von der Kommission nicht aufgegriffen worden sind, einer Erledigung zuzuführen.¹⁰⁷

Dessen ungeachtet sollte aus den obigen Ausführungen aber auch ersichtlich geworden sein, wie sehr abfallrechtliche Maßnahmen der Deregulierung und Privatisierung wettbewerblichen Handlungsbedarf mit sich bringen können, insbesondere, wenn das Vorgehen aus umwelt- und wettbewerbsrechtlicher Sicht unkoordiniert bleibt. So sehr es wünschenswert ist, wenn durch moderne umwelttechnische Vorgaben neue Märkte entstehen, so sehr ist die Abfallpolitik auch aufgerufen, bereits bei der Entstehung von Umweltgesetzen auf die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen zu achten, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen den einzelnen Bereichen der Abfallbeseitigung zu vermeiden.

Trotz des stetigen Rückzugs des Staates aus diesem Bereich und der zunehmenden volkswirtschaftlichen Bedeutung dieser neuen Märkte werden wettbewerbspolitische Aspekte bei der Schaffung neuer Umweltgesetze noch immer nicht ausreichend beachtet. Es wird oft übersehen, dass vor allem auf jungen Märkten eine konsequente und sachgerechte Anwendung von Wettbewerbsregeln erst die Voraussetzungen für eine leistungsfähige und umweltorientierte Entsorgungswirtschaft schafft.

Für die „Politik im Bereich der Verpackungsabfälle“ hätte dies zu allererst erfordert, die wettbewerblichen Implikationen der unterschiedlichen zur Verfügung stehenden Instrumente näher zu beachten. Pfandlösungen oder Verpackungsabgaben sind evident wettbewerbsneutral; auch die jüngst ins Blickfeld gerückten Zertifizierungslösungen bergen deutlich weniger wettbewerbliches Konfliktpotenzial als das Paradigma „unentgeltliche Rücknahmeverpflichtung mit Entpflichtungsmöglichkeit“. Für den speziellen Fall der Sammel- und Verwertungssysteme spricht schlussendlich vieles dafür, dass neben den allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts sektorspezifische Regulierungen notwendig sind, um einen funktionierenden Markt schaffen zu können.

In diesem Sinne kann man nur hoffen, dass mit der kommenden Entscheidung der Europäischen Kommission ein neuer Anlauf zur nötigen Debatte über die erforderlichen Einzelheiten¹⁰⁸ einer solchen sektorspezifischen Regulierung möglich ist.

106) Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG) erlassen und das Kartellgesetz 1988, das Strafgesetzbuch und das Bundesfinanzgesetz 2002 geändert werden BGBl I 2002/62

107) Abzuwarten bleibt, wie UnivProf Barfuß, weisungsfreier Generaldirektor der neuen Bundeswettbewerbsbehörde, mit der delikaten Situation umgehen wird, dass die Rechtsanwaltskanzlei, der er bisher angehört hat, das ARA-System in allen abfall- wie wettbewerbsrechtlichen Verfahren vertreten hat und vertritt.

108) Vgl dazu die im Anhang auszugsweise abgedruckten Ausführungen in der Stellungnahme der Bundesarbeitskammer zum Entwurf für das AWG 2002; im Volltext abrufbar unter http://www.akwien.at/1385_2667.htm.

Anhang (Auszug aus der Stellungnahme der Bundesarbeitskammer zum Entwurf für das AWG 2002 vom November 2001) ¹⁰⁹

Zu den §§ 37 ff¹¹⁰ (Aufsicht über Sammel- und Verwertungssysteme)

a. Grundsätzliche Überlegungen

Die Abfallentsorgung zählt zu jenen Dienstleistungen, an deren Erbringung ein besonderes allgemeines Interesse besteht (Notwendigkeit der flächendeckenden Entsorgung; Umwelt- und Gesundheitsschutz). Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben (insbesondere VerpackVO, KühlgeräteVO ...) sind neue Märkte entstanden, die primär von privaten Unternehmen dominiert werden. Wenn sich der Gesetzgeber schon dazu entschieden hat, diese Leistungen durch Wettbewerb erbringen zu lassen, so hat er auch dafür Sorge zu tragen, dass auf diesen Märkten die Ziele des Wettbewerbs – nämlich die Schaffung und der Schutz offener und wettbewerblicher Märkte – erreicht werden. Der in der vorliegenden AWG-Novelle festgelegte gesetzliche Rahmen trägt den wettbewerblichen Anforderungen bislang nicht Rechnung.

In Analogie zu anderen liberalisierten Märkten (zB Telekommunikationsmarkt, Strommarkt) sollte durch entsprechende gesetzliche Bestimmungen der Wettbewerb gefördert werden und die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Leistungen gewährleistet werden.

Um diese Ziele zu erreichen, sind am Markt für Sammel- und Verwertungssysteme gesetzliche, sektorspezifische Rahmenbedingungen zu schaffen, die folgendes gewährleisten:

- Schutz neuer bzw bereits tätiger Wettbewerber auf diesem Markt vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eines Mitbewerbers, um mehrere Systeme nebeneinander zu ermöglichen, die zur Erfüllung der umweltpolitischen Zielvorgaben beitragen zu können. Damit sollen die durch die bestehenden umweltrechtlichen Gesetze Verpflichteten auch über tatsächliche Alternativen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen verfügen;
- Sicherstellung eines effizienten und ungehinderten Zugangs der Anbieter von Entsorgungsdienstleistungen zur Entsorgungsinfrastruktur (freier Zugang zum Netz);
- Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs am Markt für Sammel- und Verwertungssysteme;
- Sicherstellung einer flächendeckenden Entsorgung.

Zur Gewährleistung der Einhaltung dieser gesetzlichen Rahmenbedingungen ist eine effiziente Aufsichtskontrolle durch die zuständige Aufsichtsbehörde unabdingbar. Welche Rolle einer effizienten Kontrolle im Hinblick auf die Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zukommt, zeigt sich zB anhand der Telekommunikations-Regulierungsbehörde (RTR-GmbH).

109) Volltext der BAK-Stellungnahme siehe http://www.akwien.at/1385_2667.htm

110) Beachte: die Nummerierungen im Entwurf bzw in der letztendlich beschlossenen Fassung des AWG 2002 divergieren!

b. Pflichten für monopolartige Sammel- und Verwertungssysteme

Verpflichtungen müssen bereits bei marktbeherrschender Stellung ansetzen: Sowohl nach sektorspezifischen Regulierungsgesetzen (zB § 33 TKG) als auch nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§ 34 KartG oder Art 82 EG-V) werden einem Unternehmen nicht erst dann spezifische Verpflichtungen auferlegt, wenn es eine monopolartige Stellung inne hat, sondern schon dann, wenn es über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Denn aus Sicht der Wettbewerbspolitik kann bereits diese Marktposition ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen in die Lage versetzen, in erheblichem Maße unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern vorzugehen und sich wettbewerbsschädlich zu verhalten.

Die Forderungen der Bundesarbeitskammer lauten daher:

- ⇒ Sammel- und Verwertungssystemen sollten bereits dann allgemeine Verpflichtungen auferlegt werden, wenn sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.
- ⇒ Um Doppelgleisigkeiten und Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollten bei der Definition der Marktbeherrschung die Bestimmungen des § 34 KartG Anwendung finden.
- ⇒ Sammel- und Verwertungssystemen, die über monopolartige Stellung verfügen, sollten zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden (zB hohe Teilnahmequote).

Veröffentlichung:

In Analogie zu § 33 Abs 3 TKG sollte die Aufsichtsbehörde einmal jährlich im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlichen, auf welchen sachlich und räumlich relevanten Märkten Anbieter über eine marktbeherrschende bzw monopolartige Stellung verfügen. Damit soll einerseits transparent gemacht werden, welche Unternehmen besonderen Verpflichtungen unterliegen, andererseits dient dies auch der Beschleunigung etwaiger Verfahren nach dem AWG 2002 bzw nach dem KartG (va auch durch die damit vorgenommene Definition von sachlich und räumlich relevanten Märkten).

Vorab-Verpflichtungen:

Um die Wettbewerbsziele (insbesondere offener Marktzutritt für neue Marktteilnehmer, Nicht-Diskriminierung und Verhinderung von Missbrauch) zu erreichen, sollten je nach Marktstellung unterschiedliche Anknüpfungskriterien für Vorab-Verpflichtungen zur Anwendung kommen. Alle diese Vorab-Verpflichtungen sind gesetzlich zu präzisieren, vor allem die Pflicht zum Nachweis einer hohen Teilnahmequote (siehe dazu speziell schon in Kap B – Grundsätzliche Anmerkungen):

Vorab-Verpflichtungen	Monopolartige Stellung	Marktbeherrschende Stellung
Trennung der Geschäftsbereiche (zur Verhinderung von Quersubventionierungen)	Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Trennung zwischen dem Geschäftsfeld, in dem das Sammel- und Verwertungssystem eine monopolartige Stellung innehat, und jenen Märkten, in denen es im Wettbewerb steht (gesellschaftsrechtliches unbundling)	Pflicht, durch eine geeignete organisatorische oder rechnungsmäßige Trennung der Tätigkeiten des Unternehmens auf den verschiedenen Märkten für Sammlung + Entsorgung Transparenz der Zahlungs- + Leistungsströme zw diesen Geschäftsfeldern sicherzustellen (organisatorisches/rechnungsmäßiges unbundling)
Teilnahmequote	Nachweis über hohe Teilnahmequote sowie der Maßnahmen zur Erreichung dieser	Nachweis der Nämlichkeit der Teilnahmemenge
Zugang zur Entsorgungsinfrastruktur	Pflicht zur Gewährung des Zugangs zur Entsorgungsinfrastruktur	Pflicht zur Verhandlung über den Zugang zur Entsorgungsinfrastruktur
Verträge über Zugang zur Entsorgungsinfrastruktur	Mitteilungspflicht an die Aufsichtsbehörde	
Auftragsvergabe	Auftragsvergabe nach einheitlichen und dem öffentlichen Recht ähnlichen Standards	
Preisgestaltung	Kostenorientierung (um Streitfälle möglichst zu vermeiden, legt Aufsichtsbehörde Grundsätze für Kostenrechnungssysteme fest)	Geschäftsverhandlungen
Rolle der Aufsichtsbehörde	Genehmigung der Tarife im Voraus	Befugnis zur Intervention
AGB	Pflicht zur Genehmigung der AGB durch die Aufsichtsbehörde, Pflicht zur Offenlegung der AGB	
Nachfrage nach Entsorgungsdienstleistungen	Kontrahierungspflicht	Verhandlungspflicht
Berichtspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde	Sammel- und Verwertungssysteme haben jährlich einen ausführlichen Tätigkeitsbericht vorzulegen, aus dem insbesondere die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen nachvollziehbar dargestellt wird.	

c. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtskontrolle – Einräumung „echter“ Antragsrechte

Die im Entwurf vorgesehene Missbrauchsaufsicht reicht keinesfalls aus, um eine effiziente Kontrolle zu gewährleisten.

Wesentlich für eine effiziente Kontrolle sind möglichst breite Antragsrechte (vgl § 37 KartG; § 66 TKG), um zu gewährleisten, dass die Aufsichtsbehörde über wettbewerbswidriges Verhalten überhaupt Kenntnis erlangt und somit auch ihrer Aufsichtspflicht nachkommen kann. Um ua im Hinblick auf Art 6 MRK („Tribunal“) die Entscheidungen der Aufsichtsbehörde – rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechend – überprüfen zu können, sollten diese Antragsrechte auch ein Recht auf Entscheidung binnen angemessener Frist und auf Überprüfung dieser Entscheidung im außerordentlichen Rechtsweg (Anrufungslegitimation für den VwGH und den VfGH) beinhalten.

Daher sollte zumindest folgender Personenkreis bei einer behaupteten Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen von Sammel- und Verwertungssystemen zum Antrag auf Überprüfung dieses Sachverhaltes an die Aufsichtsbehörde berechtigt sein:

- 1) Die Mitglieder des Beirates gem § 41 dE
- 2) Vereinigungen, die wirtschaftliche Interessen vertreten, wenn diese Interessen durch das zu untersagende Verhalten berührt werden,
- 3) jeder Unternehmer, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen durch das zu untersagende Verhalten berührt werden.
- 4) von Amts wegen

Der als Aufsichtsbehörde tätige Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft muss dem Parlament einmal jährlich Bericht über seine Aufsichtstätigkeit erstatten.

d. Erforderliche Verbesserungen in den institutionellen Rahmenbedingungen:

Angesichts dessen, dass kein personeller Hilfsapparat vorgesehen ist, ist das Expertengremium jedenfalls personell auszuweiten, da einerseits die wesentlichen Interessensgruppen darin nicht vertreten sind, und es andererseits offensichtlich ist, dass drei Personen nicht die personelle Kapazität aufbringen können, um die komplexen Aufgaben, die sie gemäß § 39 dE zu erledigen haben, in einer entsprechenden Zeit zu bewältigen.

Da dieses Gremium eine wesentliche Funktion im Hinblick auf die Erreichung von sowohl wettbewerbs- als auch umweltpolitischen Zielen einnimmt, muss eine effiziente Arbeit des Expertengremiums unbedingt gewährleistet werden. Daher müssen neben den in § 40 dE genannten Mitgliedern, jedenfalls noch weitere Experten, die ua von den jeweiligen Interessensvertretungen (Sozialpartnern und Städte- und Gemeindebund) zu bestimmen sind, im Expertengremium vertreten sein.

Die vorgesehene Dauer für die Bestellung von drei Jahren erscheint sowohl im Hinblick auf die Länge der periodischen Prüfintervalle (drei Jahre gem § 39 Abs 1 dE) als auch im Interesse einer kontinuierlichen Tätigkeit als zu kurz.

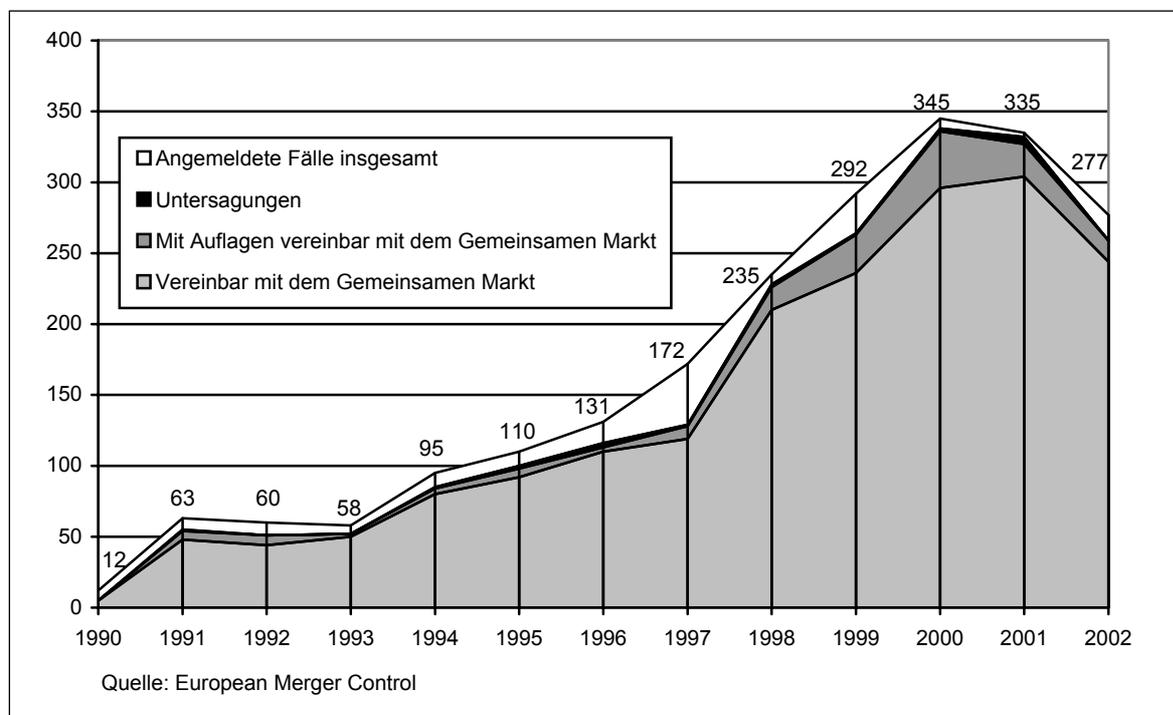
Die unbegrenzte Verschwiegenheitspflicht widerspricht dem Transparenzgrundsatz. Verschwiegenheitspflichten gem § 40f sind auf echte Geschäftsgeheimnisse zu beschränken.

4. DIE ENTWICKLUNG DER ZUSAMMENSCHLÜSSE

4.1. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in der Europäischen Union

Im Jahr 2002 wurden insgesamt 277 Zusammenschlussvorhaben (2001: 335) bei der European Merger Control angemeldet. Dies entspricht einem Rückgang um 17,3% gegenüber dem Vorjahr. 244 Zusammenschlüsse (2001: 304) wurden als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigt – davon 15 unter Auflagen (2001: 23). Kein Zusammenschluss wurde in diesem Zeitraum untersagt (2001: Untersagung in 5 Fällen).

Abbildung 1: Entscheidungen der European Merger Control 1990 bis 2002



Die abermals gesunkene Anzahl der angemeldeten Zusammenschlüsse entspricht der internationalen Entwicklung bei Fusionen und Übernahmen im letzten Jahr. Nachdem bereits im Jahr 2001 die Anzahl weltweiter Transaktionen stark rückläufig war, fiel sie laut Angaben von KPMG Corporate Finance (Daten des Marktforschungsunternehmens Dealogic) 2002 auf 17.414 (2001: 22.775) um rd 23,5%. Der Wert globaler Transaktionen sank in diesem Zeitraum nach KPMG-Informationen sogar um rd 47% von 1.887 auf 996 Mrd USD.

Gründe für diese Entwicklung dürften darin liegen, dass aufgrund der anhaltenden weltweiten Konjunktur- und Börsenschwäche sowie der großen Gefahr des Scheiterns weniger „Megafusionen“ stattfinden. Außerdem sind „share-deals“, die oftmals die Grundlage der Finanzierung von Fusionen und Übernahmen bildeten, angesichts der stark gesunkenen Aktienkurse weniger lukrativ.

Konzerne dürften verstärkt auf der Suche nach kleineren „Übernahme-Objekten“ sein: Nach der KPMG-Analyse lag das durchschnittliche Transaktionsvolumen 2002 weltweit mit 57 Mio USD um rund 31% unter dem Wert des Vorjahres (83 Mio USD).

4.1.1. Zusammenschlüsse mit direkter Beteiligung österreichischer Unternehmen im Jahr 2002

Die nachfolgenden Textpassagen basieren auf den veröffentlichten Entscheidungen der European Merger Control und wurden den Amtsblättern der Europäischen Gemeinschaften entnommen. Ergänzt wurden die Informationen durch Unternehmensberichte und die Compass-Firmenbuch-Datenbank. Genauere Beschreibungen sind auch auf der Homepage der Europäischen Union unter der Adresse www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases abrufbar.

WIENERBERGER / HANSON¹¹¹

Wienerberger, der nach eigenen Angaben weltgrößte Hersteller von Ziegeln, vervollständigt mit dem Erwerb der kontinental-europäischen Ziegelaktivitäten von Hanson plc seine Produktpalette. Der erworbene Geschäftszweig von Hanson verfügt über Tochtergesellschaften in den Niederlanden (10), Belgien (7), Frankreich (1), Deutschland (3) und Polen (2).

E.ON / OBERÖSTERREICHISCHE FERNGAS / JIHOČESKA¹¹²

Die „E.On AG“ und die „Oberösterreichische Ferngas AG“ erwerben durch einen Kooperationsvertrag gemeinsame Kontrolle über das tschechische Unternehmen „Jihočeská plynárenská a.s.“.

SAUBERMACHER / LAFARGE PERLMOOSER¹¹³

Die „Saubermacher Dienstleistungs-AG“, die im Bereich Abfallverwertung und -entsorgung tätig ist und von der deutschen „Hypo- und Vereinsbank AG“ kontrolliert wird, und der Zement- und Betonhersteller „Lafarge Perlmoozer AG“ gründen das Gemeinschaftsunternehmen „Thermo Team Alternativbrennstoffverwertungs GmbH“. Saubermacher ist mit 75% beteiligt, Lafarge mit 25%.

DANAPAK / TEICH¹¹⁴

Die „Teich AG“ erwirbt 60% an der dänischen „Danapak Flexibel A/S“, die davor im alleinigen Eigentum von „Danapak A/S“ gestanden ist. Im Rahmen dieser Transaktion werden fünf 100%-Töchter von Teich (Constantia Ltd/GB, Teich Flexible Ltd/GB, Teich Aluminium Ltd/GB, Teich Flexible Packaging Ltd/GB sowie Teich Packaging Films Ltd/GB) und der Bereich „Flexible Verpackungen“ von „Corona Packaging A/S“ auf Danapak Flexibel A/S übertragen.

HERMES / OEKB / PRISMA¹¹⁵

Die deutsche „Hermes Versicherungsbeteiligungen AG“, die zum Allianz-Konzern gehört, und die „Österreichische Kontrollbank AG“ erwerben gemeinsame Kontrolle über die „Prisma Versicherungs AG“, wobei die OeKB 54% der Anteile hält und Hermes 42,2%.

111) Entscheidung der Kommission vom 18.4.2002 (Fall COMP/M.2707)

112) Entscheidung der Kommission vom 18.2.2002 (Fall COMP/M.2715)

113) Entscheidung der Kommission vom 23.4.2002 (Fall COMP/M.2755)

114) Entscheidung der Kommission vom 30.8.2002 (Fall COMP/M.2840)

115) Entscheidung der Kommission vom 10.9.2002 (Fall COMP/M.2848)

MAGNA / DONNELLY¹¹⁶

Der kanadisch-österreichische Konzern „Magna International Inc“ übernimmt alle Anteile am US-amerikanischen Unternehmen „Donnelly Corporation“. Donnelly produziert Rückspiegel für die Automobilindustrie.

BANK AUSTRIA / RZB / ERSTE BANK¹¹⁷

Die „Bank Austria Creditanstalt AG“, die „Raiffeisen Zentralbank Österreich AG“ und die „Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG“ gründen das Gemeinschaftsunternehmen „EBPP Electronic Bill Presentment and Payment GmbH“. Das Joint Venture soll für Unternehmen und andere Institutionen Rechnungen auf elektronischem Weg zu ihren Rechnungsempfängern weiterleiten können und sowohl im „Business to Business“ (B2B)- als auch im „Business to Consumer“ (B2C)-Bereich tätig sein. Ursprünglich war das JV nur von Bank Austria und RZB geplant (und von der EU-Kommission am 2.7.2001 freigegeben worden), nach anfänglichen Schwierigkeiten und aufgrund der anhaltend schlechten Konjunkturlage wurde dann mit der Erste Bank ein Abtretungs- und Syndikatsvertrag abgeschlossen, sodass nun die Gesellschafter mit jeweils einem Drittel beteiligt sind.

DZ-BANK / ÖVAG / VB-LEASING¹¹⁸

Die „Immoconsult LeasinggmbH“, die „Leasing-west GmbH“, beide gehören zur Österreichischen Volksbankengruppe, und die „VR-Leasing AG“, eine deutsche Tochter der DZ-Bank/Deutschland, beteiligen sich zu 49,9% (Immoconsult), 25,1% (VR-Leasing) und 25% (Leasing-west) am Gemeinschaftsunternehmen „VB-Leasing International Holding GmbH“ in Österreich, die im Bereich Mobilien- und Kfz-Leasing tätig ist.

4.2. Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in Österreich

Laut Auskunft des Kartellgerichts wurden im Jahr 2002 in Österreich insgesamt 338 Zusammenschlüsse beim Kartellgericht angemeldet. Die Anzahl der Anmeldungen in Österreich ist sowohl relativ zum Vorjahr als auch im internationalen Vergleich überraschend stark angestiegen (+19%; die Europäische Fusionskontrolle – European Merger Control – verzeichnete im gleichen Zeitraum einen Rückgang der Transaktionen um rund 2%). Ein Grund für diese Steigerung dürfte darin liegen, dass internationale Zusammenschlüsse mit österreichischem Bezug – vor allem bei kleineren und mittelgroßen Unternehmen (unterhalb der Schwelle für die EU-Fusionskontrolle) – stark zugenommen haben. Dafür sprechen auch Analysen, wonach das durchschnittliche weltweite Transaktionsvolumen drastisch (um 31%) gesunken ist (siehe Kapitel 4.1 „Die Entwicklung der Zusammenschlüsse in der Europäischen Union“). Zusammenschlüsse müssen beim österreichischen Kartellgericht angemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen gemeinsam weltweit 300 Mio EUR, im Inland 15 Mio EUR, und mindestens 2 der Beteiligten jeweils weltweit 2 Mio EUR Umsatz erzielen. Gerade die letzte dieser Umsatzschwellen dürfte für diesen enormen Anstieg verantwortlich sein.

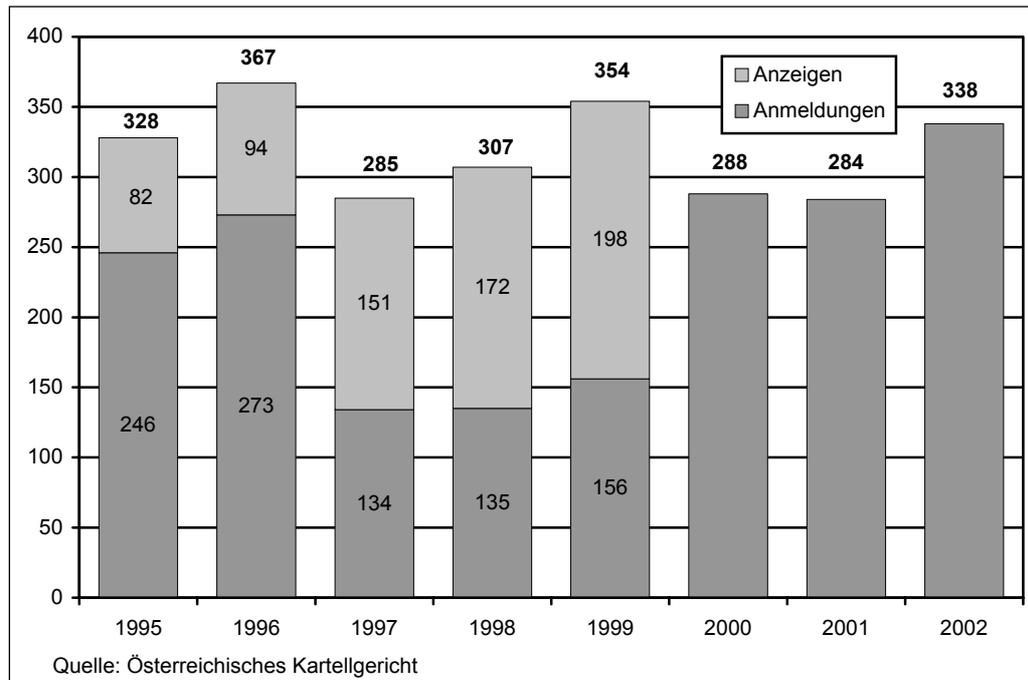
116) Entscheidung der Kommission vom 16.9.2002 (Fall COMP/M.2901)

117) Entscheidung der Kommission vom 20.9.2002 (Fall COMP/M.2907)

118) Entscheidung der Kommission vom 9.12.2002 (Fall COMP/M.2955)

Grundsätzlich wäre auch möglich, dass sowohl die im Rahmen der letzten Kartellgesetznovelle vorgenommene Umstellung der strafrechtlichen Sanktionen auf ein Geldbußensystem als auch die Sensibilisierung bezüglich der Notifizierungspflicht von Zusammenschlüssen zu einer verstärkten Anmeldetätigkeit geführt hat.

Abbildung 2: Die Anzahl der angemeldeten und angezeigten Zusammenschlüsse in Österreich 1995 bis 2002



Der Rückgang der angezeigten bzw. angemeldeten Zusammenschlüsse von 1996 auf 1997 ist auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht zurückzuführen, wonach nur die im Inland erzielten Umsätze für die Aufgriffsschwellen relevant seien. War es also bis Ende 1996 notwendig, alle Umsätze – egal wo sie erzielt wurden – heranzuziehen, fielen seit dieser Entscheidung bedeutend weniger Unternehmenszusammenschlüsse unter die Bestimmungen des Kartellgesetzes.

Der zweite „Bruch“ in der Zeitreihe ergibt sich aus der Kartellgesetznovelle, die mit 1.1.2000 in Kraft trat. Die Anzeigepflicht ist mit dieser Novelle entfallen. Die Zusammenschlüsse des Jahres 2000 wurden auf Grundlage der neu geregelten Schwellenwerte gemäß Kartellgesetznovelle 1999 angemeldet.

4.2.1. Überblick über die Entscheidungen des Kartellgerichts

4.2.1.1. Zusammenschluss NEWCO / ECONGAS

Gunda Kirchner

Im Juni 2002 wurde das Vorhaben eines Gemeinschaftsunternehmens, zunächst unter dem Namen „Newco GmbH“, später als Econgas GmbH durchgeführt, angemeldet. Die beteiligten Unternehmen sind OMV AG (50%), EVN AG (15,7%), Wiengas AG (15,7%), OÖ Ferngas AG (15,55%), BEGAS (2,6%) und Linz AG (0,45%).

Gegenstand ist die Zusammenlegung des Erdgas-Großkundengeschäfts. Großkunden sind als Unternehmen mit einer Jahresabnahmemenge von mindestens 500.000m³ definiert. Abgesehen von der Belieferung von Großkunden im In- und Ausland ist der sachlich relevante Markt der Handel mit Erdgas – unter anderem an der Börse – und die Speicherung von Erdgas durch Dritte. Rund 50 Beschäftigte sollten im neuen Unternehmen tätig sein.

1. Übergang vom alten zum neuen Kartellrecht¹¹⁹

Dieser Zusammenschluss war in formaler Hinsicht besonders interessant, weil sich im Fristenlauf das alte und das neue Kartellrecht überschneiden. Eingebracht wurde die Anmeldung im Juni 2002, die Frist zur Stellung des Prüfantrags erstreckte sich bis Anfang Juli 2002.¹²⁰ Daher konnten sowohl die alten als auch die neuen Amtsparteien einen Prüfantrag stellen. Die Bundesarbeitskammer stellte einen Prüfantrag (siehe unten). Als Vertreter der neuen Amtsparteien stellten die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt einen Prüfantrag. Außerdem war durch das neue Kartellrecht die Regulierungsbehörde (Elektrizitäts-Control GmbH) besonders involviert.

Durch diese Besonderheit erstellte der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten ein Gutachten zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung des Zusammenschlusses. Gleichzeitig ermittelten sowohl die Bundeswettbewerbsbehörde (in enger Kooperation mit der Regulierungsbehörde) und der Bundeskartellanwalt.

2. Problemstellung aus AK-Sicht

Österreich importiert rund 80% seines Erdgasbedarfs aus Russland und Norwegen. 20% werden im Inland gefördert. Österreich verbraucht rund 7,5 Mrd m³ Erdgas pro Jahr.

119) Zur Kartellgesetznovelle 2002 (BGBl I 2002/62) siehe insbesondere „Fusionen und Übernahmen 2001 – Wettbewerbsbericht der AK Wien – Teil 1“.

120) Seit 1. Juli 2003 ist das neue Kartellgesetz gültig. Die neuen Amtsparteien, ds Bundeskartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde lösten die alten Amtsparteien, ds Bundesarbeitskammer, Wirtschaftskammer Österreich, Präsidentenkonferenz und Finanzprokuratur, ab.

Verflechtungen innerhalb der OMV

Die OMV, als einzige Importeurin von Erdgas mit einem hohen Marktanteil ausgestattet, tritt durch dieses Zusammenschlussvorhaben auch als Lieferant in Erscheinung.

Ferner bewirtschaftet die OMV zum Zeitpunkt der Anmeldung Speicher und beliefert beziehungsweise betreibt in (Kooperationen) industrielle Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen. Daher ist anzunehmen, dass der OMV Abnahmestrukturen der Kunden im Konkurrenzgebiet gut bekannt sind.

Weiters hat die OMV nach dem GWG II den Regelzonenführer zu benennen.

Diese Verflechtungen auf mehreren Handelsstufen, nämlich Import/Aufbringung, Verteilung, Speicherbewirtschaftung und Regelzonenführerschaft in Verbindung mit dem hohen Marktanteil, war durchaus als problematisch einzustufen.

Langfristige Lieferverträge

Der Import von Erdgas funktioniert mittels langfristiger Take-or-Pay-Verträge mit Russland und Norwegen. Diese Verträge sind mit einem Pönale ausgestattet. Wird die vertraglich vereinbarte Menge nicht tatsächlich abgenommen, sind Vertragsstrafen zu bezahlen.

Bislang wurden die ToP Verträge auf die Landesferngasgesellschaften überbunden.

Die Zusammenschlusswerber bringen ihre ToP-Mengen in das Gemeinschaftsunternehmen ein. Daher müssen die Gasmengen, die aufgrund der Verträge zur Verfügung stehen, neu auf die Landesferngasgesellschaften die außerhalb des Zusammenschlusses stehen, überbunden werden. Hierbei ist eine nicht-diskriminierende Vorgangsweise sicherzustellen.

Sollte die Übergabe der Vertragsmengen nicht funktionieren, bestünde das erhöhte Risiko, dass die übrig gebliebenen Mengen zur Versteigerung nach dem GWG gelangen und folglich Kunden über die Zuschläge zum Systemnutzungstarif belasten.¹²¹

Für die AK war daher das Außer-Streit-Stellen des Überbindens der bisherigen Take-or-Pay-Verträge auf die Landesferngasgesellschaften, die außerhalb des Zusammenschlusses stehen, von zentraler Bedeutung.

Zudem war ursprünglich nicht eindeutig argumentierbar, warum der Zusammenschluss das Versteigerungsrisiko für übrig gebliebene Erdgasmengen minimiere und somit potenzielle Mehrkosten, vor allem für Kleinkunden, zu verhindern imstande sei.

3. Zusammenschluss mit Auflagen¹²²

Sowohl die AK als auch die anderen Amtsparteien kamen ua aus den genannten Gründen zu der Ansicht, dass der Zusammenschluss mit einem Auflagenkatalog zu genehmigen ist.

Die Anmelder verpflichteten sich, die Neu-Aufteilung der ToP-Verträge unter Beobachtung durchzuführen.

121) Das Gaswirtschaftsgesetz idGF bietet die Möglichkeit, am Markt nicht absetzbare Gasmengen aus den ToP-Verträgen einem Versteigerungsmechanismus zu unterwerfen. Ist das Ergebnis nicht kostendeckend, kann die fehlende Differenz über Zuschläge zum Systemnutzungstarif abgegolten werden.

122) Im Detail siehe www.bwb.gv.at

Das Versteigerungsrisiko der in die Econgas eingebrachten ToP-Gasmengen, immerhin 3 Mrd m³ Erdgas, wird völlig ausgeschlossen, da die Econgas laut Definition im Gaswirtschaftsgesetz nicht versteigerungsberechtigt ist. Das bedeutet, das Risiko der Nicht-Absetzbarkeit dieser Menge trägt alleine Econgas GmbH.

Weitere Auflagen, welche die Anmelder im Rahmen der modifizierten Anmeldung aufnahmen, waren:

- Gas-release-Programm:
Die Anmelder stellen dem Markt einen Teil der Gasmenge, mindestens aber 250 Mio m³, über ein Versteigerungsverfahren oder über den Direktverkauf an Kleinhändler zur Verfügung.
- In Baumgarten wird ein Handelsplatz eingerichtet.
- Die personelle Entflechtung insbesondere OMV AG, OMV Erdgas GmbH, Regelzonenführer und Econgas ist sicherzustellen.
- Die Abgabe von Beteiligungen (Energie AG OÖ an Salzburg AG und OÖ Ferngas) sowie EVN an der RohölaufsuchungsgmbH (RAG) ist – entgegen den ursprünglichen Forderungen der Energie Control GmbH – nicht erforderlich. EVN unterliegt bei Änderungen im RAG-Bereich einer Meldepflicht an die Bundeswettbewerbsbehörde und an die Energie-Control GmbH. Die Salzburg AG lagert ihre ToP-Verpflichtungen in eine eigens gegründete Tochtergesellschaft – unabhängig von der Energie AG OÖ – aus.

Die Anmelder führten eine um die Auflagen modifizierte Anmeldung beim Kartellgericht durch. Die Genehmigung durch das Kartellgericht erfolgte.

4.2.1.2. Zusammenschluss Spar / Maxi-Markt

Rudolf N. Reitzner

Zu Jahresbeginn 2002 wurde der mittelbare Erwerb der Anteile an der Maximarkt Handels G durch die Spar Österreichische Warenhandels-AG beim Kartellgericht angemeldet. Bei der erwerbenden Gesellschaft handelt es sich um die zweitgrößte heimische Anbieterin im Bereich Lebensmitteleinzelhandel (detailliertere Informationen zu Spar sind in „Fusionen und Übernahmen 2000 – Wettbewerbsbericht der AK-Wien – Teil 1“, im Beitrag „Zusammenschluss Spar – Meinl“ enthalten). Maximarkt ist ein regional bedeutender Anbieter derselben Branche (Betriebstyp Selbstbedienungswarenhäuser), der in Oberösterreich 5 und in Salzburg einen Verbrauchermarkt betreibt. Dabei wird auf Verkaufsflächen zwischen 4.000 und 8.000 m² das typische Sortiment eines Verbrauchermarktes angeboten (Bereiche Lebensmittel, Non-Food I sowie Non-Food II). Im Bereich Lebensmittel werden speziell Produkte oberösterreichischer Erzeuger abgesetzt. Im Jahr 2000 erzielte Maximarkt mit etwa 950 Mitarbeitern einen Umsatz von ca 121 Mio EUR. Die bisherige Eigentümerin, Raiffeisen Ware Austria (RWA), zog sich mit dem Maximarkt-Verkauf aus dem Verbrauchergeschäft zurück.

Nachdem die Amtspartei Bund, vertreten durch die Finanzprokurator, den Antrag auf Prüfung des Zusammenschlusses gestellt hatte, wurde der Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten (PA) vom Kartellgericht zur Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Der PA hatte sich – wie in vergleichbaren Fällen – vorerst mit Fragen der Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes, weiters der Feststellung der Marktanteile der zusammenschließenden Unternehmen und der wesentlichsten Konkurrenten auf diesen Märkten und damit jener des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlusswerber auseinanderzusetzen.

Die wesentlichsten Ergebnisse des Prüfverfahrens lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Abgrenzung des sachlich relevanten Handelsmarktes

Im Lebensmitteleinzelhandel konkurrieren unterschiedliche Vertriebsformen, denen jedoch das Führen eines typischen Sortiments von Food- und Non-Food-Produkten gemeinsam ist. Im Non-Food-Bereich ist zwischen den Kategorien I und II zu unterscheiden. Letztere umfasst typischerweise Produktgruppen wie Elektro- und Haushaltsartikel, Spielwaren, Sportartikel, Textilien, usw. Diese Sortiments stehen – sofern im Lebensmitteleinzelhandel mit angeboten – mit entsprechenden Fachgeschäften bzw. -märkten im Wettbewerb und wurden daher nicht in den sachlich relevanten Markt einbezogen. Aus Konsumentensicht stehen auch die unterschiedlichen Größenklassen der Vertriebsformen in gegenseitigem Wettbewerb. Die Vertriebsschiene Discounter weist eine etwa 90%-ige Sortimentsüberschneidung gegenüber dem typischen Lebensmitteleinzelhandel auf und wurde nicht zuletzt deshalb dem sachlich relevanten Markt zugerechnet. Geschäfte des Spezialhandels (wie etwa Bäckereien, Fleischhauer, usw.) werden von den Verbrauchern regelmäßig komplementär und nicht substitutiv zum Lebensmitteleinzelhandel frequentiert; es mangelt an der funktionellen Austauschbarkeit. Ebenso steht das in Einkaufszentren bzw. Selbstbedienungsmärkten häufig vorzufindende Gastronomieangebot in keinem Austauschverhältnis zu den Produkten des Lebensmitteleinzelhandels. Der sachlich relevante Handelsmarkt wurde somit unter Einbeziehung des Lebensmitteleinzelhandels bei Berücksichtigung der Umsätze von Discountern und unter Abrechnung von Non-Food-II bzw. Gastronomieumsätzen abgegrenzt.

Abgrenzung des räumlich relevanten Handelsmarktes

Bei der räumlichen Marktabgrenzung war die Größe von Einzugsgebieten zu untersuchen, welche wesentlich von der Motivation der Kunden und dem daraus resultierenden Einkaufsverhalten bestimmt wird (etwa Deckung des Tagesbedarfs versus Vorratskäufe). Folgende qualitative Determinanten schienen dabei von Bedeutung: Unterschiedliche Größenklassen des Lebensmitteleinzelhandels haben unterschiedliche Einzugsgebiete – grob betrachtet gilt die Regel „je größer die Verkaufsfläche umso weiter das Einzugsgebiet“. Vorratskäufer tätigen tendenziell „Großeinkäufe“ und nehmen dabei bei sinkender Einkaufshäufigkeit weitere Einkaufsfahrten auf sich. Die vor allem im ländlichen Raum beobachtbaren Pendlerfahrten sind bei der Ermittlung realistischer Einkaufsradien zu beachten. Ausgehend von diesen Überlegungen wurden so genannte Kernkundengruppen (Kundengruppe, die in einer gewissen Nähe des jeweiligen Lebensmitteleinzelhandelsbetriebs beheimatet ist) ermittelt. Als Maßzahl für den Kernkundenbereich erster Ordnung wurde der Wert von 80% des Umsatzes eines Standortes herangezogen. Parallel dazu wurde auch die mit der Entfernung zum Standort tendenziell abnehmende Kundenanbindungsintensität als Maßstab verwendet. Es wurde dabei der räumliche Bereich einer Anbindungsintensität > 5 untersucht (das bedeutet, dass aus einem politischen Bezirk mindestens fünf Kunden je hundert Haushalte zur Kundschaft des betrachteten Standortes zählen).

Zurechnung der selbstständigen Spar-Kaufleute bei der Marktanteilermittlung der Spar-Gruppe

Es war festzustellen, dass Spar – anders als der größte Mitbewerber am heimischen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt – nicht nur Eigenmärkte betreibt, sondern gleichzeitig mit selbstständigen Kaufleuten zusammenarbeitet, die für Spar als Absatzmittler auftreten und mit Spar großteils durch Vertriebsverträge verbunden sind. Der Anteil der Spar-Kaufleute am gesamten Lebensmitteleinzelhandelsumsatz der Spar-Organisation beträgt etwa 30%. Um die „wirtschaftliche Selbstständigkeit“ der Spar-Kaufleute abzuschätzen, wurden insbesondere die Kriterien „Eigentum an Geschäftslokalen der Kaufleute“

sowie „Warenbezug über den Spar-Großhandel“ herangezogen. Dabei wurde festgestellt, dass etwa im Raum Oberösterreich ca 30% der Kaufleute Pächter von Spar-Lokalen sind. Den Kaufleuten ist in den so genannten Systempartnerverträgen keine bestimmte Bezugsquote vorgeschrieben, die tatsächliche durchschnittliche Abnahmequote beträgt ca 54%. Diese Abnahmequote (auch als Konzentrationsquote bezeichnet) wurde als relevant, nicht nur für den Beschaffungsmarkt sondern auch für den Handelsmarkt, angesehen. Sie stellt den Wert aller Produkte dar, die durch Spar in diesem Zusammenhang einzelhandelswirksam in Umlauf gesetzt wurden. Diese Quote wurde daher als bester Näherungswert für die wirtschaftliche Zugehörigkeit der Kaufleute zur Spar-Organisation betrachtet. Die Umsätze der Spar-Kaufleute wurden daher im Umfang der oben angegebenen Zahl jenen von Spar hinzugerechnet.

Räumliche Abgrenzung des Beschaffungsmarktes

Es ist festzustellen, dass die wachsende Nachfragemacht des österreichischen Lebensmitteleinzelhandels auf eine ebenfalls wachsende Konzentration der Nahrungs- und Genussmittelindustrie auf europäischer bzw internationaler Ebene trifft. Der Beschaffungsmarkt für den heimischen Lebensmittelhandel ist jedoch – wie schon im Zusammenschlussfall Rewe/Meinl von der EU-Kommission festgestellt – überwiegend der österreichische Markt. Regionale Präferenzen und Marken sowie kurze Belieferungswege spielen zusätzlich eine nicht zu vernachlässigende Rolle, was im vorliegenden Fall va für das Sortiment von Maximarkt belegt wurde. Trotzdem war von einem überwiegend nationalen Beschaffungsmarkt auszugehen.

Position der zusammenschließenden Unternehmen auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten

Als Ergebnis der oben skizzierten Überlegungen bzw der auf dieser Basis von einem Marktforschungsinstitut erhobenen Marktdaten auf Bezirksebene sowie der von den Anmeldern vorgelegten Echtdaten wurde für den Handelsmarkt festgestellt, dass die zusammenschließenden Unternehmen im Jahr 2000 einen gemeinsamen hypothetischen Marktanteil von knapp 28% (Kriterium Anbindungsintensität > 5) bzw knapp 27,5% (Kriterium Kernkundengebiet 80% der Umsätze) erreichten. Die größten 4 Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen erreichten bei Anwendung der obigen Kriterien einen Marktanteil von etwa 78% bzw 76%.

Die Gruppe Spar/Maxi-Markt bewegt sich sohin nach dem Zusammenschluss knapp unterhalb der Marktbeherrschungs-Schwellenwerte des Kartellgesetzes (30% bzw die 4 größten Unternehmen gemeinsam 80%). Im Segment der großflächigen Formen des Lebensmitteleinzelhandels steigt die Marktbedeutung von Spar erheblich.

Für den Beschaffungsmarkt konnten mangels Verfügbarkeit konkreter Zahlen keine Marktanteile der zusammenschließenden Unternehmen eruiert werden. Es war jedenfalls davon auszugehen, dass die nationalen oder regionalen Lieferanten von ihrer Lieferbeziehung insbesondere zu Spar zur Vermeidung betriebswirtschaftlicher Schwierigkeiten abhängig sind. Die Nachfragemacht der Gruppe ist auch ohne den vorliegenden Zusammenschluss beachtlich, ein konkreter Hinweis für die Herstellung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung war jedoch nicht feststellbar.

Der PA hielt abschließend fest, dass die von Spar gemachten Zusagen als geeignete Auflagen im Zusammenhang mit einer Nichtuntersagung des Zusammenschlusses anzusehen wären.

Das Kartellgericht schloss sich im Wesentlichen der Sicht des PA an und beschloss die Nichtuntersagung des Zusammenschlusses unter der Voraussetzung der nachträglichen Erfüllung folgender Auflagen:

- Der Erstanmelderin INTERSPAR GmbH und der SPAR Österreichische Warenhandels AG wird aufgetragen, die sechs SB-Warenhäuser der Maximarkt HandelsgmbH, Linz, unter der Marke „Maximarkt“ – wie bisher als Vollsortimenter – zumindest bis 31.12.2006 weiter zu betreiben.
- Die operative Geschäftsführung – insbesondere die Preis- und Einkaufspolitik – dieser Märkte für den Food- und Non-Food-I-Bereich hat im Rahmen einer gesellschaftsrechtlich selbstständigen Gesellschaft unabhängig von anderen Teilen des Spar-Konzerns zu erfolgen, sodass Maxi-Markt als weitgehend selbstständiger Anbieter im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels geführt werden kann.
- Die Erstanmelderin INTERSPAR GmbH und die SPAR Österreichische Warenhandels AG haben den bisherigen oberösterreichischen und Salzburger Lebensmittellieferanten eine bis 31.12.2006 gültige Leistungsgarantie für ihre Produkte unter der Voraussetzung zu geben, dass die Lieferanten auch weiterhin bereit sind, zu marktkonformen Preisen und Qualitäten zu liefern.
- Der SPAR Österreichische Warenhandels-AG und den mit dieser im Sinne des § 41 KartG verbundenen Unternehmen wird bis 31.12.2004 die Durchführung von weiteren Zusammenschlüssen (im Sinne des KartG) mit andere Unternehmen und/oder Betrieben des Lebensmitteleinzelhandels in Österreich untersagt. Von dieser Auflage ausgenommen sind Zusammenschlüsse mit Unternehmen und/oder Betrieben, die von der SPAR Österreichische Warenhandels-AG als Großhändler beliefert werden.
- Über die Erfüllung der Auflagen ist dem Kartellgericht zu berichten.

4.2.1.3. Brau-Union / Schladminger

Maria Burgstaller

Im November 2001 wurde der Erwerb eines Anteils von 33% an der Schladminger Brau GmbH durch die Brau Union Österreich AG angemeldet. Die Verkäuferin, die RLB-Beteiligungs- und TreuhandGmbH, beabsichtigte mit diesem Zusammenschluss den größten österreichischen „Bierbrauer“ als strategischen Partner zu gewinnen.

Die Brau Union Österreich AG steht zu 100% im Eigentum der Brau Union AG, einem börsennotierten Unternehmen, das auch die Muttergesellschaft einer internationalen Gruppe von Brauereiunternehmen in Zentraleuropa ist.

Mehrheitseigentümerin der Brau Union AG ist mit 63% die Brau-Beteiligungs-AG (BBAG), die sich ihrerseits zu 66,2% in Händen der Schwechat AG und zu 33,8% im Streubesitz befindet. Entstanden ist dieses, mit Abstand größte österreichische, Bierunternehmen 1921 aus fünf großen Gründerbrauereien in Linz, Gmunden, Kaltenhausen und Wieselburg und durch weitere Zusammenschlüsse namhafter Bierunternehmen, wie beispielsweise Zipfer, Gösser und Schwechater in den folgenden Jahrzehnten. Die Brau Union Österreich betreibt acht Brauereien in Österreich und hat einen Marktanteil von 55%. Auch ihre „Schwestern“ in Mittel- und Osteuropa haben es in den letzten Jahren durch Übernahmen

zu beachtlichen Marktanteilen in diesen Ländern gebracht. Brau Union Österreich vertreibt neben den eigenen wohl bekannten Marken wie Zipfer, Gösser, Wieselburger, Kaiser, Schwechater, Puntigamer ua auch internationale Marken wie Guinness, Foster's, Starobrno. Mit 2.400 Beschäftigten wird ein Bier-Umsatz von 585 Mio EUR erwirtschaftet. Die gesamte BBAG-Gruppe kommt mit 8.500 MitarbeiterInnen auf einen Umsatz von über 1,1 Mrd EUR inklusiver alkoholfreier Getränke, davon werden 966.925 EUR im Biergeschäft umgesetzt.

Die Schladminger Brau GmbH betreibt eine Brauerei in Schladming. Die dort hergestellten Erzeugnisse sind vor allem von regionaler Bedeutung. Sie werden unter dem Namen „Schladminger“ insbesondere in der Dachstein-Tauern-Region an Gaststätten und Einzelhandelsbetriebe geliefert. Eigentümerin war zum Zeitpunkt der Anmeldung zu 90% die RLB, zu 10% die aus lokalen Gastronomen bestehende Genossenschaft „Erste alpenländische Volksbrauerei Schladming regGenmbH“, die ursprünglich Alleineigentümerin war. Der Umsatz von 4,3 Mio EUR wurde zur Gänze in Österreich erzielt.

Der Biermarkt hat einerseits eine stark nationale Ausrichtung – vor allem über den Verkauf im Einzelhandel. Andererseits haben die lokalen Marken in der jeweiligen Region oft eine wichtige Marktstellung durch die Präferenz der KonsumentInnen. Beim Schladminger Bier ist die regionale Bedeutung durch den Markennamen und die Beteiligung der lokalen Gastwirte am Unternehmen besonders ausgeprägt. Schladminger hat in der Dachstein-Tauern-Region einen Marktanteil von über 70%, Österreichweit findet der/die BiertrinkerIn das Schladminger nur vereinzelt in Gaststätten oder Supermärkten angeboten. Der Marktanteil liegt am nationalen Markt unter einem Prozent. Die Brau Union Österreich war zum Zeitpunkt der Anmeldung zwar „nur“ zweitstärkste Anbieterin am regionalen Schladminger Markt. Gemeinsam lag der Anteil der beiden Anbieter jedoch bei über 90%.

Aufgrund der Marktlage war anzunehmen, dass durch den Zusammenschluss die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Brau Union am nationalen Markt und eine marktbeherrschende Stellung am regionalen Markt eintreten würde. Die Bundesarbeitskammer und das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (vertreten durch die Finanzprokurator) stellten daher einen Prüfantrag. Es sollte geprüft werden, welche Auswirkung der Zusammenschluss auf regionalen und bundesweiten Markt haben kann. Von besonderem Interesse war auch der Fortbestand der regionalen Brauerei bzw die Frage, ob deren Erwerb durch den Marktführer zu ihrer Schließung und lediglich zum Ausbau des Marktanteils und möglicherweise zum Erwerb einer weiteren regionalen Marke führen könnte.

Die Brau Union Österreich erklärte ihre Absicht zur Weiterführung der Brauerei in Schladming, die ohne deren Übernahme nicht gesichert war. Zumindest für einen Zeitraum von drei Jahren ist damit die regionale Wertschöpfung gesichert. Die Marke Schladminger wird weiterhin dort produziert, wo es der Name vermuten lässt. Auch wenn dadurch die Marktstellung des Marktführers weiter verstärkt wurde, war die Alternative – eine mögliche Schließung der Brauerei – wettbewerbsrechtlich als wenig attraktiv zu beurteilen. Die Prüfanträge von Bundesarbeitskammer und Finanzprokurator wurden aufgrund der von der Anmelderin vorgenommenen Beschränkung zurückgezogen.

4.2.1.4. Zusammenschluss Austrian Payment Systems Services G – Hobex AG

Rudolf N. Reitzner

Im März 2002 wurde der beabsichtigte Erwerb von 39% der Anteile an der Hobex AG (Hobex) durch die Austrian Payment Systems Services G (APSS) beim Kartellgericht angemeldet. Hobex ist die Betreiberin eines Systems zur bargeldlosen Bezahlung über Eurocheque-Karten (ec-Karten), deren Kundenkreis va gewerbliche Handels- und Tourismusunternehmen umfasst.

Hauptanteilseignern der Hobex waren bislang die Centro Internationale Handelsbank AG (deren Anteile nunmehr von APSS übernommen werden sollten) und der Raiffeisenverband Salzburg regGenmbH

Bei der APSS, welche Rechenzentrumsdienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringt, handelte es sich zum Zeitpunkt der Anmeldung um ein Tochterunternehmen der Europay Austria Zahlungsverkehrssysteme G (Europay; 90%), an welchem die Oesterreichische Nationalbank die restlichen 10% der Anteile hielt. An Europay war eine Reihe namhafter heimischer Banken mit unterschiedlich hohen Kapitalanteilen von jeweils unter 25% beteiligt.

Zur Beschreibung des sachlich relevanten Marktes wurde angegeben, dass über von Hobex zur Verfügung gestellte Terminals Daten der zahlenden Endkunden von deren ec-Karten eingelesen werden, mit dem Rechnungsbetrag verknüpft- und als Datensätze an ein Rechenzentrum übermittelt werden. Letzteres führt das „Clearing“ durch, dh dem Endkunden wird der Rechnungsbetrag vom zur ec-Karte gehörenden Girokonto abgebucht. Gleichzeitig erfolgt die Überweisung des Rechnungsbetrages (abzüglich eines Disagios) an das entsprechende Unternehmen.

Aus Sicht der Anmelderin umfasst der sachlich relevante Markt alle Systeme der bargeldlosen Zahlung, wobei neben dem Hobex-System jene der Kreditkarten, der Bankomatkassen (Maestro), der Wertkarten sowie das System der Deutschen Bank (easycash) in Österreich zur Anwendung kommen.

Europay bietet auf diesem Markt die MasterCard an und wickelt Transaktionen mit Maestro-Karten für Vertragsunternehmen ab. Mit weit über 50% Marktanteil ist Europay der weitaus größte Anbieter auf dem so skizzierten Markt, während der Anteil von Hobex im einstelligen Prozentbereich liegt.

In der Anmeldung wurde die Absicht geäußert, dass sich Europay von ihren Anteilen an der APSS trennen werde.

Die Bundesarbeitskammer sowie die Finanzprokuratur als Vertreterin des Bundes stellten Prüfungsanträge, wobei beide Amtsparteien Zweifel an der von der Anmelderin vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes äußerten. Die Bundesarbeitskammer stützte sich dabei auf ein Gutachten des Paritätischen Ausschusses für Kartellangelegenheiten (PA) im Missbrauchsverfahren Hobex gegen Bank Austria AG und Creditanstalt AG, in welchem eine engere Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vorgenommen wurde. Demnach wurden die Systeme Europay, Hobex und easycash mit der Begründung einem gemeinsamen Markt zugerechnet, dass diese die einzigen Anbieter vergleichbarer Abbuchungssysteme im unbaren Zahlungsverkehr in Österreich seien.

Der vom Kartellgericht zur Gutachtenserstattung beauftragte PA kam zu folgenden Ergebnissen:

In Übereinstimmung mit dem Gutachten im oben angesprochenen Missbrauchsverfahren war für den PA auch im vorliegenden Zusammenschluss-Fall der Anbietermarkt für Abbuchungssysteme im unbarren Zahlungsverkehr relevant. Dieser stellt im wesentlichen eine Dienstleistung für Unternehmen mit Konsumentenkontakt (va im Handel und im Tourismus) dar, wobei sich der Systemwettbewerb insbesondere bei den vom Vertragspartner zu leistenden Gebühren (Disagiosätze) pro Transaktion abspielt. Diese als Acquiring-Geschäft bezeichnete Tätigkeit wird auch seitens der EU-Kommission als (vom Issueing-Geschäft, dh der im wesentlichen von Banken und Kreditkarteninstituten betriebenen Ausgabe von „Karten“) getrenntes Marktsegment betrachtet. Im Acquiring-Markt sind in Österreich Europay, Hobex und easycash tätig.

Als räumlich relevant wurde der österreichische Markt angesehen.

Auf dem so definierten Markt dürfte Hobex einen Anteil von etwa 10% halten; aus der Geschäftstätigkeit der APSS (Erbringung von Rechenzentrumsdienstleistungen) schien sich keine Addition weiterer Marktanteile zu ergeben. Nachdem es zu einer Herauslösung der APSS aus der Europay gekommen war (gesellschaftsrechtliche Trennung, Aufstockung des Nationalbank-Anteils auf 38%), war der Marktanteil der Europay nicht mehr jenem der APSS hinzuzurechnen. Zu einer solchen Marktanteilsaddition könnte es dann kommen, wenn die Europay (mit einem Marktanteil von ca 80%) weiterhin als mit der APSS verbundenes Unternehmen angesehen werden könnte. Es wurde jedoch festgestellt, dass keines der beteiligten Bankunternehmen über einen 25%igen bzw 25% übersteigenden Geschäftsanteil an APSS bzw Europay verfügte. Ein Indiz für einen wirtschaftlichen Zusammenhang könnte darin gesehen werden, wenn durch die sowohl an Europay als auch APSS beteiligten Banken einheitliche Eigentümerinteressen durch eine Koordinierung der beiden Unternehmen verfolgt würden. Dem PA waren jedoch im Laufe des Erhebungsverfahrens keine nachvollziehbaren und dokumentierbaren Hinweise auf eine konkrete Kollusionsgefahr im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall bekannt geworden.

Der PA hielt abschließend fest, dass „im Sinne einer Aufrechterhaltung des aktiven Wettbewerbs zwischen den wenigen Anbietern im Bereich der Abwicklung unbarer Zahlungsvorgänge ... die neuen Amtsparteien“ (Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt) „pro futuro aufgerufen (sind), gegen ein etwaiges künftiges Nachlassen im Wettbewerbsverhalten vor allem zwischen der Europay und der Hobex mit allen rechtlich gebotenen Mitteln vorzugehen.“

Weiters wurde festgehalten, dass im Sinne einer rechtlichen und funktionellen Trennung von Europay und APSS – und damit für eine positive Begutachtung des Zusammenschlusses – eine vollständige personelle Trennung der Geschäftsführungen von Europay und APSS vorgenommen werden müsste.

Im Beschluss des Kartellgerichtes wurde der Erwerb von 39% der Anteile an der Hobex durch die APSS „mit der Auflage nicht untersagt, dass bezüglich der Geschäftsführer der Antragstellerin und der Europay ... eine vollständige personelle Trennung einzutreten hat und bezüglich der Aufsichtsräte der Gesellschaften eine Personengleichheit nur bei weniger als der Hälfte der Mitglieder herrschen darf.“

Gegen den Beschluss des Kartellgerichtes wurde seitens der – neuen, seit 1.7.2002 bestehenden – Amtspartei „Bundeswettbewerbsbehörde“ Rekurs beim Kartellobergericht erhoben.

4.2.1.5. Die österreichische Stromlösung

Gunda Kirchner

Das im Jahr 2002 geplante Zusammenschlussvorhaben Verbund – E.ON¹²³ wurde nicht durchgeführt.

Statt dessen kam unter großem politischen Druck die Einigung über das Vorhaben „Österreichische Stromlösung“ im April 2002 zustande. Einige Jahre zuvor scheiterte das Zustandekommen einer Österreich-Lösung.

Die Zusammenschlusswerber Verbund und Energie Allianz (Zusammenschluss EVN, Wienstrom, Bwag/Begas, Linz AG, Energie AG) planen die Zusammenlegung der Erzeugungs- und Großhandelsaktivitäten. Die Verbundgesellschaft soll zwei Drittel, Energie Allianz ein Drittel in die Erzeugung einbringen. Beim Handelshaus ist das Beteiligungsverhältnis umgekehrt vorgesehen.

Laut eigenen Angaben beträgt der Umsatz der Verbundgesellschaft im Ausland mehr als ein Drittel des Gesamtumsatzes. Daher wurde das Vorhaben am 20.12.2002 in Brüssel¹²⁴ angemeldet.

Das hydraulische Erzeugungsvolumen der beiden Unternehmen beträgt rund 25 TWh, das thermische Erzeugungsvermögen rund 15 TWh pro Jahr. Inklusive Fremdstrombezug steht den Zusammenschlusswerbern ein jährliches Portefeuille in der Höhe von 100 TWh zur Verfügung. Zum Vergleich: der französische Energiekonzern EdF erzeugt 471 TWh, die deutsche E.ON 176 TWh.

Das gesamte Absatzvolumen an elektrischer Energie in Österreich beläuft sich auf rund 81,5 TWh.

Der Vertrieb ist für Großkunden mit einem Jahresbedarf von mindestens 4 GWh geplant. Davon umfasst sind rund 400 österreichische Großunternehmen mit einem Bedarf von insgesamt rund 10 TWh.

Im Stromhandel selbst sollen statt 180 nur mehr 120 Mitarbeiter tätig sein. Die Synergieeffekte werden seitens der Anmelder in der Höhe von 80 Mio EUR geschätzt.

Europaweit würde dieses Zusammenschlussvorhaben in etwa Platz 8 einnehmen.

Die Entscheidung der Europäischen Kommission, welche eine vertiefte Prüfung ankündigte, ist im Juni 2003 zu erwarten.

123) siehe „Fusionen und Übernahmen 2001 – Wettbewerbsbericht der AK Wien – Teil 1“

124) Erschienen im Amtsblatt am 22.1.2003, Fall M 2947

5. DIE TÄTIGKEIT DER WETTBEWERBS- INSTITUTIONEN

5.1. Einleitung

Wie im Beitrag „Der neue Kartellrechtsvollzug in Österreich – erste Einschätzungen“ (Seite 6) und im Kapitel „Die Kartellrechtsnovelle 2002“ (Seite 57) dargestellt, trat mit 1. Juli 2002 das neue Kartellgesetz in Kraft, mit der eine Veränderung des organisatorisch-institutionellen Gefüges der österreichischen Wettbewerbspolitik verbunden ist. Im Folgenden werden die Tätigkeiten und Aktivitäten der hauptsächlich wettbewerbspolitisch aktiven Institutionen, sowohl für das erste Halbjahr 2002 (noch im alten Regime) als auch für das zweite Halbjahr 2002 (neues Regime), dargestellt.

5.2. Überblick über die Tätigkeit der Bundesarbeitskammer im Rahmen des Kartellrechts im Jahr 2002

Die Bundesarbeitskammer hat im Rahmen ihrer Amtsparteienstellung, die sie bis 30.6.2002 inne hatte, unter anderem folgende Anträge und Stellungnahmen verfasst:

- Prüfantrag zum Zusammenschluss Austrian Payment Systems Services GmbH (APSS) – Hobex AG¹²⁵ (§ 42b KartG)
- Prüfantrag zum Zusammenschluss OMV Erdgas GmbH – EVN AG – Wiengas GmbH – Linz AG – BEGAS AG (§ 42b KartG)¹²⁶
- Stellungnahme zum Feststellungsantrag der Österreichischen Industrieholding AG betreffend die Frage nach der Anmeldepflicht des Verkaufs der Österreichischen Postbus AG an die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) (§ 8a KartG)
- Stellungnahme zur amtswegigen Einleitung eines Untersagungsverfahrens gegen die Österreichische Apothekerverlags GmbH (§ 25 KartG)

Nach dem Verlust der Amtsparteienstellung im Zuge der Novelle des Kartellrechts ab 1.7.2002 sieht die Arbeiterkammer ihre wettbewerbspolitische Aufgabe insbesondere darin, wettbewerbsschädliche Entwicklungen, die zu Lasten der Konsumenten gehen, aufzuzeigen und über Stellungnahmen, Anträge und Öffentlichkeitsarbeit für faire Wettbewerbsverhältnisse in Österreich einzutreten.

Im Zeitraum Juli – Dezember 2002 hat die Arbeiterkammer im Rahmen ihrer Marktbeobachtung eine Reihe von Branchen genauer unter „die Lupe“ genommen. Es zeigte sich dabei einmal mehr, dass die Konsumenten die fehlende wettbewerbsrechtliche Sensibilität der Unternehmen letztlich mit höheren Preisen bezahlen müssen. Nachstehend ausführliche Darstellungen der von der Arbeiterkammer im Beobachtungszeitraum aufgegriffenen Fälle.

125) siehe Artikel „Zusammenschluss Austrian Payment Systems Services G – Hobex AG“, Seite 94

126) siehe Artikel „Zusammenschluss NEWCO / EONGAS“, Seite 87

5.2.1. Wettbewerbseinschränkungen in der Kfz-Haftpflichtversicherung

Silvia Angelo

Die österreichische Versicherungswirtschaft zeichnet sich durch eine relativ hohe Marktkonzentration aus, die in den letzten Jahren auch weiter deutlich zugenommen hat. Ein Vergleich der Jahre 1999 und 2001 zeigt, dass die Marktführer ihre ohnehin starke Marktposition weiter ausbauen konnten und der Konzentrationsgrad der vier größten Unternehmensgruppen – Wiener Städtische Allgemeine VersicherungsAG, Uniqa Versicherungen AG, Generali Holding Vienna AG und Allianz Elementar VersicherungsAG – bei Berücksichtigung aller Sparten bereits über 70% liegt.¹²⁷

Betrachtet man die einzelnen Versicherungssparten genauer, so weisen die Kranken- und Kfz-Versicherungen einen besonders hohen Konzentrationsgrad auf. Im Bereich der Krankenversicherung beherrschen die vier größten Versicherer – die UNIQA Personenversicherung (mit fast 50%), die Wiener Städtische (mit 21%), die Merkur (mit knapp 14%) und die Generali Versicherung (mit fast 11%) – mehr als 90% des Marktes.¹²⁸

Auch im Bereich der Kfz-Versicherung halten die vier größten Unternehmensgruppen immerhin noch mehr als 70% der Marktanteile:

Rang 2001	Unternehmen	Marktanteil 2000 in %	Marktanteil 2001 in %
1	Generali-Gruppe	24,80	24,39
2	Wiener Städtische-Gruppe	17,42	21,25
3	Allianz Elementar	16,98	15,93
4	UNIQA-Gruppe	12,46	12,77

Quelle: Daten: Versicherungsverband und Geschäftsberichte, eigene Berechnungen

Vor diesem Hintergrund ist die AK im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung in den letzten Jahren vor allem zwei Fragestellungen aus wettbewerbspolitischer Sicht nachgegangen: Dies betrifft zum einen die Möglichkeit des abgestimmten Verhaltens der Versicherer bei der Festsetzung der Prämien. Von Seiten des Versicherungsverbandes wird nun schon seit einigen Jahren regelmäßig die Notwendigkeit von Prämien erhöhungen um einen bestimmten Prozentsatz öffentlich bekannt gegeben. Bereits in den Jahren 1999, 2001 und Anfang bzw Ende 2002 erklärte der Verband via Medien, dass und warum eine deutliche Erhöhung der Prämien in einer bestimmten Höhe unumgänglich wäre. Ebenso regelmäßig erfolgt daraufhin die Ankündigung der Versicherer, dieser „Empfehlung“ Folge zu leisten. Zum Zweiten lassen die letztverfügbaren Unfallstatistiken Quersubventionierungen vom Pkw-Haftpflichtbereich zu anderen Sparten vermuten. Wie jahrelange Statistiken über die Schadenshäufigkeit belegen, weisen Pkws eine bedeutend geringere Unfallhäufigkeit pro 1.000 Versicherungsfälle auf als vergleichsweise Lkws oder Taxifahrzeuge. So ist aus der letzten verfügbaren Unfallstatistik aus dem Jahr 1998 ersichtlich, dass von je 1.000 haftpflichtversicherten Fahrzeugen nur jeder zehnte Pkw aber jeder zweite Lkw in einen Unfall verwickelt war. Da die Versicherungen keine Kalkulationsgrundlagen für die Prämienberechnungen in den einzelnen Sparten offen legen, ist eine Quersubventionierung zulasten der KonsumentInnen nicht auszuschließen.

127) Siehe dazu auch: Zotter, Thomas: „Versicherungen“, in: Fusionen und Übernahmen 2001 Wettbewerbsbericht der AK Wien – Teil 2.

128) Bei diesen Marktanteilen handelt es sich um jene von Einzelunternehmen, vgl Zotter, Thomas ebd.

Die AK hat bereits im März 2002 Justizminister Dieter Böhmdorfer ersucht, eine Branchenuntersuchung im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherer durchzuführen – allerdings ohne Erfolg. Mit der neu geschaffenen Wettbewerbsbehörde ist nunmehr eine Institution entstanden, die über weitreichende Ermittlungsbefugnisse verfügt. Die AK hat sich daher mit ihren Rechercheergebnissen Ende September 2002 an die Behörde gewandt. Diese hat die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der AK aufgegriffen und im Dezember des Vorjahres erste Untersuchungsschritte eingeleitet: Um mehr Kostentransparenz zu erreichen, müssen die Versicherer insbesondere Auskunft über den Zeitpunkt und das Ausmaß der Prämienhöhung in der Kfz-Haftpflicht, über die spezifischen Kalkulationsgrundlagen, die zu dieser Erhöhung geführt haben und über das Prämien- und Leistungsaufkommen in diesem Bereich getrennt nach Versicherungssparten (Pkws, Lkws usw), geben. Die Antworten der Versicherer werden Grundlage für weitere Untersuchungen der Behörde sein.

5.2.2. Zahlungsverkehrs-Joint Venture österreichischer Großbanken

Helmut Gahleitner

Aus Medienberichten hat die Arbeiterkammer im Oktober 2002 Kenntnis erlangt, dass die drei österreichischen Großbanken Bank Austria Creditanstalt, BAWAG/PSK und Erste Bank/Sparkassen ein Joint Venture für die gemeinsame Abwicklung des Zahlungsverkehrs planen. Der gesamte Zahlungsverkehr soll demnach in eine eigene Gesellschaft ausgelagert werden. Ziel der beteiligten Gesellschaften ist es, durch die Nutzung von Synergieeffekten Kosteneinsparungen im Ausmaß von 10 bis 30% der derzeitigen Aufwendungen zu erzielen. Sollte – wie geplant – auch der Raiffeisen-Sektor der Banken-Allianz beitreten, würden 75% des gesamten Zahlungsverkehrs von dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen abgewickelt. Betroffen davon wären mehr als 4.500 der insgesamt 5.300 Bankhauptanstalten und Zweigstellen. Für die Arbeiterkammer stellt die Banken-Allianz jedenfalls ein anmelde- und genehmigungspflichtiges Kartell dar. Volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist das kooperative Gemeinschaftsunternehmen nach Ansicht der Arbeiterkammer nur dann, wenn das Kartellgericht durch Auflagen sicher stellt, dass die Banken die Einsparungen unmittelbar an die Konsumenten weitergeben.

Wettbewerbsrechtliche Schritte der Arbeiterkammer

Zum gegenständlichen Fall hat die Arbeiterkammer zunächst eine umfassende Stellungnahme an die EU-Kommission übermittelt, weil aus den Medienberichten hervorging, dass das Gemeinschaftsunternehmen in Brüssel angemeldet wird. Gleichzeitig wurden die Bundeswettbewerbsbehörde und der Bundeskartellanwalt ersucht, die wettbewerbspolitischen Anliegen der Arbeiterkammer zu unterstützen. Von der Europäischen Kommission wurde die AK im Dezember 2002 darüber informiert, dass das oben genannte Vorhaben in Österreich bearbeitet wird. Die beteiligten Banken haben zur geplanten Kooperation einen Feststellungsantrag gem § 8a KartG beim österreichischen Kartellgericht eingebracht. Das Kartellgericht hat bei Anträgen gem § 8a KartG die Feststellung zu treffen, ob und inwieweit ein dem Gericht vorgelegter Sachverhalt (hier Banken-Allianz) dem Kartellgesetz unterliegt. Dabei wird das Gericht angehalten, den Sachverhalt im Sinne der Antragsteller zu entscheiden. Im gegenständlichen Fall – der Feststellungsantrag liegt der Arbeiterkammer nicht vor – ist allerdings davon auszugehen, dass die Anmelder im geplanten kooperativen Gemeinschaftsunternehmen kein anmelde- und genehmigungspflichtiges Vorhaben sehen. Die Arbeiterkammer hat daher dem Kartellgericht gem § 49 KartG umgehend eine Stellungnahme übermittelt.

Die wichtigsten Punkte sind:

- Im Wettbewerb der Bankinstitute um KonsumentInnen und Marktanteile stellt das Girokonto wahrscheinlich das wichtigste „Bankenprodukt“ dar. Der Preis für das Girokonto (Kontoführungsgebühr, Buchungskostenbeitrag, Gebühren für Daueraufträge, Einzugsaufträge sowie Bareinzahlungen usw) ist daher ein wesentlicher Wettbewerbsfaktor zwischen den Bankinstituten.
- Die Konditionen bzw der Preis eines Girokontos ist ursächlich abhängig von den Kosten des Zahlungsverkehrs. Die Zahlungsverkehrsallianz vereinheitlicht die Kostenstruktur aller beteiligten Großbanken. Es kommt zu einer Angleichung der Preise und damit zu weniger Wettbewerb. Gleichzeitig erfolgt ein wesentlicher Informationsaustausch über Kundenstrukturen.
- Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gem § 1 KartG führt das Joint Venture zwingend zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbsverhaltens bei den Gründerunternehmen. Der Tatbestand eines Kartells ist somit erfüllt. Eine Anmelde- und Genehmigungspflicht gemäß § 18 KartG ist gegeben.
- Bei der Prüfung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung ist gemäß § 23 Abs 3 KartG insbesondere auf die Interessen der LetztverbraucherInnen Bedacht zu nehmen. Effizienzvorteile müssen in Form niedrigerer Kontogebühren an die Konsumenten direkt weitergegeben werden.
- Das geplante Zahlungsverkehrs-Joint Venture der drei Großbanken, die mehr als 50% Marktanteil im Zahlungsverkehr aufweisen, ist daher insbesondere im Hinblick auf die Weitergabe des genannten Einsparungspotentials von 10 bis 30% der Kosten zu prüfen. Es dürfen nicht nur Mehrkosten auf die Kunden übertragen werden, sondern es sind auch Kostenvorteile an die KonsumentInnen weiterzugeben.

Die Arbeiterkammer hat das Kartellgericht daher aufgefordert, die geplante Zahlungsverkehrsallianz als anmelde- und genehmigungspflichtiges Kartell zu qualifizieren und eine Genehmigung davon abhängig zu machen, dass die betroffenen Kreditinstitute sich zur Weitergabe der Rationalisierungseffekte an die KonsumentInnen verpflichten.

Gleichzeitig wurde im Rahmen einer Pressekonferenz das Vorhaben der Banken der Öffentlichkeit näher gebracht und gefordert, dass die KonsumentInnen von den durch Bankenallianz erzielten Einsparungen unmittelbar profitieren müssen. Aufgrund der eindeutigen Sachlage ist die Arbeiterkammer überzeugt, dass das Kartellgericht die vorgebrachten Argumente entsprechend berücksichtigt und eine Entscheidung im Sinne der KonsumentInnen trifft.

5.2.3. Zeitschriftenpreise in Österreich – Beschwerde der AK bei der EU-Kommission

Silvia Angelo

Die Arbeiterkammer hat sich im November 2002 aufgrund der Preispolitik für deutsche Publikumszeitschriften in Österreich mit einer Beschwerde an die EU-Kommission gewandt. Die Preise für diese Zeitschriften liegen in Österreich um bis zu 30% über den deutschen Verkaufspreisen. Dabei bestimmen aber offensichtlich nicht die Händler selbst die Preise, sondern verlangen – wie Testkäufe der AK, die in verschiedenen Geschäften und Bundesländern Österreichs durchgeführt wurden, belegen – die von den Verlagen auf die Zeitschriften gedruckten Preise. Der AK liegen auch Verträge vor, die deutlich machen, dass die Händler dazu gezwungen werden, diese Preise zu verlangen.

Dieses Vorgehen bzw die Form der Preisfestsetzung verletzt den ungehinderten, grenzüberschreitenden Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten, und ist nach Ansicht der AK aus folgenden Gründen ein deutlicher Verstoß gegen die europäischen Wettbewerbsregeln – konkret gegen Artikel 81¹²⁹ und 82¹³⁰ EG-V:

- 1) Artikel 81 EG-V: Im vorliegenden Fall der Preisbindung bei Zeitschriften bestehen Abreden sowohl auf horizontaler (Parallelverhalten der Händler) als auch auf vertikaler Ebene. Im letzten Fall erfolgt die Verhaltensabstimmung zum einen durch den – von den Verlagen vorgenommenen – Aufdruck der Preise auf die Zeitschriften und zum anderen durch die zuvor erwähnten Verträge, die den Händlern ebenfalls keinen Gestaltungsspielraum lassen. Die Händler müssen sich im Rahmen dieser Verträge dazu verpflichten, nur die auf den Zeitschriften aufgedruckten Preise zu verlangen und keine Rabatte zu gewähren.
- 2) Artikel 82 EG-V: Eine marktbeherrschende Stellung einzelner Verlage ist möglicherweise nicht für den Zeitschriftenmarkt als Ganzes zu erkennen, für einzelne Teilmärkte stellt sich die Situation allerdings anders dar: Die verschiedenen Zeitschriftenkategorien können in spezielle Bereiche/Interessen – Jugend, Frauen, Computer usw – eingeteilt werden, zwischen denen es keine Substitutionsprozesse gibt. Auf den solcherart abgegrenzten Submärkten teilen sich einige Verlage den Markt.

Eine sachliche Rechtfertigung für die überhöhten Preise, ist nach eingehender Prüfung der von der AK vorgenommenen Preiserhebungen nicht gegeben: So beträgt die Mehrwertsteuerrückgang zwischen Österreich und Deutschland nur 3%-Punkte – eine Differenz, die die tatsächlichen Preisunterschiede nur zum geringsten Teil erklärt. Auch die Transportkosten können aufgrund der räumlichen Nähe zwischen Österreich und Deutschland kaum als Argument herangezogen werden: So ist auch der Transport für jene Verlage, die ihren Sitz in München haben, in den Norden Deutschlands erheblich teurer als beispielsweise nach Salzburg. Ähnlich verhält es sich mit der Rechtfertigung, dass einige Zeitschriften spezielle Österreichteile anbieten: Auch bei jenen Zeitschriften, die keine solchen Sonderteile aufweisen, beträgt der Preisunterschied bis zu 25%.

Mit konkreten Schritten bzw Untersuchungsergebnissen von Seiten der EU-Kommission wird frühestens Mitte 2003 zu rechnen sein. Ziel der AK ist es, nicht nur ein Sinken der Zeitschriftenpreise zu erreichen, sondern auch eine Klärung der wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen durch die EU-Kommission und eine Stärkung der Unabhängigkeit der Händler von den Verlagen zu erwirken.

129) Verbot von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen

130) Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung

5.2.4. Wettbewerbsbeschränkungen durch das ARA-Verpackungssammelsystem

Werner Hochreiter

Die VerpackungsVO ist mit September 1992 in Kraft getreten, und hat zur zeitgleichen Gründung des ARA-Systems geführt. Trotz einiger Änderungen in den rechtlichen Rahmenbedingungen verfügen die Gesellschaften des ARA-Systems seit 1992 über ein de-facto-Angebotsmonopol, was den Markt für Entpflichtungsleistungen (durch die Teilnahme am ARA-System wird ein Inverkehrsetzer von Verpackungen von seinen Rücknahme- und Verwertungspflichten entpflichtet) betrifft, sowie ein de-facto-Nachfragemonopol am Markt für die Erfassung und Verwertung von Verpackungsabfällen. Genehmigte Mitbewerber bestehen nur für die Gewerbesammlung; ihre Marktanteile sind bis jetzt marginal geblieben.

Die Vormachtstellung des ARA-Systems ist im europäischen Vergleich einzigartig. Die Gesamtumsätze in der Verpackungsabfallsammlung belaufen sich auf etwa 200 Mio EUR, das sind rund 15% des Umsatzes der Entsorgungswirtschaft. Die Kosten der Haushaltsammlung machen 25% der Kosten der Abfallwirtschaft für Konsumenten aus.

Das österreichische Kartellgericht hat in seiner Entscheidung 1995 festgestellt, dass das ARA-System ein Wirkungskartell darstellt. Die Genehmigung dieses Kartells steht aber noch aus, wobei der Paritätische Kartellausschuss bereits zwei Gutachten erstattet hat. Etwa zeitgleich hat das ARA-System auch bei der EU-Kommission um Freistellung der Vereinbarungen angesucht.

Die Arbeiterkammer hat sich angesichts der kontroversiellen Auffassungen im Paritätischen Ausschuss schon 1994 mit Beschwerde an die EFTA-Überwachungsbehörde sowie mit ergänzenden Schreiben im Februar 1996 und im März 2002 an die EU-Kommission gewandt.

Im Oktober 2002 hat die Europäische Kommission angesichts der vom ARA-System gemachten Zusagen per „Artikel 19 Abs 3 Mitteilung“ ihre Absicht kundgetan, gegen die angemeldeten Vereinbarungen keine Einwände auf der Grundlage von Art 81 EGV zu erheben oder eine Einzelfreistellung gemäß Art 81 Abs 3 EGV zu gewähren.

Per Stellungnahme hat die Arbeiterkammer erhebliche Bedenken gegen die Absicht der Europäischen Kommission geäußert, die angemeldeten Verträge – jedoch ohne das Tarifblatt! – freizustellen und den diversen, unter anderem von Mitbewerbern erhobenen Vorwürfen marktmissbräuchlichen Verhaltens (Art 82 EGV) erst in einem gesonderten Verfahren nachzugehen.

Die Vorwürfe betreffen die von den Gesellschaften des ARA-Systems praktizierte Monopolisierung des Haushaltsbereichs sowie die Vermischung von Haushalts- und Gewerbebereich und die damit ermöglichten Quersubventionierungen sowie andere wettbewerbsbehindernde Praktiken und In-Sich-Geschäft-Konstellationen („Handelsketten“ sind sowohl in leitenden Funktionen im System als auch als Entsorger tätig).

All dies steht nach Ansicht der Arbeiterkammer in untrennbarem Zusammenhang mit den angemeldeten Verträgen, da diese Verträge die Missbräuche erst nachhaltig ermöglichen. Auch sollte im Verfahren nach Art 81 Abs 3 EGV kritisch gewürdigt werden, dass zu den zahlreichen Wettbewerbsbeschränkungen auch Mängel in den umweltrechtlichen Rahmenbedingungen sowie das damit in Zusammenhang stehende behördliche Handeln bzw. Unterlassen durch das österreichische Umweltministerium essentiell beitragen.

Mit einer Entscheidung der Kommission ist kaum vor Mitte 2003 zu rechnen. Hinsichtlich der offenen Punkte beabsichtigt die Arbeiterkammer die österreichische Wettbewerbsbehörde zu befragen, um einen zügigen Abschluss des österreichischen Verfahrens zu erreichen.

Ziel der AK ist es, den Wettbewerb in diesem Sektor zu fördern. Dazu müssen die prohibitiv hohen Mengenschwellen für das Großanfallstellenprinzip abgesenkt werden, um den verpflichteten Inverkehrsetzern die Selbsterfüllung (systemfreier Raum) zu erleichtern. Andererseits sollte die Europäische Kommission – in Analogie zum Beschluss des Deutschen Bundeskartellamtes zum Dualen System Deutschland – dem ARA-System auftragen, sich auf die Haushaltssammlung zurückzuziehen und Mitbewerbern die Mitbenützung der Haushaltsammelinfrastruktur zu ermöglichen.

5.3. Überblick über die Tätigkeit des Paritätischen Ausschusses im Jahr 2002

Rudolf N. Reitzner

Einleitend ist festzustellen, dass mit der Kartellrechtsreform 2002 eine tiefgreifende institutionelle Veränderung im österreichischen Kartellrechtsvollzug herbeigeführt wurde: Als neue Amtsparteien wurden eine unabhängige Wettbewerbsbehörde und eine Bundeskartellanwaltschaft eingerichtet, gleichzeitig verloren die Bundesarbeitskammer, die Wirtschaftskammer Österreich, die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs sowie die Finanzprokurator als Vertreterin des Bundes ihre Amtsparteienstellung und damit die Antragslegitimation gegenüber dem Kartellgericht.

Der dem Kartellgericht als Gutachter zugeordnete Paritätische Ausschuss verlor seine Funktion mit dem In-Kraft-Treten der Kartellgesetznovelle (1.7.2002), in einer Übergangsphase bis zum Jahresende 2002 waren die vom Kartellgericht in der ersten Jahreshälfte erteilten- und noch unerledigten Gutachtensaufträge abzuarbeiten.

Trotz der verkürzten Funktionsperiode war für den Paritätischen Ausschuss auch das letzte Jahr seines Bestehens durch intensive Tätigkeit gekennzeichnet. In diesem Jahr wurde der Paritätische Ausschuss vom Kartellgericht zur Erstellung folgender Gutachten beauftragt (bzw erledigte offene Gutachtensaufträge aus dem Jahr 2001):

- 7 Gutachten zur Verlängerung von Kartellen
- 5 Gutachten zu Verfahren bezüglich Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung
- 7 Gutachten zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen
- 1 Gutachten im Auftrag des BM für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
- 2 Gutachten zur Abänderung einer Auflage (bezüglich Unternehmenszusammenschluss)
- 1 Gutachten zur volkswirtschaftlichen Rechtfertigung einer vertikalen Vertriebsbindung

Die Anzahl der Gesamtsitzungen des Paritätischen Ausschusses belief sich 2002 auf 94 (im Jahr 2001 waren es 108, 2000: 101 Sitzungen), wobei 192 Einzelsitzungen (Vorjahr: 214) abgehalten wurden. Wie in den Vorjahren bezog sich der Großteil der Aktivitäten auf die Untersuchung behaupteter Marktmachtmissbräuche und die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen. Hinsichtlich letzterem Tätigkeitsbereich ist zu bemerken, dass den Paritätischen Ausschuss noch unmittelbar vor seinem erwähnten Auslaufen (Ende des 1. Halbjahres 2002) ein Gutachtensauftrag (siehe Zusammenschluss OMV Erdgas G/ EVN AG ua) erreichte. Dies ist insofern erwähnenswert, als daraus nicht nur intensive Befragungsaktivitäten im 2. Halbjahr resultierten, sondern auch speziellen Koordinationsanforderungen zwischen Anmelderinnen, Paritätischem Ausschuss, Branchenregulierungsbehörde sowie alten und neuen Amtsparteien nachgekommen werden musste.

Schon in den vergangenen Jahren wurde auf die dürftige Mittelausstattung der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit bzw des Paritätischen Ausschusses hingewiesen. Für die Arbeit des Paritätischen Ausschusses stellte dieser Umstand auch im Berichtszeitraum eine Erschwernis bei der Durchführung seiner Arbeiten dar. Die in einem Kommentar zum Kartellgesetz 1972 festgehaltene Absicht, „Ferner soll dem Paritätischen Ausschuss ein Büro mit qualifizierten Fachkräften zur Verfügung gestellt werden. Es ist an vier Bedienstete der Verwendungsgruppe A gedacht.“ konnte in den seither vergangenen dreißig Jahren nicht verwirklicht werden. Die im Tätigkeitsbericht des Kartellobergerichtes für das Jahr 1973 enthaltene Feststellung „Die Bemühungen, geeignete Personen für die Anstellung als Hilfskräfte des Paritätischen Ausschusses zu finden, waren zum Jahresende noch nicht abgeschlossen.“ blieb somit bis zur Einstellung der Arbeiten des Paritätischen Ausschusses gültig. Mit der Kartellrechtsreform 2002 fand also auch ein österreichisches „Dauerprovisorium“ sein Ende.

Unter den vom Paritätischen Ausschuss (PA) im Jahr 2002 zu begutachtenden Fällen sind die folgenden hervorzuheben:

Missbrauchsverfahren gfw Gesellschaft für Werbemittelverteilung G/ Österreichische Post AG

Bereits im Zuge des Zusammenschlussverfahrens Österreichische Post AG/feibra G (siehe Wettbewerbsbericht der AK-Wien 8/2001) hatte sich die gfw als Wettbewerberin mit einer Stellungnahme an das Kartellgericht gegen das damalige Zusammenschlussvorhaben gewandt. Das Missbrauchsverfahren stellte somit eine angekündigte Folge des Zusammenschlusses dar.

Die von der Antragstellerin gegen die Post erhobenen Vorwürfe bezogen sich auf folgende behauptete Praktiken:

- Die Post bediene sich bei der Zustellung von Info-Mails ohne persönliche Anschrift ua der Hausbriefachanlagen, zu denen sie ausschließlichen Zugang habe. Durch den Ausschluss der Konkurrenten von dieser Möglichkeit würden diese in ihrem Wettbewerbsverhalten behindert.
- Es wurde vermutet, dass die Post Einnahmen aus dem durch das Postmonopol abgesicherten Geschäftsbereich zur Quersubventionierung von Tarifen in Wettbewerbsbereichen heranziehe.
- Durch die Einräumung besserer Konditionen gegenüber der werbenden Wirtschaft würden die gleichartig nachfragenden, auf den Postvertrieb angewiesenen Konkurrenten (gfw) behindert.

Der PA kam in Anlehnung an die Entscheidung des Kartellgerichtes aus dem Jahr 2000 hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes zu der Auffassung, dass es sich dabei um den Markt für die Verteilung gedruckter Werbung (exklusive Druckstrecken und prospektähnliche Inserate) handle. Als räumlich relevanter Markt wurde das Gebiet der Republik Österreich angesehen. Auf dem so umrissenen Markt verfügte die Post über einen Marktanteil von über 43%, unter Hinzurechnung der feibra über einen Marktanteil von zumindest 56%; die Post war daher als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen.

Der PA hielt fest, dass es der Post aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht untersagt werden sollte, Info-Mails ohne persönliche Anschrift auch in Hausbriefanlagen abzulegen. Eine korrekte Kostenzuteilung (Unterscheidung zwischen reserviertem Bereich und Wettbewerbsbereich, dh Ermittlung der tatsächlichen Kosten der Info-Mail-Verteilung) im Zusammenwirken mit dem Regulator wäre einer Untersagung vorzuziehen. Weiters sei die Post nicht dazu verpflichtet, Hausbriefanlagen den Konkurrenten zur Werbemittelverteilung zur Verfügung zu stellen; dies würde die Qualität des reservierten Bereichs – insbesondere die Zustellung amtlicher/bescheinigter Schriftstücke – beeinträchtigen. Ein erfolgreiches Tätigwerden als Werbemittelverteiler sei – wie das Beispiel feibra beweise – auch ohne die Nutzung von Hausbriefanlagen möglich. Der Wettbewerbsvorteil „Hausbriefanlage“ behindere den Geschäftsauftritt von Konkurrenten nur unwesentlich. Hinsichtlich einer eventuellen Quersubventionierung wurde festgestellt, dass seitens der Antragstellerin jedenfalls keine entsprechende Beschwerde bei den dafür vorgesehenen Regulierungsinstanzen vorgebracht worden war. Sollte die Post ein System durchführen oder durchgeführt haben, wonach für die Zwecke der Kundenbindung im Wettbewerbsbereich auf Einnahmen im Universaldienst verzichtet werde, so erschiene diese Verhaltensweise geeignet, einen Missbrauch darzustellen. Zur behaupteten Einräumung schlechterer Konditionen im Verhältnis zur werbenden Wirtschaft war zu konstatieren, dass die Behauptung nicht schlüssig bewiesen war. Demgegenüber war die Argumentation der Post nachvollziehbar, wonach ein unterschiedlicher Leistungsumfang zu einer unterschiedlichen Preisgestaltung im Rahmen der Posttarife führt.

Der PA empfahl dem Kartellgericht mit der zuständigen Stelle im BMVIT (Postbüro, oberste Postbehörde) Kontakt aufzunehmen, um näheren Einblick in die Tarifgestaltung der Post aufgrund von deren Kostenrechnung zu erhalten.

Missbrauchsverfahren Mauer G/Funkzentralen

Im gegenständlichen Verfahren ging es um die Behauptung, die Funkzentralen hätten in verbotener Weise ein volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigtes Kartell durchgeführt und überdies durch zahlreiche Handlungen ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Im Unterschied zu anderen Missbrauchsverfahren brachten die Verfahrensparteien gegensätzliche Tatsachenbehauptungen besonders zahlreich und in besonders gravierendem Ausmaße vor.

Aufgrund der Gesetzeslage (PA als Gutachterorgan des Kartellgerichtes) konnte der PA die widerstreitenden Tatsachenbehauptungen zwar untersuchen, diesbezüglich aber keine endgültigen Feststellungen treffen. Der PA musste sich dementsprechend auf die Abgabe seiner subjektiven Einschätzungen beschränken.

Von der Antragstellerin wurde den Wiener Funkzentralen vorgeworfen, sie vereinbarten für die Vermittlung von Flughafenfahrten und Botenfahrten an Taxis Einheitspreise (Kartellbildung). Weiters missbrauchten sie ihre marktbeherrschende Stellung beispielsweise dadurch, indem sie den Abschluss eines Funkvertrages an die Bedingung knüpften, dass der Taxiunternehmer Kartenterminals in seine Taxis einbauen lasse.

Der PA kam in Anlehnung an den Beschluss des Kartellgerichtes im Provisorialverfahren (9/1999; Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung) zur Auffassung, dass der sachlich relevante Markt jener der Vermittlung von Beförderungsverträgen (Sachgüter-, bzw Personenbeförderung) an Taxiunternehmer durch Funkzentralen ist. Als räumlich relevanter Markt war Wien anzusehen. Auf diesem Markt waren die drei Funkzentralen nach eigenen Angaben etwa mit gleich starken Umsätzen vertreten, hatten demnach jeweils einen Marktanteil von ca $\frac{1}{3}$ und waren damit marktbeherrschend.

Aufgabe der Funkzentralen-Unternehmen ist es, die telefonischen Beförderungswünsche des Kunden dem Taxiunternehmer per Funk zur Kenntnis zu bringen. Neben den „normalen“ Beförderungsaufträgen von/für Personen übernehmen die Funkzentralen auch die Vermittlung von Aufträgen für Botenfahrten, Flughafenfahrten und andere spezielle Fahrten. Taxiunternehmer, die an den Leistungen der Funkzentralen Interesse haben, schließen mit diesen „Funkverträge“ ab. Für Taxiunternehmer, welche mehrere Taxis im Betrieb haben, ist der Abschluss eines Funkvertrages zumindest für einige seiner Taxis wirtschaftlich unverzichtbar (Umsatzsicherung). Für jeden Funkauftrag ist eine Vermittlungsgebühr an die Funkzentrale zu entrichten. Eine Weigerung aller Funkzentralen, mit einem mittelgroßen Taxiunternehmer einen Funkvertrag abzuschließen, bedeutete das Ende von dessen wirtschaftlicher Lebensfähigkeit.

Bereits im Provisorialverfahren (siehe oben) hatte das Kartellgericht festgestellt, die Funkzentralen hätten eine Verhaltensabstimmung vorgenommen, indem sie Botenfahrten nur zu einem einheitlichen, von ihnen vorgegebenen Tarif den Taxis vermitteln.

Diese Feststellung konnte aus Sicht des PA nicht mehr aufrecht erhalten werden, seitdem der amtliche Tarif für Botenfahrten (Preisregelung durch Verordnung der Wiener Landesregierung) aufgehoben wurde und stattdessen von der Bundesinnung des Taxigewerbes eine unverbindliche Verbandsempfehlung für Botenfahrten herausgegeben wurde. Seither (5/2001) gehen die Funkzentralen bezüglich der Preise nicht mehr einheitlich vor, sondern bieten Botenfahrten unter Funk gemäß dem „Tarif“ der unverbindlichen Verbandsempfehlung jeweils einzeln an. Bei Botenfahrten wird dem Kunden von der Funkzentrale der unverbindliche Tarif der Taxiinnung als verbindlicher Tarif weitergegeben. Sofern die Funkzentralen vom Taxiunternehmer zu diesem Vorgang ermächtigt worden sind, wäre diese Vorgangsweise kartellrechtlich unproblematisch. Dem PA waren keine Informationen zugekommen, wonach die Taxiunternehmer die Funkzentralen zu solchem Vorgehen ermächtigt hätten. Sollten die Funkzentralen jedoch auf den Taxiunternehmer Druck zur Einhaltung der unverbindlichen Verbandsempfehlung ausüben, so wäre dies kartellrechtlich problematisch.

Die Feststellung des Kartellgerichtes im Provisorialverfahren, die Funkzentralen bieten Flughafenfahrten zu einheitlichen Tarifen an (Absichtskartell, Verbot der weiteren Durchführung dieses Kartells), war durch die inzwischen eingetretene Verhaltensänderung der Funkzentralen ebenfalls überholt geworden: Die Funkzentralen vermitteln nunmehr Flughafenfahrten eigenständig zu geringfügig unterschiedlichen Preisen. Unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise gemäß § 1 KartG wird dem Kunden jedoch der Flughafentarif von den Funkzentralen vorgegeben (die Wahlmöglichkeit zwischen Taxitarif und angebotenen Flughafentarif ist nach Auffassung des PA keine echte, da die Geltung des Taxitarifs am Stadtrand von Wien endet, sodass für die Weiterfahrt zum Flughafen Schwechat eine zusätzliche – verteuernde – Vereinbarung getroffen werden müsste).

Die Problematik der Funkverträge bestand für den PA darin, dass sie sich einerseits als Vermittlungsverträge darstellen, während gleichzeitig dem Vermittler bei der Preisgestaltung eine bestimmende Rolle zukommt.

Dementsprechend hielt der PA fest, dass „all diese Umstände gleichermaßen den Kartelltatbeständen wie auch dem Missbrauchstatbestand zugeordnet werden (können). ... Betrachtet man eine solche Praxis jedoch als eine Preisbindung der zweiten Hand, so handelt es sich hierbei um die Durchführung eines nicht genehmigten Kartells.“

Die in den Funkverträgen enthaltenen Konkurrenzklauseln, wonach es dem Taxiunternehmer verboten ist, ein und dasselbe Taxi bei mehreren Funkzentralen anzumelden, erschienen dem PA als unangemessene Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Taxiunternehmers. Die in einem Funkvertrag enthaltene Bestimmung, ein Taxi zur erstmaligen Anmeldung abzulehnen, wenn es älter als 7 Jahre ist, wurde vom PA gleichermaßen als unangemessen qualifiziert und damit möglichen Missbrauchstatbeständen zugeordnet.

Missbrauchsverfahren gegen Telekabel Wien G und BKF-Burgenländisches Kabelfernsehen G

Im Zuge des vom Kartellgericht von Amtwegen eingeleiteten Verfahrens wurde der PA zur Erstattung eines Gutachtens gemäß § 35 Abs 1 KartG beauftragt. Dieser Auftrag umfasste die Überprüfung der Frage, ob die genannten Unternehmen marktbeherrschend seien, und ob Umstände vorliegen, wonach sie in unangemessener Weise die Entgelte der Benutzer des Kabelfernsehens erhöht hätten und dadurch allenfalls ihre weiteren Telekommunikationsdienste subventioniert hätten.

Hinsichtlich des sachlich relevanten Marktes kam der PA zur Auffassung, dass zwischen Kabel-TV und Satelliten-Empfang eine leicht eingeschränkte Austauschbarkeit bestehe, ohne dass die Substituierbarkeit der beiden Empfangsmöglichkeiten im Sinne des Kartellgesetzes dadurch ernsthaft in Frage gestellt würde. Die beiden Empfangsmöglichkeiten bilden daher unter dem Aspekt der Substituierbarkeit einen einheitlichen Markt, die jeweiligen Unternehmen stehen zueinander im Wettbewerb. Der räumlich relevante Markt ergibt sich aus der Reichweite des jeweiligen Kabelfernsehunternehmens. Demnach ist der räumlich relevante Markt im Fall der Telekabel G das Land Wien, im Fall der BKF das Burgenland.

Auf dem so definierten Markt wurde für die Telekabel G in Wien ein Marktanteil von etwa 50% festgestellt, für die BKF im Burgenland ein solcher von etwa 35%. Demnach waren beide Unternehmen als marktbeherrschend einzustufen.

Die oben angesprochene leicht eingeschränkte Austauschbarkeit zwischen den beiden Empfangsmöglichkeiten ergibt sich daraus, dass die Konsumenten erst bei stärkeren ungleichen Entwicklungen – etwa einer starken Erhöhung des Entgeltes für das Kabel-TV – reagieren dürften. Nach Ansicht des PA müsse daher die Angemessenheit von Preiserhöhungen besonders streng überprüft werden. Die verfahrensgegenständliche Erhöhung des Entgeltes ($\frac{1}{2000}$) konnte unter diesem Gesichtspunkt jedoch nicht als zwangsläufig unangemessen angesehen werden. Allerdings wäre die weitere Entwicklung abzuwarten und zu prüfen, ob und in welchem Ausmaß Preisanpassungen – wie behauptet – nur alle zwei Jahre durchgeführt werden. Der PA regte daher eine künftige genaue Überprüfung der Preisentwicklung auf diesem Markt durch die dazu berufenen Institutionen an.

Hinsichtlich einer eventuellen Quersubventionierung konnte im Anhörungsverfahren kein eindeutiger Hinweis erhalten werden.

Missbrauchsverfahren gegen OMV, Agip, Aral, BP, Esso, Shell

Anlass für dieses Verfahren waren die Beschwerden einiger kleiner Tankstellenbetreiber (Tankstellen ohne Markenbindung) gegenüber den genannten großen integrierten Mineralölkonzernen (so genannte Majors). Diesen wurde vorgeworfen, kleine Tankstellenbetreiber durch Nichtbelieferung bzw. Niedrigpreise in ihrer Existenz zu gefährden. Das Kartellgericht leitete von Amtswegen das Verfahren ein und ging dabei von einer gemeinsamen Marktbeherrschung durch die genannten Unternehmen aus.

Der PA kam im Zuge seiner Untersuchungen zur Auffassung, dass die Annahme des Kartellgerichts bezüglich einer so genannten Reaktionsverbundenheit bzw. einer gemeinsamen Marktbeherrschung der Majors zu Recht bestanden hatte.

Hinsichtlich der Gestaltung der Pumpenpreise für Treibstoffe ergab sich für den PA der Eindruck, dass die Marktteilnehmer durch Beobachtung der Preise im lokalen Umfeld eventuelle Preissenkungen von Konkurrenten (zB von so genannten Diskontern) rasch erkennen können. Die Reaktion der großen Mineralölfirmen auf solche so genannte Preistrichter – dh die Anpassung der eigenen Pumpenpreise an das vom Diskonter vorgegebene Niveau – dürfte somit auf Preisbeobachtung bzw. auf die erwähnte Reaktionsverbundenheit der Unternehmen zurückzuführen sein. Mit den im KartG vorgesehenen begrenzten Möglichkeiten und der mehrfach vorgekommenen Gesprächsverweigerung durch Vertreter kleiner Tankstellen bzw. von Tankstellenpächtern der Majors war es dem PA nicht möglich, eindeutige Hinweise auf das Vorliegen von Absprachen bzw. auf die Verfolgung einer gezielten Verdrängungsstrategie vorzufinden.

Zum behaupteten Tatbestand der Nichtbelieferung im Sinne eines Vernichtungswettbewerbs bzw. eines bedenklichen Behinderungswettbewerbs war festzustellen, dass ausreichende Belieferungsmöglichkeiten durch Großhändler oder Vertriebsunternehmen der Majors und somit ausreichende Mengen vorhanden sind. Die vereinzelt Nichtbelieferung finanzschwacher Tankstellenbetreiber wegen zu befürchtender Zahlungsschwierigkeiten konnte vom PA nicht als Ansatz zu einem gezielten Vernichtungswettbewerb seitens der Majors gewertet werden.

Der PA hielt in seinem Gutachten fest, dass die Majors als integrierte Weltkonzerne, welche von der Rohölförderung bis zum Vertrieb an den Letztverbraucher auf allen unternehmerischen Aktivitätsfeldern tätig sind, offensichtlich in der Lage sind, die Preise auf den einzelnen Wirtschaftsstufen so zu gestalten, dass die Gewinne nicht beim Tankstellengeschäft sondern in den vorgelagerten Wirtschaftsstufen erzielt werden. Ein daraus resultierender permanenter Wettbewerbsdruck auf kleinere, nicht integrierte Marktteilnehmer wurde als wettbewerblich bedenklich angesehen. Der PA regte daher an, dass die in Österreich nunmehr zuständigen Institutionen das Verhalten der Majors künftig genau beobachten sollten um festzustellen, ob die Grenze zwischen Reaktionsverbundenheit und wettbewerbswidrigem Verhalten überschritten wird.

Missbrauchsverfahren Norbrook Laboratories Ltd/Biochemie G

Das von Norbrook angestrebte Verfahren betraf den Markt für Penicillin G-Natrium (Erzeugung und Vertrieb von sterilgefälltem Penicillin) welches als Vorprodukt für die Erzeugung pharmazeutischer Endprodukte (Generika) benötigt- und lediglich von der Antragsgegnerin als einziger Erzeugerin bezogen werden könne; diese verweigere jedoch die Belieferung. Die Antragsgegnerin behauptete demgegenüber, das gegenständliche Produkt werde weltweit von mehreren Unternehmen erzeugt, alternative Bezugsquellen stünden daher ausreichend zur Verfügung; die eigene voll ausgelastete Erzeugung mache eine Belieferung technisch unmöglich.

Im Zuge seiner Untersuchungen beschäftigte sich der PA ua mit den Zulassungsmodalitäten für Arzneimittel bzw Wirkstoffe zur Erzeugung solcher. Dabei gelangte der PA zur Auffassung, dass die Antragstellerin bei Einhaltung eines bestimmten Verfahrens das gegenständliche Produkt etwa auch aus Nicht-europäischen Ländern importieren könnte. Der räumlich relevante Markt gehe daher jedenfalls über das Gebiet der Republik Österreich hinaus und sei als weltweit anzusehen. Der PA gewann den Eindruck, dass jedenfalls aufrechte Bezugsmöglichkeiten für Penicillin G-Sodium weltweit bestehen.

Nach Vorlage entsprechender Unterlagen durch die Antragsgegnerin erschien es dem PA glaubhaft, dass die Produktionskapazität der vorhandenen Anlage ausgeschöpft ist und ein Ausbau dieser Anlage aus ökonomischen Gründen weder sinnvoll noch zumutbar sei. Eine Belieferung der Antragstellerin schien dem PA daher nur durch Rücknahme der eigenen Weiterverarbeitung der Biochemie oder durch Nichtbelieferung anderer vertraglich bereits gebundener Kunden möglich zu sein; dies wurde als für die Biochemie unzumutbar angesehen.

Verfahren zur Untersagung der Durchführung einer vertikalen Vertriebsbindung; E. Böhm Sportartikel G & Co KG/ÖTV-ATP Daviscup Veranstaltungen G

Der zur Begutachtung der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung der Vertriebsbindung beauftragte PA stellte im Zuge seiner Erhebungen fest, dass ursprünglich ein so genannter Tennis-Pool bestanden hatte, in welchen mehrere Tennisballfirmen Zahlungen leisteten; dafür erhielten sie die exclusive Zulassung ihrer Bälle für Meisterschaftsspiele. Die konkrete Verwendung einer Ballmarke erfolgte auf Grund von Firmenvereinbarungen mit den Landestennisverbänden. In einer nächsten Phase entschloss sich der ÖTV eine Ausschreibung vorzunehmen, als deren Ergebnis lediglich zwei Ballmarken für Meisterschaftsspiele zugelassen wurden; dafür waren nach Ansicht des PA keine qualitativen Gründe ausschlaggebend. Die erwähnte Ausschreibung war Grundlage für die zu beurteilende Vertriebsbindung.

Es wurde für den PA erkennbar, dass es sich beim ÖTV um ein marktmächtiges Unternehmen handelt, welches im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens höchstwahrscheinlich als marktbeherrschend zu bezeichnen wäre. Jedenfalls war der ÖTV in der Lage, im Zusammenwirken mit den Landestennisverbänden ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung, sondern ausschließlich aufgrund seiner wirtschaftlichen Stellung zu bestimmen, welche Ballmarken bei Meisterschaftsspielen verwendet werden durften.

Der PA gelangte zur Auffassung, dass die Besonderheiten des Tennissports Vorgaben des ÖTV bzw der Landestennisverbände rechtfertigen, welche die Verwendung qualitativ geeigneter Bälle bei Meisterschaftsspielen sicherstellen. Daraus sich ergebende Einschränkungen wie zB das Fernhalten jener Bälle bzw Ballmarken, welche nicht vom Welttennisverband geprüft wurden, wären funktionsbedingt und damit wettbewerbsneutral. Die Einschränkungen des zu beurteilenden Vertriebssystems konnten jedoch nicht als funktionsbedingt angesehen werden, da Tennisballmarken, welche die Qualifikation für Meisterschaftsspiele hatten, ferngehalten wurden. Es müsste daher künftig sichergestellt werden, dass alle Tennisballmarken mit entsprechendem Prüfungszeugnis des Welttennisverbandes zu Meisterschaftsspielen zugelassen werden. Darüber hinausgehende Einschränkungen wurden als nicht funktionsbedingt und daher nicht wettbewerbsneutral angesehen. Der PA erachtete eine Eintragung/Durchführung der gegenständlichen Vertriebsbindung somit als nicht volkswirtschaftlich gerechtfertigt.

Zusammenschluss Bau-Holding/Strabag; Erfüllung von Auflagen

Der angeführte Zusammenschluss war vom Kartellgericht unter der Voraussetzung der Erfüllung von Auflagen nicht untersagt worden. Die Auflagen betrafen die Abgabe von zwei Asphaltmischanlagen in Niederösterreich sowie einer solchen Anlage in Tirol. Während die niederösterreichischen Anlagen betreffenden Auflagen bereits erfüllt worden waren, unterblieb bislang die Abgabe der dritten Anlage.

Der PA stellte im Laufe seiner Erhebungen fest, dass sich die wesentlichen Determinanten für die gutachtliche Stellungnahme des PA (zum selben Sachverhalt) aus dem Jahr 2000 nicht geändert hatten. Das einzige, in alleiniger Verfügungsgewalt der Bau-Holding stehende Asphaltmischwerk in Schwaz/Tirol war weiterhin durch die Bergrutschkatastrophe (Eibelschrofen) und das sich daran anknüpfende bergrechtliche Verfahren in seinem Betrieb beeinträchtigt. Die Gemeinde Schwaz bemühte sich um die Einstellung des mit der Anlage verbundenen Bergwerkes der Montanunion und würde die Absiedlung der Mischanlage befürworten. Dadurch verringern sich sowohl die Verkaufsaussichten der Eigentümerin der Mischanlage als auch der Nutzen der Anlage für allfällige Interessenten.

Trotzdem sah es der PA als gegeben an, dass durch einen ersatzlosen Entfall dieser Auflage den wettbewerblichen Bedenken, die zur Festlegung dieser strukturellen Maßnahme durch das Kartellgericht geführt hatten, nicht ausreichend Rechnung getragen würde. Der PA empfahl daher dem Kartellgericht der Eigentümerin eine weitere Erstreckung der Veräußerungspflicht zu gewähren.

Zusammenschluss Kika-Leiner/Michelfeit; Erfüllung von Auflagen

Das Kartellgericht hatte den gegenständlichen Zusammenschluss Mitte 1999 mit der Auflage genehmigt, dass bis Ende des Jahres 2000 Standorte (Möbelhandel) am räumlich relevanten Markt Wien/Teile Niederösterreichs und des Burgenlandes mit einem Umsatzerlös von zumindest 580 Mio-ATS abgegeben werden würden. Mitte des Jahres 2001 brachte die Anmelderin vor, dass seit dem Beschluss des Kartellgerichts erhebliche Marktanteilsverluste zu verzeichnen gewesen wären, der Marktanteil der zusammengeschlossenen Unternehmen sei damit deutlich unter den im KartG festgeschriebenen Schwellenwert von 30% gefallen.

Im Zuge des Anhörungsverfahrens gewann der PA den Eindruck, dass keine grundsätzlich neuen bzw gegenläufigen wettbewerblichen Trends am Möbelmarkt – verglichen mit jenen des Jahres der Anmeldung – aufgetreten waren. Der PA zog daraus die Schlussfolgerung, dass sich die volkswirtschaftlichen Umstände, welche zu seinem Gutachten und in weiterer Folge auch zum Beschluss des Kartellgerichtes führten, nicht geändert hatten.

Der PA ersuchte das Kartellgericht, seinerseits einen Gutachter zur Frage zu bestellen, ob der Marktanteil der Anmelderin am räumlich und sachlich relevanten Markt tatsächlich auf den behaupteten Wert gesunken sei. Die vom Kartellgericht in diesem Sinne beauftragten Gutachter verwendeten dem PA unzugängliche Informationsquellen und kamen schließlich zu dem Ergebnis, dass der Marktanteil der Unternehmensgruppe auf diesem Markt nach wie vor die zum Zeitpunkt der Auflagenerteilung festgestellte Größenordnung aufwies. Das Sachverständigengutachten erschien dem PA in sich schlüssig, daher wurde daraus gegenüber dem Kartellgericht die Empfehlung abgeleitet, dass die in seinem Beschluss aus dem Jahr 1999 erteilten Auflagen nach wie vor voll zu erfüllen wären.

Weitere vom Paritätischen Ausschuss begutachtete Unternehmenszusammenschlüsse

Die Zusammenschlüsse Spar/Maximarkt, APSS/Hobex, Brau Union/Schladminger Brau G sowie OMV Erdgas G/EVN ua werden an anderer Stelle dieser Publikation behandelt.

Gutachten des PA zur Verlängerung von Kartellen

Die vom PA in diesem Zusammenhang abgegebenen Gutachten betrafen folgende Vereinbarungen:

- „33 kg-Gasflaschen“: Regelungsinhalt: Pfandsystem;
- Fritsch & Rauch Mühlen G: Regelungsinhalt: Rationalisierungsvereinbarung (Kooperatives Gemeinschaftsunternehmen);
- Kartell der Audiovisions- und Filmindustrie Österreichs: Regelungsinhalt: Aufteilung der Einspielergebnisse zwischen Kinos und Filmverleihern;
- Kartellvereinbarung der österreichischen Wellpappe-Erzeuger: Regelungsinhalt: Marktinformationsverfahren in anonymisierter Form, Konditionenregelung;
- Holzimportvereinbarung: Regelungsinhalt: Mindestimportmengen;
- Konditionenkartell der Textillohnveredelungsindustrie: Regelungsinhalt: Konditionen;
- Konditionenkartell der Baumwollweber: Regelungsinhalt: Konditionen;

Der PA erachtete die befristete Verlängerung der genannten Kartelle jeweils als volkswirtschaftlich gerechtfertigt. Bei den genannten Vereinbarungen handelt es sich jeweils um solche niedriger Regulationsintensität. Die letzten vier Vereinbarungen aus obiger Liste zählen zur Gruppe so genannter Altkartelle, welche anlässlich der durch Österreichs Beitritt zum EWR bzw zur EU bedingten Übergangsphase 1993/94 rigoros überprüft wurde. Dabei wurde insbesondere § 23 KartG in Verbindung mit § 7 KartG – das heißt die Frage der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung in Verbindung mit dem EWR/EU-Kartellverbot (Art 85, nunmehr Art 81) – behandelt. Bei den ersten drei Vereinbarungen der Liste handelt es sich um Kartelle, deren Ersteintragung nach dem 1.1.1994 erfolgte; hinsichtlich der Überprüfung von deren volkswirtschaftlicher Rechtfertigung gilt inhaltlich das für die „Altkartelle“ Gesagte.

5.4. Überblick über Anträge und Stellungnahmen der Bundeswettbewerbsbehörde im Zeitraum Juli bis Dezember 2002

Bedauerlicherweise wurden uns von Seiten der Bundeswettbewerbsbehörde keine aussagekräftigen Informationen betreffend ihrer gestellten Anträge und Stellungnahmen übermittelt. Ebenso blieb eine diesbezügliche Suche im Internet leider erfolglos.

5.5. Überblick über Anträge und Stellungnahmen des Bundeskartellanwalts im Zeitraum Juli bis Dezember 2002

Die nachfolgenden Informationen wurden uns dankenswerterweise von Herrn Bundeskartellanwalt Dr Alfred Mair und seinem Stellvertreter, Herrn Mag Gustav Stifter, zur Verfügung gestellt.

Anträge auf Prüfung von Zusammenschlüssen gemäß § 42b KartG

- PHOENIX Arzneiwarengroßhandlung GmbH – Apotheke zur Austria, Rumpler & Mag Baier OHG
- TIWAG-Tiroler Wasserkraft AG – Innsbrucker Kommunalbetriebe AG
- HC BeteiligungsgmbH – Schutzengel-Apotheke und Drogerie Mag.pharm. Peter Heilig KG
- AGRANA Zucker und Stärke AG – K. Deuring Produktions GmbH & Co KG
- OMV Erdgas GmbH – EVN AG – Wiengas GmbH – Linz AG – BEGAS – OP Ferngas
- STRABAG AG – Leitner GmbH
- HC BeteiligungsgmbH – Mariahilf-Apotheke Mag.pharm. Alfred Weißenegger KG
- FAG Kugelfischer Georg Schäfer AG – SNFA SA
- Publicis Kommunikationsberatung GesmbH – Direct & More Direktmarketingberatung und Werbeagentur GmbH

Feststellungsanträge gemäß § 42a Abs 5 KartG (Verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses)

- STRABAG AG – Leitner GmbH

Antrag auf Untersagung eines Empfehlungskartells

- Hafesan HandelsgmbH

Anträge auf Widerruf/Verbesserung von Verbandsempfehlungen (§ 33 KartG)

- Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband der Spediteure (Möbeltransportentgelte) (2 Verfahren)
- Landesinnung Steiermark der Hafner, Platten- und Fliesenleger und Keramiker

Stellungnahmen zu Feststellungsanträgen gemäß § 8a KartG (Kartelle und Zusammenschlüsse)

- Bank Austria Creditanstalt AG – Erste Bank der österreichischen Sparkassen – Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
- Österreichische Industrieholding AG – ÖBB (Postbus)
- Antragsteller: Dr Richard GmbH Verkehrsbetriebe KG – Sab-Tours GmbH; Beteiligte: ÖBB – Österreichische Postbus AG – Österreichische Industrieholding AG

Sonstige ausführliche Stellungnahmen bzw Anschreiben

- Österreichische Apotheker-VerlagsgmbH
- Mineralölzentrum Heizölexpress Teubl GmbH – „Heizöle 686868“ Mineralölhandel GmbH (Äußerung zum Zusammenschluss)
- OMV Erdgas GmbH – EVN AG – Wiengas GmbH – Linz AG – BEGAS – OÖ Ferngas (Äußerung zum Zusammenschluss)
- Alpla Werke Alwin Lehner GmbH & Co KG (Anschreiben, ob ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt)
- Quadriga Capital Ltd – Austria Haustechnik AG (Anschreiben, ob ein anmeldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt)

5.6. Überblick über die Tätigkeit der Wettbewerbskommission im Zeitraum Juli bis Dezember 2002

Helmut Gahleitner

Im Rahmen der institutionellen Reform des Kartellrechts wurde bei der Bundeswettbewerbsbehörde eine Wettbewerbskommission bestehend aus 8 Mitgliedern (4 Sozialpartner und 4 sonstige Experten aus der Wissenschaft bzw. Wirtschaft) als beratendes Organ eingerichtet. Der gesetzliche Aufgabenbereich der Wettbewerbskommission umfasst folgende Tätigkeiten:

- Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle
- Abgabe von Vorschlägen für die wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzung
- Erstellung von Gutachten im Auftrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des BM für Wirtschaft und Arbeit

Die konstituierende Sitzung der Wettbewerbskommission fand am 3.7.2002 statt. Die Wettbewerbskommission wählte aus ihrer Mitte Herrn Univ.Prof. Dr. Josef Aicher zum Vorsitzenden und Univ.Prof. Dr. Gunther Tichy zum Vorsitzenden-Stellvertreter. Im ersten Halbjahr ihres Bestehens hat die Wettbewerbskommission im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs nachstehende Aktivitäten gesetzt:

1. Mitwirkung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle

Gemäß § 17 WettbG kann die Wettbewerbskommission im Rahmen der Fusionskontrolle Empfehlungen hinsichtlich der Stellung eines Prüfungsantrages abgeben. Die Empfehlungen richten sich an die Bundeswettbewerbsbehörde als Amtspartei gem. § 44 KartG. Den Mitgliedern der Wettbewerbskommission sind zur sachgerechten Erfüllung dieser Aufgabe auf Verlangen die Anmeldeunterlagen zur Verfügung zu stellen.

Im Zeitraum Juli – Dezember 2002 haben die Mitglieder der Wettbewerbskommission insgesamt 23 Zusammenschlussanmeldungen angefordert. Bei insgesamt 223 Zusammenschlussanmeldungen im zweiten Halbjahr 2002 wurde somit jeder zehnte Zusammenschluss von den Mitgliedern aufgegriffen und einer individuellen Prüfung unterzogen. 9 Fälle wurden an die Kommission zur weiteren Beratung herangetragen. Im Rahmen ihrer Prüfung musste die Kommission feststellen, dass die von den Anmeldern vorgelegten Informationen zum geplanten Zusammenschluss oftmals mangelhaft waren und eine sachgerechte Beurteilung nicht zuließen, sodass von der Kommission auch Verbesserungsempfehlungen abgegeben wurden. Eine Prüfung des Zusammenschlusses hat die Wettbewerbskommission in folgenden Fällen empfohlen:

- Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH – Cablecom Kabelkommunikations GmbH
- MEDICUR-Holding GmbH – heimatwerbung GmbH
- heimatwerbung GmbH – Gottfried Schuster GmbH
- Deloitte & Touche Wirtschaftstreuhand GmbH – Auditor Treuhand GmbH (mit Arthur Andersen)

Mit Ausnahme des Zusammenschlusses Deloitte & Touche Wirtschaftstreuhand – Auditor Treuhand (mit Arthur Andersen) ist die Bundeswettbewerbsbehörde den Kommissionsempfehlungen gefolgt. § 17 Abs 4 WettbG verlangt bei abweichender Position zwischen Wettbewerbskommission und Bundeswettbewerbsbehörde eine Veröffentlichung der unterschiedlichen Standpunkte auf der Website der Bundeswettbewerbsbehörde (siehe www.bwb.gv.at). Kurz zusammengefasst stellten sich diese wie folgt dar:

Die Wettbewerbskommission war einstimmig der Ansicht, dass der sachlich relevante Markt für den Bereich der Abschlussprüfungen zwei Produktmärkte umfasst. Einen Produktmarkt für börsennotierte und große Gesellschaften und einen für kleine und mittlere Unternehmen. In ihrer Begründung verweist die Wettbewerbskommission auf die Entscheidung der EU-Kommission im Zusammenschlussverfahren Deloitte & Touche – Arthur Andersen (COMP/M.2810). Darin führt die Kommission sehr sorgfältig aus, warum die Abschlussprüfung für börsennotierte und große Unternehmen einen eigenen Produktmarkt darstellt. Die Prüfung dieser Gesellschaften erfordert nach Ansicht der Kommission spezielles Know-how sowie die Notwendigkeit eines internationalen Netzwerkes. Außerdem weist die Kommission darauf hin, dass insbesondere bei börsennotierten Unternehmen die Aktionäre und Analysten eine Prüfung durch eine international renommierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verlangen.

Die Anmelder konnten in ihren Anmeldeunterlagen nicht plausibel darlegen, warum die von der EU-Kommission vorgenommene Marktabgrenzung im Bereich der Abschlussprüfung und Bilanzierung für Österreich nicht zutrefte. Für die Kommission war daher eine Produktmarktdefinition analog zur EU-Kommission anzuwenden.

Demnach erfüllte der Zusammenschluss auf dem Markt für Abschlussprüfung von börsennotierten und großen Unternehmen den Tatbestand gem § 34 Abs 1a Z 3 KartG,¹³¹ weil die nach dem Zusammenschluss vier größten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, KPMG, Deloitte & Touche, Ernst & Young und PriceWaterhouseCoopers, aller Voraussicht nach einen Marktanteil von mindestens 80% einnehmen.¹³² Außerdem hat die Wettbewerbskommission angemerkt, dass die Umsatzangaben in der Anmeldung mit jenen auf der Homepage differieren.

Die Bundeswettbewerbsbehörde nahm in ihrer Stellungnahme zur Frage der Marktabgrenzung nicht dezidiert Stellung. Sie verweist darauf, dass selbst für den Fall einer unrichtigen Marktabgrenzung durch die Anmelder der Zusammenschluss zu keiner wesentlichen Änderung der Marktsituation führt. Außerdem ist der Zusammenschluss nach Ansicht der Bundeswettbewerbsbehörde volkswirtschaftlich gerechtfertigt, weil nach dem Zerfall des Arthur Andersen-Netzwerkes durch den Zusammenschluss die Unsicherheit über den Weiterbestand des Unternehmens beendet wird und Arbeitsplätze gerettet werden. Eine Anzahl von Mitbewerbern schränkt den Verhaltensspielraum von Deloitte & Touche – Auditor Treuhand (Arthur Andersen) hinreichend ein. KPMG wird weiterhin die größte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sein, gefolgt von Deloitte & Touche, Ernst & Young und PriceWaterhouseCoopers. Aufgrund dieser Überlegungen hat die Bundeswettbewerbsbehörde der Empfehlung der Wettbewerbskommission nicht entsprochen und keinen Prüfantrag gestellt.

131) Vorliegen der Vermutungsschwelle, wonach durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

132) Die EU-Kommission stellte für Großbritannien fest, dass von den 350 größten börsennotierten Unternehmen 99% von den „Big Four“ betreut werden.

2. Abgabe von Vorschlägen für die wettbewerbspolitische Schwerpunktsetzung

Die Wettbewerbskommission hat gem § 16 WettbG der Bundeswettbewerbsbehörde jährlich bis 1. Oktober Vorschläge für wettbewerbspolitische Schwerpunkte im folgenden Kalenderjahr zu unterbreiten. Für das Jahr 2003 wurden von Seiten der Wettbewerbskommission 3 Arbeitsschwerpunkte angeregt:

- a) Eine Untersuchung der Druckausübung auf Lieferanten durch Lebensmittelketten nach § 35 KartG (Missbrauchsaufsicht)
- b) Im Zuge der Änderungen in den Kfz-Gruppenfreistellungen werden von den Kfz-Herstellern bestehende Händler-Verträge aufgekündigt bzw abgeändert. Das Verhalten der Kfz-Hersteller sollte auf möglichen Missbrauch im Sinne des § 35 KartG untersucht werden.
- c) Kontaktaufnahme mit der Statistik Austria, um zu ermitteln, inwieweit die Bundeswettbewerbsbehörde das vorhandene Datenmaterial zum Aufbau einer Datenbank sowie zur Erstellung einer Konzentrationsstatistik verwenden kann.

3. Erstellung von Gutachten im Auftrag der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit

Die Wettbewerbskommission hat im Berichtszeitraum keinen Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens erhalten.

6. DIE TÄTIGKEIT DER BUNDESARBEITSKAMMER IM BEREICH DES GESETZES GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB (UWG)

Ulrike Ginner

Die Bundesarbeitskammer verfolgt verstärkt die zunehmenden Verstöße gemäß dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor.

Meist sind das Fälle wegen Irreführung, zB Lockvogelangebote, irreführende Angaben über Preise, Vorräte usw und vor allem alle "Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen", darunter fallen Gesetzes- und Vorschriftenverletzung, der Kundenfang durch Täuschung oder Nötigung und auch Belästigung von KonsumentInnen.

Die Bundesarbeitskammer (BAK) hat 2001 und 2002 insgesamt 26 Klagen und 7 Exekutionen eingebracht, von denen bisher 22 Verfahren rechtskräftig abgeschlossen wurden. Bei den Exekutionen wurden Strafen zwischen 2.007 und 5.000 EUR verhängt. Im Vergleich dazu gab es im Jahr 2000 insgesamt 12 Klagen und 6 Exekutionen.

Im Einzelnen waren folgende Sachverhalte Anlass gegen die betreffenden Unternehmen entweder nach § 1 UWG (Sittenwidrigkeit) oder nach § 2 UWG (Irreführung) vorzugehen:

1. § 1 UWG

a) Belästigung – Telefon-, SMS- und E-Mail-Werbung

Telefon-, SMS- und E-Mail-Werbung ist als sittenwidrige Belästigung grundsätzlich unzulässig, da sich der Umworbene dieser Werbung nicht entziehen kann, und sie zur Kenntnis nehmen muss. Zulässig nach § 1 UWG ist diese Werbeform nur dann, wenn eine vorherige Einwilligung bzw ein geschäftlicher Kontakt vorliegt. Seit Einführung des TKG ist diese Werbeform auch nach § 101 TKG verboten, somit liegt auch eine UWG-Widrigkeit infolge eines Gesetzesverstößes vor.

Die AK hat zwei Klagen gegen Anbieter in Österreich und eine Exekution eingebracht.

b) Verstöße gegen das Versandhandelsverbot (§ 50 Abs 2 GewO)

In Österreich ist der Versandhandel mit Verzehrprodukten und Arzneimitteln gem § 50 Abs 2 GewO verboten. Dieses Verbot hat auch der Verfassungsgerichtshof in einem von der AK eingebrachten UWG-Verfahren bestätigt.

Darüber hinaus ist die Werbung für diverse Schlankheitsprodukte und andere Wunderpillen zumeist auch irreführend.

Gesundheits- oder schlankheitsbezogene Werbung war bis vor kurzem nur zulässig, wenn sie das Gesundheitsministerium bewilligt hat. Im Jänner 2003 hat der EuGH das Zulassungsverfahren für gesundheitsbezogene Werbung aufgehoben. Irreführende Werbung ist aber nach wie vor verboten, das heißt, gemachte Aussagen müssen auch stimmen. Klagen und Verwaltungsstrafverfahren werden daher in Zukunft aufwändiger sein, da auch ein Beweisverfahren über die Irreführung stattfinden muss.

Da sich die Unternehmen geschickt hinter teilweise auch nicht existierenden Postfächern verstecken oder aber auf Anbieter in einem anderen EU-Staat verweisen, ist ein klagsmäßiges Vorgehen oftmals – auch wegen des erhöhten Prozessrisikos – nicht möglich. Dies bedeutet aber auch, dass für den einzelnen Konsumenten Rücktritts- und Gewährleistungsrechte kaum durchsetzbar sind.

Die AK hat insgesamt vier Klagen und eine Exekution eingebracht. Dort, wo die Versender nicht ausfindig gemacht werden konnten, wurden Strafanzeigen eingebracht.

c) Verbot gegen die Transparenzvorschriften des Fernabsatzgesetzes (§ 5c KSchG)

Gerade im Versandhandel geben Unternehmen entgegen § 5c Abs 1 KSchG keine ladungsfähige Anschrift (genaue Firmenanschrift) an. Der Unternehmer, der seine Leistungen im Fernabsatz anbietet, ist allerdings gesetzlich verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe dessen Vertragserklärung über seine Firma und ladungsfähige Anschrift zu informieren. Die Angabe lediglich eines Postfachs in der Werbezusendung reicht nicht aus (auch wenn die ladungsfähige Anschrift über das Internet ermittelt werden kann).

d) Verstoß wegen nicht vorhandener Gewerbeberechtigung

Anlasspunkt für diese Klage war ein Versicherungsagent, der unzulässigerweise als Versicherungsmakler gegenüber den Kunden aufgetreten ist, obwohl er nicht über eine diesbezügliche Gewerbeberechtigung verfügt hat.

2. § 2 UWG – Irreführung

a) Irreführende Werbung von Kreditvermittlungsunternehmen

Kreditvermittlungsunternehmen werben verstärkt mit exemplarischen Kreditberechnungen, in welchen sie Kreditbelastungen vor und nach der erfolgreichen Vermittlung gegenüberstellen. Rückzahlungsdauer und Verzinsung werden hierbei aber verschwiegen. Die Beispiele stellen sich wie folgt dar:

Johann und Birgit M., Wien 21, verheiratet, 41 und 40 Jahre, 2 Kinder, 105m² Eigentumswohnung; Vorher: Gesamtschulden 82.324 EUR, drei verschiedene monatliche Raten insgesamt 904 EUR. Nachher: 1 Kredit mit 90.000 EUR plus 5.000 EUR Bargeld, eine monatliche Rate zu 456 EUR.

Tatsächlich kommt es bei diesem Beispiel nach einer Umschuldung bei Annahme eines Zinssatzes von 5% erst in 40 Jahren zu einer Kredittilgung, bereits ab einem Zinssatz von ca 5,68% könnte mit der angegebenen Rate daher nur die Zinsen und nicht das Kapital getilgt werden, sodass der Kredit mit dieser Rate nie zurückgezahlt werden könnte.

Ein Kreditvermittler schreckt auch nicht davor zurück, die Bezeichnung AK-Vermittlung zu verwenden und für eine seriöse Kreditberatung für Arbeiter und Angestellte zu werben.

Aktuell wird auch mit folgendem Kreditbeispiel geworben. „Anstatt fünf Gläubiger und einer Gesamtverschuldung von 25.000 EUR mit einer monatlichen Belastung von 644 EUR nur mehr ein Gläubiger mit 20.000 EUR und einer monatlichen Rate von 181 EUR. Aufklärung darüber, bietet ein kaum lesbarer Querverweis: „Diese Angaben beruhen auf Verhandlungen mit den Gläubigern, bei denen eine Schuldenreduktion erwirkt wurde“.

Insgesamt hat die AK in diesem Bereich drei Klagen und zwei Exekutionen eingebracht.

b) Irreführende Preis- und Produktwerbung

Die Bundesarbeitskammer ist immer wieder mit Sachverhalten konfrontiert, bei welchen mit Angeboten geworben wird, diese aber tatsächlich nicht oder nicht mehr vorhanden sind bzw die angebotenen Preise nicht wie dargestellt verrechnet werden. Auch Irreführungen über Inhaltsstoffe und Preisgegenüberstellungen wurden aufgegriffen.

Die Werbemethoden mancher Unternehmen im Bereich des Versandhandels mit Sammel- und Gedenkmünzen sind regelmäßig zu beanstanden. Einerseits wird die Werbung so gestaltet, dass Verwechslungsgefahr mit einer amtlichen Zusendung besteht. Ein anderes Unternehmen bewarb die 5-Euro-Sondermünze „250 Jahre Tiergarten Schönbrunn“ als erste 5-Euro-Münze Europas. Allerdings gilt sie nur als Zahlungsmittel innerhalb Österreichs.

Die AK hat hier sechs Klagen eingebracht.

c) Gewinnspielwerbung

Immer mehr Haushalte bekommen „Gewinnverständigungen“ zugeschickt, obwohl sie nie an einem Gewinnspiel teilgenommen haben. Um den Gewinn anfordern zu können, muss man immer öfter eine kostspielige Telefonnummer anrufen, dazu kommen noch zusätzliche Kosten für die Gewinnanforderung, die bis zu 50 EUR betragen können. Im klein Gedruckten – meist auf der Kuvertinnenseite des Briefes – steht dann, dass man eigentlich noch nicht gewonnen hat, sondern erst an einer Verlosung teilnehmen muss bzw der Gewinnbetrag unter allen Einsendungen aufgeteilt wird.

Aufgrund des Lockefferes der Gewinnspielwerbung sind Unternehmen auch dazu übergegangen, Gewinnspiele als eigentlichen Geschäftszweck zu betreiben (so genannte kommerzielle Gewinnspiele).

Zur Anlockung von Konsumenten für Produktpräsentationen wird auch folgende Werbemethode herangezogen: Im Zusammenhang mit einer Warenpräsentation werden Verbraucher zu Mittags- oder Abendessen eingeladen, und es wird ihnen eine einwöchige Reise versprochen. Tatsächlich stellt sich erst nach der mehrstündigen Präsentation heraus, dass die Reise mit Kosten verbunden ist, wobei ähnliche Angebote von Reisebüros auch um diese Preise gebucht werden können.

Die Bundesarbeitskammer hat auch jenes Unternehmen auf Unterlassung geklagt, welches Gewinnspiele für Kinder über kostenpflichtige Mehrwert-Telefonnummern veranstaltet hat.

Die AK hat in diesem Bereich insgesamt sechs Klagen und eine Exekution eingebracht.

Forderungen der Bundesarbeitskammer an den Gesetzgeber:

Um die Sicherheit für Konsumenten zu erhöhen, fordert die Bundesarbeitskammer gesetzliche Regelungen betreffend die folgenden Punkte:

- Beweislastumkehr bei irreführender Gesundheits- und Schlankheitswerbung
- Verbot von "Wohlfühlwerbeaussagen"
- Das gesetzliche Aus für kommerzielle Gewinnspiele
- Die Konsumenten sollen über die Höhe ihrer Gewinnchance informiert werden
- Die Gewinner- und Ziehungslisten müssen veröffentlicht werden
- Bei der Regulierungsbehörde soll eine Datenbank für Infodienste eingerichtet und im Internet zur Verbraucherinfo veröffentlicht werden. Die Datenbanken müssen von den Netzbetreibern aktuell gehalten werden, die die Rufnummern an Mehrwertdienste weitergeben. Jede Weitergabe einer Infodienst-Nummer ist an die Regulierungsbehörde zu melden.

Außerdem sollten die Kontrollen des Verbots des Versandhandels und des Verbots der krankheitsbezogenen Werbung wesentlich verstärkt werden.

7. DIE TÄTIGKEIT DER REGULIERUNGSBEHÖRDEN IM JAHR 2002

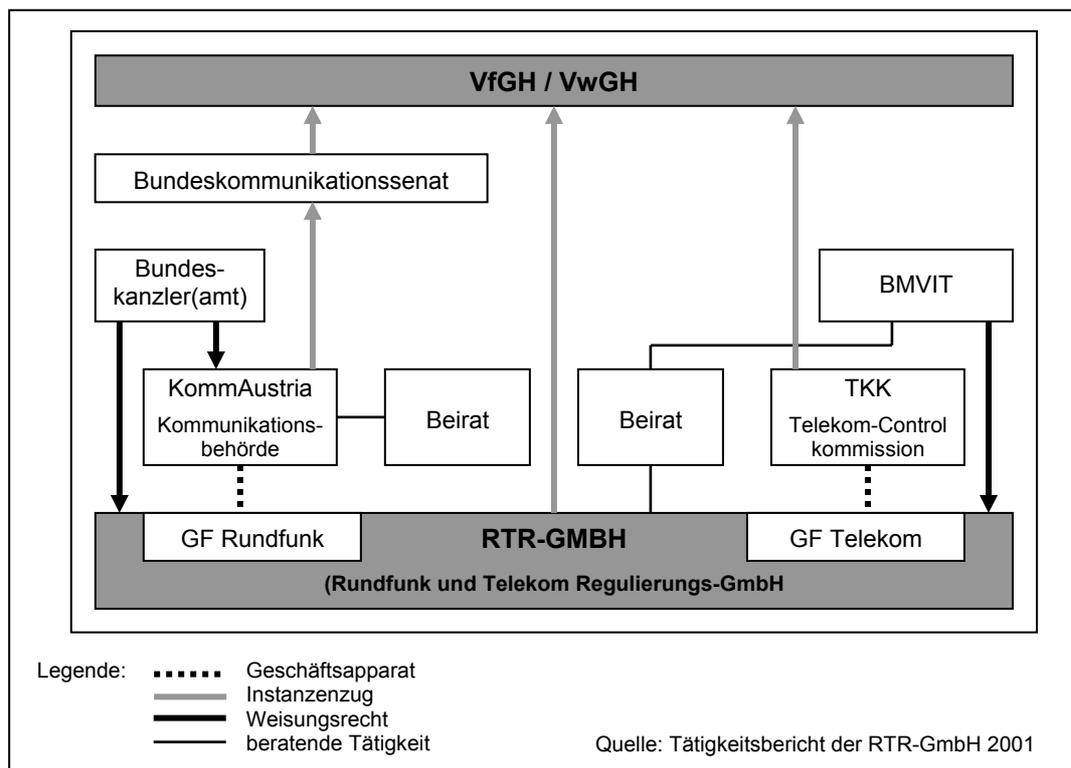
7.1. Die Regulierungsbehörde für Rundfunk und Telekom

Mathias Grandosek

1. Allgemeines

Im Jahre 2001 kam es zu einer Neuordnung der Regulierungssachen und der Zusammenfassung der Rundfunk- und Telekommunikationsregulierung unter dem gemeinsamen Dach der RTR. Diese neuen Strukturen haben sich nun verfestigt und die Regulierungstätigkeit wurde in vollem Umfang aufgenommen.

Die Struktur der RTR



Nachdem die eigentliche Liberalisierungsphase in der Telekom-Branche nun endgültig abgeschlossen ist, und auch die erste Runde der Vergabe von Privatrundfunklizenzen (sowohl im Radio- als auch TV-Bereich) bereits 2001 erfolgte, war das Regulierungsjahr 2002 weniger durch große Umwälzungen als viel mehr durch zahlreiche kleinere Regulierungsentscheidungen und Streitschlichtungsverfahren geprägt. Hierbei gewinnen insbesondere die Streitfälle bei Endkunden an Bedeutung, wobei im verstärkten Maße Probleme mit so genannten Dialern und Mehrwertdiensten zu verzeichnen sind.

Im Rundfunkbereich ist besonders die Vorbereitung zur Digitalisierung des terrestrischen Fernsehens zu erwähnen. Hier hat die RTR eine Expertenplattform ins Leben gerufen, die sich mit der Materie auseinandersetzt. Diese „digitale Plattform“ hat sich im letzten Jahr formiert und ihre Tätigkeit aufgenommen.

2. Personalia

Im Jahr 2002 kam es zu einigen personellen Veränderungen in der Regulierungsbehörde bzw Telekom-Control-Kommission. Der Vertrag des bisherigen Geschäftsführers der RTR für den Telekommunikationsbereich, Prof Heinrich Otruba, wurde zur Überraschung vieler nicht mehr verlängert. Seit November 2002 hat diese Aufgabe Dr Georg Serentschy übertragen bekommen.

Auch in der Telekom Control Kommission kam es nach der 5-jährigen Funktionsperiode zu einer Umbesetzung, wobei 2 Mitglieder weiterbestellt wurden (Dr Eckhard Hermann bleibt für weitere fünf Jahre der Vorsitzende der Kommission, ebenfalls wiederbestellt wurde der technische Experte UnivProf Dipl-Ing Dr techn Gottfried Magerl). Der Experte für den ökonomischen Bereich, Dr Oskar Grünwald, wurde hingegen durch Dr Erhard Fürst abgelöst.

3. Bereich Rundfunk

3.1. Entscheidungen der Regulierungsbehörde

Die Regulierungsentscheidungen des Jahres 2002 im Bereich des Rundfunks betrafen hauptsächlich weitere Zulassungen, sowohl für Hörfunk- als auch für Fernsehveranstalter für terrestrische und satellitengestützte Programme.

Neben zahlreichen lokalen bzw regionalen Lizenzen war besonders die Vergabe einer österreichweiten TV-Lizenz von Bedeutung, die im Zuge des Verfahrens im Februar 2002 an die ATV-Privatfernseh GmbH für die Dauer von 10 Jahren vergeben wurde.

Damit ist nun erstmals in Österreich ein privater TV-Sender über analoge terrestrische Verbreitungswege (also weder über Kabel noch Satellit, sondern über eine normale Antenne) zu empfangen. Allerdings ist der Sendestart noch nicht erfolgt, was aber noch dieses Jahr stattfinden soll. Die KommAustria hatte in Folge dieser Zulassung noch weitere Entscheidungen zu fällen, da es zwischen dem ORF und ATV zu keiner Einigung bezüglich der Mitbenutzung der Sender bzw der Höhe des dabei zu leistenden Entgelts gekommen ist und somit die KommAustria – und in weiterer Folge der Bundeskommunikationssenat als Berufungsinstanz – zur Entscheidung angerufen wurden.

Weiters wurden auch einige Verfahren zur Entziehung bereits vergebener Rundfunklizenzen geführt, da einige Veranstalter den in den ursprünglichen Bescheiden auferlegten Pflichten bezüglich Inhalt und Ausgestaltung der Programme nicht nachkamen oder sich sonstiger Vergehen nach dem Privatradiogesetz schuldig gemacht hatten.

3.2. Digitale Plattform – Einführung des digitalen Fernsehens

Die Regulierungsbehörde hat die Aufgabe übertragen bekommen, die Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVBT) in Österreich vorzubereiten. Hierzu wurde die digitale Plattform als Expertengremium ins Leben gerufen und versucht seither die Möglichkeiten des digitalen Fernsehens auszuloten.

3.3. Exkurs DVBT

Die Digitalisierung des terrestrischen (also über eine normale Antenne empfangbaren) Fernsehens stellt einen weitreichenden Schritt dar. Die Vorteile der Digitalisierung liegen vor allem in der besseren Frequenzausnutzung (pro analogem Kanal können 4-6 digitale Programme empfangen werden), der besseren Bildqualität und der Möglichkeit zur Übertragung diverser Zusatzdienste (zB elektronische Programmführer).

Allerdings sind diese Möglichkeiten nur durch einen völligen technologischen Umbruch zu erreichen. Digitale Empfangstechnik ist mit den derzeitigen analogen Geräten nicht kompatibel. Dies bedeutet, dass bei einem Umstieg von analogem zu digitalem Fernsehen sämtliche Empfangseinrichtungen (Fernseher, Videorecorder ...) ausgetauscht oder mit Zusatzgeräten (so genannten Set-Top-Boxen) ausgerüstet werden müssen.

Die eingeschränkte Frequenzsituation in Österreich, die durch die vielen Nachbarstaaten eine aufwändige internationale Koordinierung erfordert, lässt es kaum zu, dass ein analoger und digitaler Parallelbetrieb über lange Zeit aufrechterhalten wird. Dies bedeutet allerdings, dass alle Konsumenten, die auf terrestrischen Empfang angewiesen sind, gezwungen werden, kostenintensive Zusatzgeräte zu kaufen oder sich überhaupt mit neuen Empfängern ausstatten müssen.

In Österreich empfangen derzeit 17% der Haushalte ihre Programme ausschließlich terrestrisch. Dazu kommen noch jene Haushalte mit Satellitenempfangseinrichtungen, welche die österreichischen Sender ORF 1 und 2 nicht per Satellit sondern per Hausantenne empfangen. Dies macht einen großen Teil der SAT-Haushalte aus. Außerdem wären auch jene SAT- und Kabelhaushalte mit Zweit- und Drittgeräten, die rein terrestrisch empfangen, von einer Umstellung betroffen.

Man kann also davon ausgehen, dass ca 63% der Haushalte von einer Digitalisierung betroffen wären und vor der Entscheidung stehen würden, neue Geräte anschaffen zu müssen. Die restlichen Haushalte empfangen ausschließlich über Kabel und wären somit nicht unmittelbar berührt.

Solche Investitionen der Haushalte können von den Konsumenten nur dann akzeptiert werden, wenn aus der Umstellung ein direkter Nutzen ableitbar ist, zB durch mehr qualitative Programme.

Auch wenn in allen anderen EU-Staaten die Digitalisierung bereits weiter voranschreitet (zB in Berlin) und man sich langfristig dieser Technologie kaum versperren kann, muss als zentrales Diskussions-thema in Österreich zunächst die Frage verstärkt in den Mittelpunkt treten, welche Dienste und Programme eine solche Umstellung und die damit verbundenen Kosten rechtfertigen würden.

Hier sind politische Strategien gefordert, die einerseits auf die Entwicklung einer qualitativ hochwertigen österreichischen Contentindustrie abzielen und andererseits die finanziellen Auswirkungen für Privathaushalte abmildern, sei es durch Maßnahmen bei Geräteherstellern oder durch direkte Förderungen beim Gerätekauf.

4. Bereich Telekom

4.1. Entscheidungen der TKK

Die Entscheidungen der Telekom Control Kommission betrafen im Jahr 2002 hauptsächlich Zusammenschaltungen, Genehmigungen von Gebühren bzw allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nummerierungsfragen und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.

Die ursprünglich geplante Auktion von Frequenzen zum Aufbau eines österreichweiten, für private zugänglichen, digitalen Bündelfunknetzes (TETRA) wurde mangels gültigem Gebot zurückgestellt.

Ein interessanter Fall war ein Antrag von TELE2 auf Zusammenschaltung als „Mobile Virtual Network Operator“ (MVNO). Ein MVNO ist hierbei ein eigenständiger Mobilfunkbetreiber, der allerdings über kein eigenes Funknetz bzw keine Frequenzen verfügt, sondern sich zur Erbringung von Mobilfunkdiensten einer Kooperation mit einem anderen Mobilfunknetzbetreiber bedient. Obwohl in einem früheren Bescheid TELE2 von der Behörde eine eigene Mobilfunknetz-kennzahl unter bestimmten Auflagen zugeteilt bekommen hat, wurde im Verfahren um das Zusammenschaltungsbegehren von TELE2 als MVNO mit T-Mobile die Rechtswidrigkeit des Betriebs von Mobilfunkdiensten ohne Konzession festgestellt und der Zusammenschaltungsantrag abgewiesen. Diese Entscheidung hat exemplarischen Charakter, da hierbei festgestellt wurde, dass unter der derzeitigen Rechtslage in Österreich ein Mobilfunkdienst ausschließlich durch konzessionierte Unternehmen und nicht im Wege eines MVNO erbracht werden dürfen. Einzige Ausnahme bilden hier die neuen UMTS-Betreiber (Mobilfunk 3. Generation), denen das ausdrückliche Recht zuerkannt wurde, mangels eigenem GSM-Netz und der damit verbundenen Marktverzerrung im Verhältnis zu bereits etablierten GSM-Betreibern, die eine UMTS Lizenz erworben haben, mit anderen Betreibern ein National Roaming einzugehen und damit auch GSM-Dienste ohne eigenes GSM-Netz anzubieten.

4.2. Streitschlichtung im Telekomsektor

Bei den Streitschlichtungsverfahren für Endkunden zeigt sich eine steigende Tendenz. Dies ist einerseits auf die steigende Bekanntheit der Streitschlichtungsstelle und andererseits auf die zunehmende Problematik im Internetbereich sowie bei Mehrwertdiensten zurückzuführen. Massive Probleme bereiten zunehmend so genannte „Dialer Programme“. Dies sind Programme, die meistens über das Internet heruntergeladen werden können und die eine Art Zugangsoftware zu bestimmten Inhalten im Netz (meist erotischen Charakters) darstellen. Dabei wird eine Internetverbindung nicht über den normalen Provider des Konsumenten hergestellt, sondern über höher vergedührte Mehrwertnummern. Diese Tatsache ist vielen Konsumenten nicht bewusst bzw wird von den Anbietern verschleiert. Schlussendlich finden sich viele Konsumenten mit extrem hohen Telefonrechnungen konfrontiert.

Auch das aggressive Verhalten mancher Mehrwertdienste führt zu zahlreichen Beschwerden bei der RTR. Durch unverlangte SMS oder ähnliche Mitteilungen werden Konsumenten verleitet teure Mehrwertnummern anzurufen. In vielen Fällen stellt diese Praxis eine Verletzung bestehender Gesetze dar, allerdings ist es oft unmöglich dagegen vorzugehen, da diese Praktiken oft aus dem Ausland ausgeübt werden bzw die Urheber nicht eruierbar sind. Leider ist es bisher noch immer nicht gelungen, einen Verhaltenskodex für Mehrwertdienste zu schaffen und somit gewisse Leitlinien für Betreiber zu schaffen. Angesichts der verschärften Probleme in diesem Bereich wird es allerdings unumgänglich sein, in Zukunft gewisse Praktiken stärker zu ahnden bzw auch Konsequenzen für die Netzbetreiber zu schaffen, die unseriösen Mehrwertdiensteanbietern eine Plattform bieten.

5. Fazit

Die erste Phase der Liberalisierung scheint nun abgeschlossen zu sein, und die Märkte haben sich entwickelt. Nun gilt es, die jetzigen Erfahrungen auch in eine gesetzliche Novelle des Kommunikationsrechts einfließen zu lassen.

In vielen Bereichen sind auch auf rechtlicher Ebene Verbesserungen notwendig. Insbesondere im Konsumentenbereich werden zunehmend unseriöse Praktiken und Methoden bekannt, die Konsumenten in eine massive Kostenfalle tappen lassen.

Im Jahr 2003 ist aufgrund der neuen Rechtslage auf EU-Ebene auch eine Revision des Telekommunikationsgesetzes notwendig. Ein erster Entwurf ist bereits durch das Ministerium vorgestellt worden und in Begutachtung gegangen. Dieser soll nach weiteren Diskussionen noch vor dem Sommer endgültig verabschiedet werden.

7.2. Die Regulierungsbehörde für Strom und Gas

Ditmar Wenty

Die Rahmenbedingungen

Mit dem Energieliberalisierungsgesetz BGBl 2000/I/21 wurden die Voraussetzungen für die Liberalisierung des Strom- und Gasmarktes geschaffen.

Die Strommarktliberalisierung

Mit dem Energieliberalisierungsgesetz BGBl 2000/I/21 wurde das EIWOG 1998 novelliert und mit 1. Oktober 2001 der Strommarkt für alle Kunden geöffnet. Gleichzeitig wurde die Marktkontrolle, die bisher vom Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten wahrgenommen wurde, einer unabhängigen Regulierungsbehörde übertragen. Diese Regulierungsbehörde gliedert sich in die Elektrizitäts-Control GmbH und die Elektrizitäts-Control Kommission.¹³³

133) Die Funktion dieser Behörde wurde ausführlich in „Fusionen und Übernahmen 2000 – Wettbewerbsbericht der AK Wien – Teil 1“ beschrieben.

Die Gasmarktliberalisierung

Das Energieliberalisierungsgesetz 2000 enthält als Artikel 1 das Gaswirtschaftsgesetz (GWG 2000). Dieses stellt einerseits die innerstaatliche Umsetzung der Gas-Binnenmarkttrichtlinie 98/30/EG vom 22. Juni 1998 dar, andererseits wurden die Rechtsvorschriften, welche den Gasbereich im Energiewirtschaftsgesetz, in der Gewerbeordnung, im Preisgesetz sowie im Rohrleitungsgesetz regelten, im GWG zusammengefasst, sodass ein einheitliches Regelwerk entstand.

Die Marktöffnung erfolgte vorerst nur für Großkunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 25 Mio m³ und für gasbetriebene kalorische Kraftwerke. Eine vollständige Marktöffnung erfolgte durch das Gasmarktüberleitungsgesetz.

Im Gasmarkt-Übergangsgesetz (Artikel 2 des Energieliberalisierungsgesetzes) wurde der Termin für die vollständige Marktöffnung mit 1. Oktober 2002 festgesetzt. Der § 4 dieses Gesetzes normiert, dass spätestens bis zu diesem Termin eine unabhängige Gasregulierungsbehörde einzurichten ist. Die näheren Bestimmungen über die Errichtung und die Aufgaben dieser Behörde sind einer gesonderten bundesgesetzlichen Regelung vorbehalten.

Das GWG 2000 sah – im Gegensatz zum Strombereich – einen verhandelten Netzzugang vor. Die allgemeinen Netzbedingungen sind allerdings genehmigungspflichtig. Die Netztarife und die allgemeinen Vertragsbedingungen waren der Behörde vorzulegen. Diese (der BMWA) konnte Grundsätze zur Tarifstruktur festlegen.

Analog zum Strombereich ist ein Erdgasbeirat vorgesehen, der ua Tarifstrukturen „erörtern“ kann. Dem Erdgasbeirat wurden auch die Funktionen der Preiskommission für den Gasbereich übertragen. Die Zusammensetzung ist dem Elektrizitätsbeirat nachgebildet, ebenso das Antragsrecht der Sozialpartner auf Einleitung eines Preisverfahrens.

Der Erdgasbeirat wurde allerdings erst im Dezember 2002 definitiv konstituiert und konnte daher in der ersten Phase der Liberalisierung keine Aktivitäten entfalten.

Politisch wurde bereits bei der Schaffung des GWG 2000 vereinbart, dass die Funktionen der Gasregulierungsbehörde der neu geschaffenen Strom-Regulierungsbehörde durch ein eigenes Gesetz übertragen werden sollten.

Dieses Vorhaben wurde mittels einer Novelle des Energie-Regulierungsbehördengesetzes (BGBl 2000/II/121 Art 8) durch das BGBl 2002/II/148 umgesetzt, welches am 24. August 2002 in Kraft trat. Damit wurde die Elektrizitäts-Control GmbH und die Elektrizitäts-Control Kommission auch mit den Agenden der Gasmarktüberwachung betraut und in „Energie-Control GmbH“ und die „Energie Control Kommission“ umbenannt.

Zum gleichen Zeitpunkt wurde das GWG novelliert und auch für den Erdgasmarkt der geregelte Netzzugang mit fixen Netznutzungstarifen festgelegt.

Gleichzeitig trat das Ökostromgesetz in Kraft. Die Novelle brachte eine Veränderung der Aufgabenstellung der Behörde und folgende neuen Aufgaben mit sich: Die Vollziehung der Bestimmungen des GWG 2002, die Einrichtung einer Schlichtungsstelle für Streitigkeiten zwischen Marktteilnehmern unter Beteiligung der Sozialpartner, ein Stellungnahmerecht beim Vollzug des Kartellgesetzes, sowie eine direkte Berichtspflicht an das Parlament.

Die Aufgaben der Regulierungsbehörden – Energie-Control GmbH und Energie-Control Kommission

Die Energie Control GmbH hat das EIWOG, das Ausgleichsenergiegesetz, das Gaswirtschaftsgesetz sowie das Ökostromgesetz zu vollziehen, soweit diese Aufgaben nicht der Energie-Control Kommission vorbehalten sind. Unter anderem hat die GmbH mit Verordnung jene Staaten zu benennen, aus denen (Atom)Stromimporte verboten sind (§ 13 EIWOG). Die GmbH nimmt auch das Stellungnahme-recht der Regulierungsbehörde im Rahmen des Kartellgesetzes wahr. Dazu können Beschäftigte der Energie-Control als unabhängige Sachverständige in Gerichts- und Verwaltungsverfahren herangezogen werden.

Zusätzlich sind die Bestimmungen über Stranded Costs zu vollziehen und die Elektrizitäts- und Erdgasstatistik zu führen. Damit wurde der Energie-Control GmbH auch das Krisenmanagement übertragen, welches früher vom Bundeslastverteiler in der Verbundgesellschaft wahrgenommen und organisiert wurde. Hinsichtlich des Konsumentenschutzes ist die Behörde zum Veröffentlichen von Preisvergleichen verpflichtet und hat eine Schlichtungsstelle zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Marktteilnehmern einzurichten, an der die Sozialpartner beteiligt sind. Die GmbH hat einen jährlichen Tätigkeitsbericht zu erstellen und ist durch die Novelle 2002 auch dem Nationalrat gegenüber unmittelbar zur Auskunftserteilung verpflichtet.

Die Energie-Control Kommission genehmigt die allgemeinen Bedingungen der Netzbetreiber, legt mit Verordnung die Systemnutzungstarife für Strom und Gas fest und kann sonstige Tarife festlegen. Sie entscheidet über Netzzugangsverweigerungen und ist für Streitschlichtungen bei Verweigerung des Netzzuganges zuständig. Im Gasbereich ist die Kommission zusätzlich mit dem Vollzug des GWG hinsichtlich der allgemeinen Verpflichtungen der Netzbetreiber (Versorgungssicherheit) und des Versteigerungsverfahrens für nicht absetzbare Gaslieferungen aufgrund von Take or Pay-Verträgen beauftragt. Die Energie-Control Kommission ist Berufungsbehörde gegen Entscheidungen der Energie-Control GmbH.

Das Verfahren bei der Regulierungsbehörde

Grundsätzlich ist das Verwaltungsverfahrensgesetz anzuwenden. Die Behörde entscheidet mit Verordnung oder Bescheid. Gegen die Entscheidungen der Energie-Control Kommission ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig, der Gang zum Verwaltungsgerichtshof ist jedoch offen. Die Verordnungen der Behörde unterliegen einem Begutachtungsverfahren durch den Elektrizitätsbeirat oder den Gasbeirat und müssen dort beraten werden. Ebenso ist das übliche Begutachtungsverfahren analog zu Bundes- und Landesgesetzen durchzuführen, das heißt den Sozialpartnern und sonstigen involvierten Körperschaften ist das Recht zur Stellungnahme einzuräumen.

Speziell über das Ermittlungsverfahren bei Preisfestsetzungen ist der Elektrizitäts- oder Erdgasbeirat zu informieren und dann zu befassen. Ebenso bei der Genehmigung allgemeiner Bedingungen. Darüber hinaus ist der Elektrizitäts- oder Erdgasbeirat bei allen Verordnungen des betreffenden Bereiches zu befassen.

Die Tätigkeitsschwerpunkte der Arbeit der Regulierungsbehörde

Die Elektrizitäts-Control GmbH wurde mit 1. März 2001 gegründet, die Elektrizitäts-Control Kommission wurde am 1. Juni 2001 bestellt. Die Umwandlung der Behörde in die Energie-Control GmbH bzw. Energie-Control Kommission erfolgte mit Wirkung zum 24. August 2002.

Festlegung der Systemnutzungstarife

Bereits der Zeitraum zwischen Schaffung der Behörde und der Marktöffnung im Strombereich war äußerst knapp bemessen. So waren für die Erlassung der Systemnutzungstarife und die Genehmigung der Allgemeinen Bedingungen durch die Energie-Control Kommission de facto nur 3 Monate Zeit, wenngleich schon auf Vorarbeiten des BMWA zurückgegriffen werden konnte, das bis dahin das EIWOG in diesem Bereich zu vollziehen hatte.

Die Systemnutzungstarife, aber auch die allgemeinen Bedingungen, waren lediglich darauf ausgerichtet, die Marktöffnung für Großkunden zu vollziehen. Die Systemnutzungstarife wurden zwar für alle Ebenen festgelegt, hatten aber mangels Marktöffnung für die Kleinkunden keinerlei Bedeutung. Da das Unbundling in den Unternehmen noch nicht entwickelt war, konnte auch noch keine exakte Kostenzuordnung in den unteren Netzebenen vorgenommen werden und man musste sich mit Hilfskonstruktionen behelfen.

Exakte Daten lagen nur für die Höchstspannungsebenen vor, während die Tarife für Kleinabnehmer zwar noch vom vorher zuständigen BMWA festgelegt wurden, aber wegen der fehlenden Marktöffnung für Kleinkunden keine wirtschaftliche Rolle spielten.

Zwar wurden die Unternehmen von der vollständigen Marktöffnung nicht wirklich überrascht, trotzdem wurden die Aufgaben der Kostentrennung erst nach In-Kraft-Treten der EIWOG-Novelle 2000 in Angriff genommen. Erst im Laufe des Jahres 2001 wurde dann ernsthaft in den Unternehmen das Unbundling vorangetrieben, sodass bei einer neuerlichen Kostenüberprüfung durch die Energie-Control Kommission die Tarife exakter bestimmt und dabei auch beträchtlich gesenkt werden konnten.

Genehmigung der Allgemeinen Bedingungen (AVB)

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Netzbetreiber und die technischen Regeln wurden aufgrund der Ergebnisse von Arbeitsgruppen die gemeinsam mit Regulierungsbehörde und VÖE tagten, als Vorschlag der Behörden den Unternehmen empfohlen und dann genehmigt, wenn der Vorschlag aufgegriffen wurde. Aufgrund des AVG konnte die Behörde keine Änderungen von beantragten Bedingungen vornehmen, und diese nur genehmigen oder untersagen. (Durch die Novelle des Energie-Liberalisierungsgesetzes wurde dies teilweise möglich.) Die AVB wurden daher befristet genehmigt, um die Möglichkeit zur Weiterentwicklung offen zu lassen. Erst die Novelle zum GWG eröffnete die Möglichkeit zur Erteilung von Auflagen.

Markttransparenz

Auf Anregung der Arbeiterkammer hat der Gesetzgeber der Energie-Control GmbH die Aufgabe übertragen, die Marktpreise zu überprüfen und zu veröffentlichen. Dazu wurde gemeinsam mit der AK und der WKÖ ein Strom- und Gastarifrechner entwickelt, der über Internet abgerufen werden kann. Dies stellt einen wesentlichen Beitrag zum Funktionieren des Gas- und Strommarktes dar.

Konsumentenschutz

Ebenfalls auf Anregung der Arbeiterkammer wurde in der Energie-Liberalisierungsgesetz-Novelle die Einrichtung von Schlichtungsstellen bei der Energie-Control vorgesehen, welche nun die Arbeit unter Beteiligung der Sozialpartner aufgenommen haben.

Krisenmanagement

Diese Funktion wurde vom Bundeslastverteiler übernommen, dazu war unter anderem die Energie-Statistik-Verordnung zu erlassen.

Verordnungen zur Marktorganisation

Zum Vollzug des Ökostromgesetzes und zur Finanzierung des Bilanzgruppensystems wurden die entsprechenden Verordnungen erlassen.

Internationaler Stromhandel

Die europäischen Übertragungsnetzbetreiber haben sich in einem Vertrag auf ein Cross-Border-Tarif-System (CBT) geeinigt. Durch die Bezahlung des Tarifs in der Höhe von 0,5 EUR/Mwh beim Einspeisen in das Netz kann das gesamte Netz der ETSO (European Transmission System Operators) benutzt werden. Die österreichischen Übertragungsnetzbetreiber sind diesem Vertrag beigetreten, weshalb dieser Tarif auch in Österreich mit Verordnung erlassen wurde.

Atomstrom-Importe

Mit einer Verordnung gemäß § 13 EIWOG wurden der Energie-Control GmbH die Länder (Drittstaaten) benannt, aus denen kein Strom importiert werden darf.

Zusammenfassung

Alleine diese beispielhafte Aufzählung der Tätigkeit der Energie-Control zeigt, dass der Regulierungsbehörde nahezu alle Aufgaben in Zuge des Vollzugs des Elektrizitäts- und Gaswirtschaftsrechts übertragen wurden. Dazu kommen noch die neuen Aufgaben der Überwachung des geöffneten Gasmarktes durch den regulierten Netzzugang und die Gutachtertätigkeit bei Verfahren bei der Wettbewerbsbehörde.

Insgesamt war das Projekt der vollständigen Marktöffnung sowohl im Strombereich, als auch – insbesondere – im Gasbereich, sehr kurzfristig angesetzt, und durch Verzögerungen bei der Gesetzgebung konnte die Tätigkeit der Behörde erst knapp vor dem In-Kraft-Treten der vollständigen Marktöffnung bei Strom und Gas aufgenommen werden.

Trotzdem konnten die wesentlichsten Voraussetzungen für das Funktionieren der beiden Energiemärkte geschaffen werden. Allerdings sind vielfach noch Nachjustierungen notwendig, und analog zu anderen liberalisierten Bereichen zeichnet sich auch hier ab, dass es zu Anrufungen des Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshofs kommen wird.

Das Zusammenwirken der Regulierungsbehörde mit den Sozialpartnern und Ländern im Rahmen des Elektrizitätsbeirates und Erdgasbeirates muss sich ebenfalls noch weiterentwickeln, um einen frictionsfreien Vollzug des Energie-Liberalisierungsgesetzes zu gewährleisten.

7.3. Die Regulierungsbehörde für den Schienenverkehr

Sylvia Sarreschtehdari-Leodolter, Gregor Lahounik

Die Funktionsperiode der ersten Schienen-Control Kommission ist mit Ende des Jahres 2001 abgelaufen, daher wurde mit Anfang 2002 eine neue, nur mehr 3 Mitglieder zählende, neue Schienen-Control Kommission (die erste Kommission umfasste gemäß der gesetzlichen Bestimmungen sechs Mitglieder) bestellt. Den Schwerpunkt der Tätigkeit der Schienen-Control Kommission und der die Geschäfte führenden Schienen-Control GmbH (SCG) bildeten im Jahr 2002 einerseits die Genehmigung der Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und insbesondere des Infrastrukturbenützungsentgeltes (IBE) einzelner Eisenbahnunternehmen per Bescheid, die Klärung der rechtlichen Qualität der von der SCG abzugebenden Stellungnahmen zu den Standardsicherungsbescheinigungen (SSB) und andererseits die Marktbeobachtung.

Gemeinschaftsrecht – Eisenbahnpaket I

Wie bei anderen öffentlichen Versorgungsbereichen (Strom, Wasser, Gas und Telekommunikation) hat die EU auch im Bereich des Schienenverkehrs Deregulierungsmaßnahmen eingeleitet. Beim derzeit gültigen Gemeinschaftsrecht kommt dem so genannten „ersten Eisenbahnpaket bzw Eisenbahninfrastrukturpaket“ die größte Bedeutung zu. In diesem Paket sind zahlreiche Richtlinien und Verordnungen enthalten, welche primär die Marktöffnung zum Ziel haben. Kernpunkt dieser Richtlinien ist der freie Zugang jedes einzelnen Eisenbahnunternehmens zu den verschiedenen Netzen der Gemeinschaft. Die jüngsten, Anfang 2001 verabschiedeten, Richtlinien treten am 15.3.2003 im gesamten Gemeinschaftsgebiet in Kraft. Dies bedeutet, dass innerhalb der EU jegliche grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsleistung durch sämtliche konzessionierte Bahngesellschaften durchgeführt werden können. Dabei könnten die ÖBB von Finnland aus Waren nach Spanien bringen, während die Bahn des Chemieriesen BASF ihre Produkte nach Linz führt.

Das Eisenbahnpaket I umfasst im Einzelnen:

- Richtlinie 2001/12/EG (91/440/EWG) über die Entwicklung der Eisenbahnen der Gemeinschaft
- Richtlinie 2001/13/EG (95/18/EG) über die Voraussetzungen für die Erlangung einer Betriebsgenehmigung
- Richtlinie 2001/14/EG (95/19/EG) über die Transparenz, Marktwirtschaft und Gleichbehandlung bei der Fahrwegzuweisung
- Richtlinie 2001/16/EG über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems
- Richtlinie 96/48/EG (idgF) über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems

Die Richtlinie 91/440 (idF 01/12/EG) ist die bedeutendste Richtlinie des ersten Eisenbahnpakets und sieht die Neuordnung der europäischen Bahnen durch die Öffnung der Netze für den grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr vor. So muss jedes einzelne Eisenbahnunternehmen eine unabhängige Betriebsführung haben, Zugangsrechte zur Eisenbahninfrastruktur im Schienengüterverkehr erhalten und die buchhalterische Trennung zwischen Betrieb der Infrastruktur und Erbringung der Verkehrslei-

tung durchführen. Die Entscheidung über die Zulassung von Eisenbahnverkehrsunternehmen, das Festsetzen der Weegeentgelte sowie das Trassenzuweisungsverfahren dürfen nur an Stellen oder Unternehmen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistung erbringen. Eine verpflichtende Trennung beider Unternehmensbereiche ist allerdings nicht vorgeschrieben.

Die Richtlinie 95/18 (idF RL 01/13/EG) setzt die Voraussetzungen für die Erlangung einer Betriebsgenehmigung fest. Für diese hat das Eisenbahnverkehrsunternehmen seine Zuverlässigkeit in Bezug auf laufende Konkurs- und Strafverfahren, seine Finanzkraft (Bestand des Unternehmens muss zumindest auf 12 Monate gesichert sein), seine fachliche Eignung („ausreichend erfahrene“ Betriebsorganisation und hohes Sicherheitsniveau) nachzuweisen. Zudem hat das Unternehmen ausreichend versichert zu sein.

Die Richtlinie 95/19 (idF RL 01/14/EG) soll eine gerechte und transparente Fahrwegzuweisung garantieren. So werden Vorschriften für das Trassenzuweisungsverfahren, Entgeltregelungen sowie Festlegungen über verpflichtende und fakultative Zusatzleistungen (wie Zugsteuerung, Weichennutzung, Recht zur Nutzung zugewiesener Fahrwegkapazität bzw Vorheizten von Personenzügen, Überwachung von Gefahrguttransporten uäm) gemacht. Zudem ist die Einführung einer Regulierungsstelle vorgeschrieben. Diese muss rechtlich und in ihrer Entscheidungsfindung von Betreibern der Infrastruktur, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und Antragstellern unabhängig sein.

Die aufgrund der EU-Vorgaben eigens geschaffene österreichische Regulierungsstelle SCG ist zusätzlich mit umfangreichen Marktbeobachtungs- und Kontrollrechten ausgestattet und kann jederzeit eigenständig bei Verstößen einschreiten. In Verbindung mit der Schienen-Control Kommission wird eine echte Wettbewerbsaufsicht und somit eine transparente und diskriminierungsfreie Behandlung aller Antragsteller garantiert. In Österreich ist dadurch ein transparenter Marktzugang eindeutig gewährleistet.

Die Interoperabilitätsrichtlinien haben die technische Harmonisierung der einzelnen Schienenverkehrssysteme zum Ziel. Dazu zählen ua die technische Ausstattung der Fahrzeuge und Stromsysteme. Die soziale Harmonisierung der sozialen Regelungen (wie Ausbildung, Lenk- und Ruhezeiten) wird nur bedingt berücksichtigt. Bisher wurden, wenngleich die Interoperabilitätsrichtlinien schon seit geraumer Zeit in Kraft sind, lediglich Spezifikationen für Teilbereiche des Hochgeschwindigkeitsverkehrs ausgearbeitet.

Die österreichischen Rahmenbedingungen

Gemäß den bis 15. März 2003 umzusetzenden weiteren Liberalisierungsschritten des ersten Eisenbahnpaketes, werden internationale und zusätzliche nationale Eisenbahngüterverkehrsunternehmen verstärkt grenzüberschreitende Dienste in Österreich anbieten. Die europäischen Regelungen wurden zum Teil schon vorweggenommen und innerhalb des (novellierten) Eisenbahngesetzes (EBG 1957), des Schienenverkehrsmarkt-Regulierungsgesetzes (1999 als Abschnitt IVa „Regulierung des Schienenverkehrsmarktes“ im EBG), des Schieneninfrastrukturfinanzierungsgesetzes (SCHIG 1999), des Eisenbahnhochleistungsstreckengesetzes (HIG 1999), des Eisenbahnrechtsanpassungsgesetzes (EIRAG 1997 als Änderung im Bundesbahngesetz und im EBG), Bundesbahngesetz (1992) eingearbeitet. Diese Gesetze bilden die Rahmenbedingungen für den österreichischen Eisenbahnverkehr und die vorgegebene Marktöffnung.

Gemäß Schienenverkehrsmarktregulierungsgesetz 1999 will der Gesetzgeber eine wirtschaftliche und effiziente Nutzung der österreichischen Schieneninfrastruktur durch „die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs“ und durch „die Förderung des Eintritts neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt“ erreichen. Das Gesetz richtet dazu eine Regulierungsbehörde – die Schienen-Control GmbH bzw Schienen-Control Kommission – ein, die neben grundsätzlichen Tätigkeiten, wie der Marktbeobachtung zur Feststellung der Entwicklung des Wettbewerbs, auch Überwachungsfunktionen wahrnimmt. Die Tätigkeit des Schienenregulators wird über Kostenbeiträge der Bahnen finanziert. Die Schienen-Control GmbH (SCG) wurde vom Gesetzgeber darüber hinaus mit der Befugnis ausgestattet, Bescheide und Anordnungen zu erlassen. Gleichzeitig hat die SCG die Geschäftsführung für die Schienen-Control Kommission (SCK) inne, der eine Reihe von Entscheidungen als Wettbewerbsaufsicht – vor allem in Nutzungskonflikten – übertragen wurden.

Aufgrund des 2001 in Kraft getretenen und bis März 2003 umzusetzenden Eisenbahnrichtlinienpakets mussten in Österreich formal nur kleinere rechtliche Anpassungen, vor allem im Hinblick auf die Trassenzuweisung, aber auch im Bereich der Entgeltberechnung und der Sicherheitsbescheinigungen, vorgenommen werden. Dazu ließ sich der Gesetzgeber bis zur letzten Sekunde Zeit. Für einen fairen Wettbewerb zwischen dem größten Schienenverkehrsunternehmen und Infrastrukturbetreiber ÖBB und den vermehrt auf den Markt drängenden neuen – zum Teil ausländischen und/oder privaten – Bahnen fehlen aber aus Sicht der Arbeiterkammer nach wie vor die elementarsten, für alle verbindlichen, Regelungen.¹³⁴

Im Zuge der fortschreitenden Marktöffnung im Schienenverkehr wäre es dringend erforderlich, Sicherheits- und Ausbildungsstandards, die derzeit fast ausschließlich innerbetrieblich (ÖBB-interne Regelungen bzw Dienstvorschriften) geregelt sind, für alle Schienenverkehrsunternehmen verbindlich auf hohem Niveau gesetzlich festzulegen, denn nur dann kann von gleichen Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer die Rede sein. Der Nachholbedarf in diesem Bereich sollte so rasch wie möglich beseitigt werden, damit im Zuge der weiteren Liberalisierung Sicherheit, Qualifikation und hohe Sozialstandards nicht gefährdet werden.

Die Tätigkeit des Schienenregulators im Jahr 2002

Den Schwerpunkt der Tätigkeit der Schienen-Control Kommission (SCK) bildete 2002 die Behandlung von bzw Entscheidung über Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und insbesondere der Struktur des Infrastrukturbenutzungsentgeltes (IBE) bei insgesamt 12 österreichischen Eisenbahnunternehmen. Gemäß Schienenverkehrsmarkt-Regulierungsgesetz hat die SCG die Verpflichtung zur Abgabe einer Stellungnahme zu den von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen mitgeteilten Standardsicherheitsbescheinigungen (SSB). In den SSB müssen für jede Strecke die sicherheitsrelevanten Erfordernisse festgehalten werden, die ein Zugangsberechtigter zu erfüllen hat, um auf der betreffenden Strecke fahren zu können. Die Zugangsvoraussetzungen, die unter anderem Daten über Spurweite, zulässige Lasten, Signal- und Sicherheitseinrichtungen enthalten, sind vorab festzulegen und richten sich an alle möglichen zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen. Im Jahr 2002 hat die SCG Stellungnahmen zu Änderungen der SSB bei 3 Bahnen abgegeben.

134) Eine konkrete Analyse der Situation findet sich in Lahounik, Gregor: „Eisenbahnliberalisierung: Sicherheit am Abstellgleis? Anforderungen für einen fairen Wettbewerb auf Österreichs Schienen“ erschienen in der Reihe „Verkehr und Infrastruktur“, Nummer 15, Arbeiterkammer Wien (Abteilung Umwelt und Verkehr)

Im Rahmen ihrer Marktbeobachtungsaufgabe hat die SCG im Jahr 2002 einen Bericht über den schwedischen Schienenverkehrsmarkt, eine Studie mit dem Titel „Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte des Schienenverkehrs der Schweiz“ und eine weitere Studie über die deutsche Bahnreform und den deutschen Schienenverkehrsmarkt veröffentlicht und im Rahmen von Veranstaltungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Zu Beschwerden bzw Entscheidungen im engeren Sinne der Wettbewerbsaufsicht (Verstöße oder Verweigerung des Marktzutritts bzw Diskriminierung) kam es im Jahr 2002 nicht, was aus Sicht der AK beweist, dass in Österreich ein diskriminierungsfreier Zugang zum gesamten Schienennetz auch bei Erhaltung des integrierten Unternehmens ÖBB gewährleistet ist.

Nutzung der Netzöffnung für den Güterverkehr in Österreich 2002

Die bereits im Jahr 2001 erstmals in Erscheinung getretenen Eisenbahnverkehrsunternehmen LTE, CargoServ und Lokomotion haben ihre Geschäftstätigkeit im Güterverkehr auf dem Netz der ÖBB 2002 ausgeweitet.

Die LTE Logistik und Transport GmbH wurde von den Gesellschaftern Porr Umwelttechnik Infrastruktur Errichtungs-, Beteiligungs- und Betriebs- GmbH (inzwischen Porr Infrastruktur GmbH) und Graz-Köflacher Eisenbahn GmbH 2000 gegründet. Seit 2001 führt die LTE regelmäßig in Ganzzügen grenzüberschreitend zwischen der Slowakei (Grenzübergang Marchegg) und Wien-Liesing für die Firma Holcim GmbH Zementtransporte durch. Seit Anfang 2002 führt sie auch täglich im Zuge der Baustellenlogistik der Eisenbahngroßbaustelle „Lainzer Tunnel“ (betrieben von der HL-AG) Abraumtransport im Großraum Wien durch. Seit Herbst 2002 führt die LTE in Kooperation mit dem deutschen Partner Rail4Chem, einer je 25%-Tochter von BASF, Hoyer GmbH, VTG-LEHNKERING AG (alle Deutschland) und Bertschi AG (Schweiz), den ersten grenzüberschreitenden Güterverkehr zweier Privateisenbahnunternehmen durch, wobei chemische Produkte befördert werden und Lokomotiven von Rail4Chem zum Einsatz kommen. Zusätzlich hat die LTE begonnen, Überstellungen von Lokomotiven und Waggons anzubieten. Zusammen mit dem deutschen Bahn- bzw Nahverkehrsunternehmen NIAG (Niederrheinische Verkehrsbetriebe AG) überstellte die LTE neue, fünfteilige Siemens Desiro UK Elektrotriebwagen von Wien Simmering via Passau nach Wildenrath. Weitere Transporte (ua für die Luxemburger Staatsbahnen) sind 2003 geplant.

CargoServ Cargo Service GmbH ist eine 100%-Tochter der LogServ Logistik Service GmbH, die wiederum zu 100% der Voestalpine Stahl GmbH gehört, und wurde 2001 gegründet. Die CargoServ setzte ihre tägliche Transportleistung (Kalk) 2002 auf der Strecke zwischen dem VOEST-eigenen Kalkwerk Steyrling (70 km südlich von Linz) und dem Unternehmensstandort in Linz fort.

Die Lokomotion Gesellschaft für Schienentraktion mbH, an der DB Cargo und DB Kombiverkehr, RTC (Rail Traction Company, Bozen) und die Brenner Schienentraktionsgesellschaft STR (Società Trasporti su Rotaia, Bozen) beteiligt sind, betreibt seit 2001 eine durchgehende Shuttle-Verbindung zwischen München und Verona und ist damit die einzige rein ausländische Bahn auf dem ÖBB-Netz. Das Ganzzug-System auf der Brenner-Achse richtet sich vorwiegend an Großkunden und Operateure. Lokomotion ist für den nördlichen Streckenteil zwischen München und Brenner verantwortlich. Ab dem Brenner übernimmt der Traktionspartner RTC den Weitertransport nach Verona. Zunächst verkehrten werktags jeweils zwei intermodale Zugpaare für die Auftraggeber Kombiverkehr und CEMAT (Combined European Management and Transportation). Das Angebot wurde ab April 2002 erweitert. Seitdem fahren zwei zusätzliche Zugpaare täglich für Audi und Volkswagen fabriksneue Autos von Deutschland nach Italien. DB Cargo bringt die Autos von den einzelnen Werken in ganz Deutschland nach München, wo die Züge für den Weitertransport nach Verona zusammengestellt werden. Zu Jahresende 2002 war eine Ausweitung des Transportangebots um drei weitere Zugpaare geplant.

8. DIE TÄTIGKEIT DER ÜBERNAHMEKOMMISSION 2001/2002

Helmut Gahleitner

Einleitung

Das Übernahmegesetz trat mit 1.1.1999 in Kraft. Hauptanliegen des ÜBG ist es, im Interesse der Aktionäre und Arbeitnehmer der Zielgesellschaft ein geordnetes Verfahren bei öffentlichen Übernahmeangeboten börsennotierter Unternehmen sicherzustellen. Kernstück des Gesetzes ist das den Minderheitsaktionären bei einem Kontrollwechsel zu unterbreitende Pflichtangebot, das den Streubesitzaktionären die freie Entscheidung über Verbleib oder Austritt eröffnet. Zur Durchführung der Aufgaben nach dem Übernahmegesetz ist eine aus 12 Mitgliedern bestehende Übernahmekommission (so genannte Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag) gebildet worden. Die Übernahmekommission entscheidet in Senaten zu je 4 Mitgliedern, die Mitglieder sind weisungsfrei und unabhängig.¹³⁵

1. Verfahren¹³⁶

Seit Beginn ihrer Tätigkeit im Jahr 1999 steigt die Anzahl der von der Übernahmekommission zu bearbeitenden Fälle stetig. Nach einer ersten Auswertung wurden im abgelaufenen Jahr von den drei zuständigen Senaten insgesamt 22 Einzelfälle bearbeitet (2001: 20 Fälle, 2000: 17 Fälle, 1999: 10 Fälle). Anzeigeverfahren gemäß § 25 Abs 1 ÜBG stellen die mit Abstand größte Fallgruppe dar. Die Übernahmekommission prüft in Anzeigeverfahren die in den Z 1 bis 4 genannten anzeigepflichtigen Sachverhalte im Hinblick auf eine mögliche Gefährdung der Vermögensinteressen von Beteiligungspapierinhabern der Zielgesellschaft und kann gegebenenfalls die Stellung eines Pflichtangebotes gem § 25 Abs 2 ÜBG anordnen. Im Jahr 2002 wurden von der Übernahmekommission insgesamt 13 Anzeigeverfahren bearbeitet, wovon in 6 Verfahren aufgrund eingebrachter Feststellungsanträge eine bescheidmäßige Erledigung erfolgte. Gegenüber dem Vorjahr stieg die Anzahl der von der Übernahmekommission zu überwachenden öffentlichen Übernahmeangebote (Freiwillige Angebote und Pflichtangebote) von zwei auf sechs. Gegenstand eines Übernahmeverfahrens waren folgende Unternehmen:

- ATB Austria Antriebstechnik (Pflichtangebot)
- VOITH PAPER AG (Freiwilliges Angebot)
- AHT Austria Haustechnik AG (Freiwilliges Angebot)
- Vogel & Noot Wärmetechnik AG (Pflichtangebot)
- Adolf Darbo AG (Freiwilliges Angebot)
- AHT Austria Haustechnik AG (Pflichtangebot)

Bei den restlichen Verfahren handelt es sich um amtswegig eingeleitete Verfahren und um solche, die noch nicht abgeschlossen sind.

135) Für interessierte LeserInnen wird auf die Website der Übernahmekommission (www.takeover.at) hingewiesen, auf der umfangreiche Informationen zu den Entscheidungen und Stellungnahmen der Übernahmekommission sowie weitere interessante „links“ zu finden sind. Die Übernahmekommission veröffentlicht jährlich einen überaus informativen Jahresbericht.

136) Für die Bereitstellung der Fallstatistik für das Jahr 2002 bedanke ich mich bei Herrn Mag Markus A.Ullmer, Leiter der Geschäftsstelle der Übernahmekommission.

Im Jahr 2001 hatten die Übernahmeverfahren von Lauda Air Luftfahrt AG und Austria Tabak AG großes öffentliches Interesse hervorgerufen. Der Verkauf des österreichischen Faserproduzenten Lenzing AG an die britische Investmentfirma CVC, Mehrheitseigentümer des Lenzing-Mitbewerbers Acordis, ist wegen wettbewerbsrechtlicher Einwände von Seiten der EU-Kommission (Entstehung eines marktmächtigen Unternehmens) nicht zustande gekommen.

Nachstehend wird das öffentliche Übernahmeverfahren der Austria Tabak AG kurz dargestellt, weil vom Verkauf dieses österreichischen Traditionsunternehmens tausende Streubesitzaktionäre betroffen waren.

Pflichtangebot Austria Tabak AG

Die Gallaher Group plc, ein britisches Tabakunternehmen mit rund 4.500 Mitarbeitern, dessen Aktien an der London Stock Exchange und an der New York Stock Exchange gehandelt werden, hat im Rahmen eines von der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft (ÖIAG) Mitte 2001 durchgeführten Auktionsverfahren rund 41,13% des Grundkapitals der Austria Tabak AG erworben. Der mit dem Beteiligungserwerb des Aktienpakets von der ÖIAG verbundene Kontrollwechsel gem § 22 Abs 2 ÜbG verpflichtete Gallaher zur Abgabe eines baren Pflichtangebots an die restlichen Streubesitzaktionäre der Austria Tabak AG. Das am 29. August 2001 veröffentlichte Pflichtangebot richtete sich auf sämtliche an der Wiener Börse notierten Inhaberaktien (insgesamt 12.950.319 Aktien) – somit auf ein anteiliges Grundkapital in Höhe von 58,87% des Grundkapitals der Austria Tabak AG.

Der Angebotspreis in Höhe von EUR 85,- pro Aktie für die Streubesitzaktionäre ist der selbe Preis den auch die ÖIAG erzielte. Die Satzung der Austria Tabak AG hat den gem § 26 Abs 1 ÜbG zulässigen Abschlag in Höhe von 15% ausgeschlossen, sodass eine volle Gleichbehandlung aller Aktionäre gegeben war (kein Paketabschlag). Grundsätzlich sind sowohl die Angebotsunterlage der Gallaher Group als auch die Stellungnahme des Vorstandes der Zielgesellschaft (Austria Tabak) sehr positiv zu bewerten. Die Ermittlung des Angebotspreises und die zukünftige Geschäftspolitik bzw zukünftige gesellschaftsrechtliche und börserechtliche Verhältnisse der Zielgesellschaft werden in der Angebotsunterlage transparent und informativ dargestellt. Auch die Stellungnahme des Vorstandes fällt sehr sorgfältig aus und dient den Aktionären als echte Entscheidungshilfe.

Die Angebotsfrist endete am 27. September 2001. Das öffentliche Übernahmeangebot von Gallaher wurde von der überwiegenden Mehrzahl der Aktionäre angenommen. Nach Ablauf der Nachfrist, welche am 16. Oktober 2002 endete, verfügte Gallaher über 99,1% des Grundkapitals der Austria Tabak. Damit waren die Voraussetzungen für die Zulassung der Aktien der Austria Tabak zum Amtlichen Handel an der Wiener Börse nicht mehr gegeben und die Börsenotierung im März 2002 beendet. Die restlichen Streubesitzaktionäre (0,9%) wurden im Wege einer nicht verhältnismäßigen Abspaltung abgefunden.

2. Stellungnahme der Übernahmekommission zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Übernahmerecht

Das Übernahmerecht (§ 28 Abs 7) ermöglicht der Übernahmekommission zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung Stellung zu nehmen. Gerade im Zusammenhang mit der zeitlichen Stellung eines Pflichtangebots gem § 22 ÜbG (Kontrollwechsel) sind vielfach auch wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu beachten, weil der Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung bei Überschreitung von bestimmten Größenordnungen auch der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle unterliegt. So ist etwa nach österreichischem Kartellrecht die Durchführung von anmelde- und genehmigungspflichtigen Zusammenschlüssen bis zum Abschluss eines etwaigen Prüfverfahrens verboten.

Die Dauer eines Prüfverfahrens kann in Österreich bis zu 7 Monate betragen. Unterschiedliche nationale und internationale Wettbewerbsvorschriften erschweren zudem eine sachgerechte Beurteilung, sodass sich eine Vielzahl von Anfragen an die Übernahmekommission auf das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Übernahmerecht bezogen hat.

Im Jahr 2001 (GZ 2001/V/1) veröffentlichte die Übernahmekommission dazu eine allgemeine Stellungnahme, dessen wichtigste Aussagen kurz dargestellt werden sollen. Obwohl die Stellungnahme der Übernahmekommission keine normative Kraft hat, weil letztlich der im Einzelfall zuständige Senat davon abweichen kann, ist sie dennoch von grundsätzlicher Bedeutung und stellt für die Bietergesellschaft eine wichtige Information dar.¹³⁷

Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung

Nach § 22 ÜbG muss bei Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung an einer Gesellschaft ein Pflichtangebot an die außenstehenden Streubesitzaktionäre gestellt werden. In ihrer Stellungnahme stellt die Übernahmekommission fest, dass eine kontrollierende Beteiligung dann erlangt ist, wenn die Bietergesellschaft bzw die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger in der Lage sind, potenziell Leitungsmacht auszuüben und somit Einfluss auf die Willensbildung nehmen zu können. „Solange eine kontrollierende Beteiligung aufgrund von nationalen oder internationalen Wettbewerbsvorschriften vom Bieter nicht ausgeübt werden darf (Durchführungsverbot) und auch tatsächlich nicht ausgeübt wird, besteht nach § 22 ÜbG keine Pflicht zur Stellung eines Angebots (Stellungnahme GZ 2001/V/1).“ Ein Pflichtangebot ist daher erst nach Vorliegen der wettbewerbsrechtlichen Genehmigungen zu stellen.

Vorwegnahme eines Pflichtangebots durch ein freiwilliges Übernahmeangebot

Wie oben erwähnt, können sich Prüfverfahren im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle über mehrere Monate erstrecken. Nicht selten haben die Bieter großes Interesse, den Streubesitzaktionären noch vor Abschluss des wettbewerbsrechtlichen Prüfverfahrens den Austritt aus der Zielgesellschaft zu ermöglichen, um mögliche künstliche Kurssteigerungen zu vermeiden. Der Preis des Pflichtangebots muss nämlich mindestens dem durchschnittlichen Börsenkurs während der letzten sechs Monate vor Erlangen der kontrollierenden Beteiligung entsprechen. Gerade bei sehr geringer Marktkapitalisierung könnte der Aktienkurs künstlich hoch getrieben werden und das Übernahmeangebot entsprechend verteuern.

Die Übernahmekommission spricht sich für die Vorwegnahme des Pflichtangebots im Wege eines freiwilligen Übernahmeangebots (§ 22 Abs 11 ÜbG) aus. Die Bietergesellschaft kann somit das Pflichtangebot durch ein freiwilliges Übernahmeangebot antizipieren und muss nach Abschluss eines kartellrechtlichen Prüfverfahrens kein weiteres Angebot mehr stellen. Voraussetzung für die Gültigkeit eines freiwilligen Übernahmeangebots ist das Erreichen der Mehrheit der stimmberechtigten Aktien, wobei Aktien aus einem aufschiebend bedingten Paketerwerb auf die erforderliche Stimmrechtsmehrheit angerechnet werden können.

Fristen

Nach § 3 Abs 5 ÜbG ist das Übernahmeverfahren rasch durchzuführen, um die Zielgesellschaft in ihrer Geschäftstätigkeit nicht über einen angemessenen Zeitraum hinaus zu behindern. Die Frist für die Annahme eines Angebots wird in § 19 ÜbG mit 50 Tagen begrenzt. Werden Angebote von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht, so müssen diese grundsätzlich ebenfalls innerhalb der Annah-

137) Der gesamte Inhalt der Stellungnahme ist auf der Website der Übernahmekommission abrufbar.

mefrist eintreten. Dies könnte dazu führen, dass ein Angebot alleine deshalb scheitert, weil die kartellrechtliche Genehmigung nicht innerhalb der Anmeldefrist erteilt wurde. Die Übernahmekommission hält in ihrer Stellungnahme fest, dass die Frist zum Eintritt der Bedingung die Annahmefrist überschreiten kann, soweit die Beschaffenheit einer Bedingung dies sachlich rechtfertigt (zB kartellrechtliche Genehmigung). Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass überlange Fristen dem Grundsatz eines möglichst raschen Verfahrens entgegenstehen. Als Richtschnur für die höchstzulässige Bedingungsfrist werden von der Übernahmekommission 90 Börsetage genannt.

Anmerkungen

Freiwillige Übernahmeangebote werden im Regelfall bedingt gestellt (Erlangung der wettbewerbsrechtlichen Genehmigung oder einer Mindestanzahl von Beteiligungspapieren). Minderheitsaktionäre, die das freiwillige Angebot bereits angenommen haben, verlieren für die Zeit der Bedingungsfrist (bis zu 90 Tagen) die Verfügbarkeit über die Aktien. Darüber hinaus können sie während der Annahmefrist auch nicht über den Kaufpreis verfügen. Kommt eine wettbewerbsrechtliche Genehmigung der Übernahme aller Voraussicht nach nicht zu Stande, was im Regelfall in den Medien angekündigt wird und mit sinkenden Börsenkursen einher geht, so besteht für die Aktionäre keine Möglichkeit des vorzeitigen Ausstiegs. Es wird daher auf die in § 19 Abs 3 ÜbG geregelte Verlängerung der Angebotsfrist hingewiesen. Sowohl beim Pflichtangebot als auch für den Fall, dass der Bieter das Angebot von der Erreichung einer bestimmten Mindestzahl von Beteiligungspapieren abhängig gemacht hat und diese Bedingung erfüllt wurde (oftmals bei freiwilligem Angebot), verlängert sich die Angebotsfrist für diejenigen Aktionäre, die bisher das Angebot nicht angenommen haben, um zehn Börsetage ab Bekanntgabe des Ergebnisses. Für Minderheitsaktionäre, die ein freiwilliges Angebot nicht annehmen, besteht im Rahmen der so genannten Nachfrist somit die Möglichkeit eines Ausstiegs aus der Zielgesellschaft, ohne vorweg die Verfügbarkeit über die Aktien aufzugeben. Die Nachfrist tritt allerdings nur ein, wenn der Bieter im Rahmen des freiwilligen Übernahmeangebots die gewünschte Anzahl von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft erwerben kann.

3. Übernahmerechtliche Entwicklungen

Abschließend wird noch kurz auf wissenswerte nationale wie europäischen Entwicklungen im Übernahmerecht eingegangen. Im Zusammenhang mit dem neuen Vorschlag für eine EU-Übernahmerrichtlinie wird auf den hierzu verfassten gesonderten Beitrag hingewiesen (Siehe „Die Stellungnahme der AK zum neuen Entwurf für eine EU-Übernahmerrichtlinie“, Seite 51).

In Deutschland wurde mit 1. Jänner 2002 der freiwillige Übernahmekodex durch ein gesetzliches Übernahmerecht, nämlich das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), abgelöst. Im Gegensatz zum österreichischen Übernahmerecht kennt das WpÜG keinen Paketabschlag, sodass eine volle Gleichbehandlung der Aktionäre gewährleistet ist. Die Angebotspflicht wurde – so wie im ÜbG – ab einer Schwelle von 30% des stimmberechtigten Kapitals festgesetzt.

In Österreich erfolgte im Jahr 2001 eine kleine Novelle zum Übernahmerecht. Die mit 1. August 2001 in Kraft getretene Novelle (BGBl 2001/98) beinhaltet im Wesentlichen verfahrensbezogene Änderungen mit dem Ziel, einerseits die Effizienz der Übernahmekommission im Bereich der Marktüberwachung und Vollziehung des Übernahmegesetzes zu erhöhen, andererseits die Funktionsfähigkeit der Übernahmekommission im Falle von Verhinderungen sicherzustellen. Klarstellungen im Bereich der Auskunftspflicht bzw der auskunftspflichtigen Personen, Ausweitung der Amtshilfe sowie die Anpassung der Verfolgungsverjährung an die Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes tragen dazu bei, dass die Einhaltung der übernahmerechtlichen Vorschriften noch besser überwacht und im Falle eines Verstoßes entsprechend sanktioniert werden können.

9. VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN

Externe AutorInnen

Dr Anne Marie Kosesnik-Wehrle

Rechtsanwältin, Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG

MitarbeiterInnen der AK Wien

Silvia ANGELO

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Sonja AUER-PARZER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Maria BURGSTALLER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Helmut GAHLEITNER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Ulrike GINNER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Mathias GRANDOSEK

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Werner HOCHREITER

Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien

Gunda KIRCHNER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Vera LACINA

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Roland LANG

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Sylvia SARRESCHTEHDARI-LEODOLTER

Abteilung Umwelt und Verkehr der AK Wien

Rudolf N. REITZNER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Andreas SCHIEDER

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Ditmar WENTY

Abteilung Wirtschaftspolitik der AK Wien

Wirtschaft und Gesellschaft

Die heuer im 29. Jahrgang erscheinende Quartalszeitschrift „Wirtschaft und Gesellschaft“ wird von der Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien redaktionell betreut. Sie beschäftigt sich sowohl mit österreichischen als auch internationalen Fragen der Wirtschaftspolitik, mit Wirtschaftstheorie, gelegentlich auch mit verwandten Bereichen wie Wirtschaftsgeschichte, Soziologie und Politikwissenschaft.

Die Zeitschrift wendet sich an alle, die an eingehenderen Analysen von wirtschaftspolitischen Themen interessiert sind. Bei der Auswahl und Behandlung der Inhalte wird großer Wert auf die Synthese aus Erkenntnissen der akademischen Wissenschaft mit der Praxis, der wirtschafts- und sozialpolitischen Realität, gelegt.

Ein Jahrgang umfasst vier Hefte mit insgesamt rund 600 Seiten. Jedes Heft enthält ein Editorial, in dem zu aktuellen tagespolitischen Problemen Stellung bezogen wird, vier bis fünf Hauptartikel sowie mehrere Rezensionen kürzlich erschienener Fachliteratur. Fallweise erscheinen auch Beiträge in den Rubriken „Kommentar“ und „Berichte und Dokumente“ sowie längere Besprechungsaufsätze. Die Artikel stammen von in- und ausländischen Vertretern von Theorie und Praxis, aus Forschung und Lehre, von Unternehmen und Verbänden.

In den letzten Heften erschienen ua: ein Beitrag von Joseph E. Stiglitz über Demokratische Entwicklungen als Früchte der Arbeit(-erbewegung) (1/02), von A. Heise zur ökonomischen Sinnhaftigkeit von ‚Null-Defiziten‘ (3/02), von J. Schweighofer über die ‚Europäische Beschäftigungsstrategie‘ (4/02), von Ph. Arestis und M. Sawyer über Third Way and EMU Macropolicies (1/02), von F. Traxler über Institutionen der Lohnregulierung (4/02), von G. Tichy über die Herausforderung der Wissensgesellschaft (2/02) sowie von A. Falk über Eigennutz kontra Reziprozität in der Ökonomie (3/02).

Preise: Einzelnummer € 9,-, Jahresabonnement € 29,- (inkl. Auslandsversand € 41,90, ermäßigtes Studenten-Jahresabonnement gegen Vorlage einer Inskriptionsbestätigung € 17,-, jeweils inkl. Mwst.

Zu bestellen bei: LexisNexis Verlag ARD Orac, A-1010 Wien, Graben 17, Tel. 01/534 52-0, Fax 01/534 52-142, e-mail: verlag@lexisnexus.at. Dort kann auch ein kostenloses Probeheft angefordert werden.

